



Universidad Dr. José Matías Delgado

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

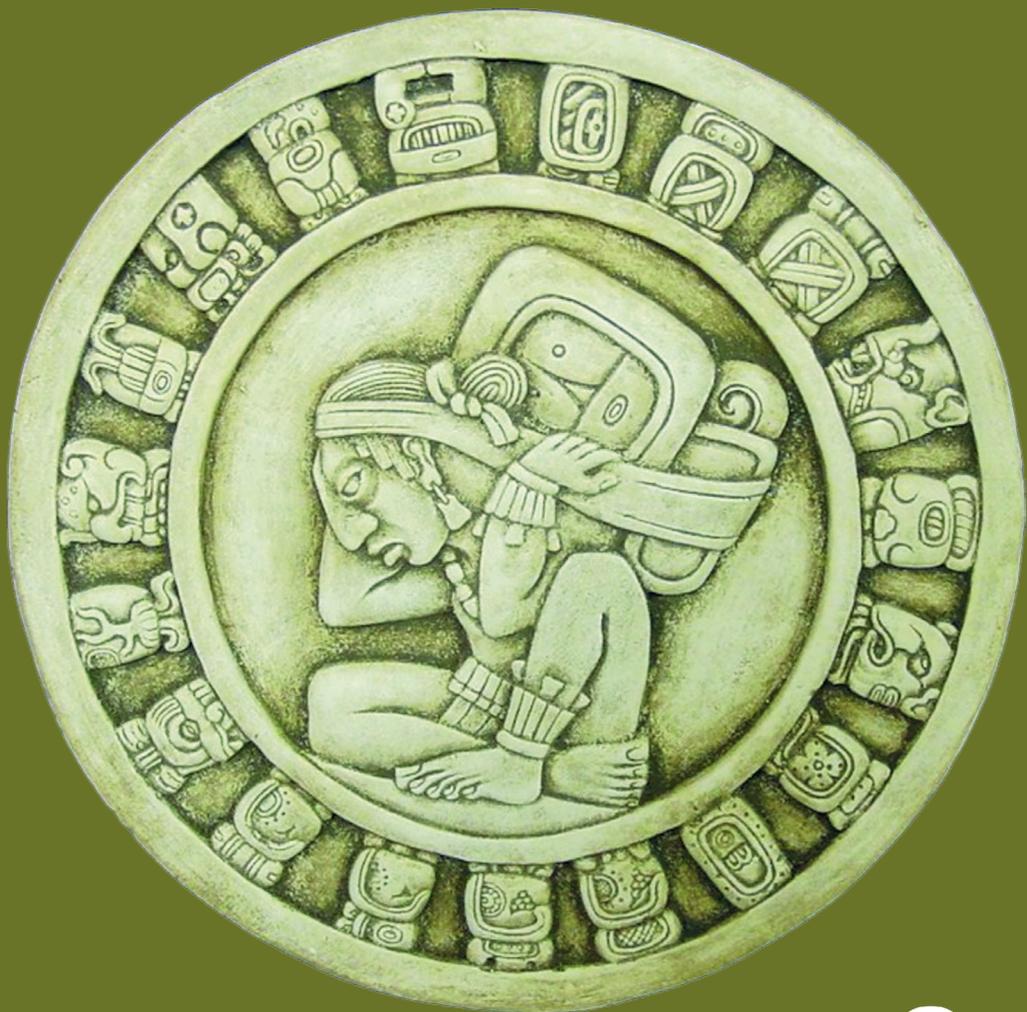
Instituto de Investigación Jurídica

ISSN:2305-3909

IIJ

ANUARIO 2010

Diciembre - Número 4



Comisión de la Acreditación de la
Calidad de la Educación Superior
UNIVERSIDAD "DR. JOSÉ MATÍAS
DELGADO" (UJMD)
ACREDITADA
2008-2013



Universidad Dr. José Matías Delgado

Dr. David Escobar Galindo
Rector

Lic. Carlos Quintanilla Schmidt
Vicerrector

Dr. Fernando B. Castellanos
Vicerrector Académico

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

Dr. José Enrique Sorto Campbell
Decano

Instituto de Investigación Jurídica

Dr. René Fortín Magaña
Director

Dr. Pablo Mauricio Alvergue
Subdirector

ANUARIO

Año 4 - Número 4 - Diciembre 2010

Revista anual editada por el Instituto de Investigación Jurídica
de la Universidad Dr. José Matías Delgado

ANUARIO

Año 4 - Número 4 - Diciembre 2010

Director Editorial: Dr. René Fortín Magaña
Coordinación de la edición: Lcda. Iris Hernández Díaz
Corrección de estilo y ortográfico: Lic. Gerardo Márquez
Apoyo logístico: Sra. Nury Valiente de González
Impresión: Talleres Gráficos, UCA

Esta edición y sus características son propiedad de la

**Universidad Dr. José Matías Delgado,
Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales
Instituto de Investigación Jurídica.**

Calle el Pedregal y Av. Finca el Espino, Campus II (Ed. Nte. 2do Nivel)
Antiguo Cuscatlán, La Libertad, El Salvador, Centroamérica.

Teléfono: (503) 2278- 1011 ext. 233

Telefax: (503) 2278- 1011 ext. 249

E-mail: investigacionjuridica@ujmd.edu.sv

<http://ijj.ujmd.edu.sv>

El contenido de los artículos es responsabilidad de cada autor.

Se prohíbe la reproducción parcial o total del contenido, por cualquier medio,
sin la autorización escrita de la Universidad o en su caso de cada autor.

Hecho el depósito que manda la ley

Derechos Reservados

ISSN: **2305-3909**

Impreso en El Salvador.

CONTENIDO

I. Editorial

II. Artículos

Nuevas tendencias de la Justicia Electoral en Iberoamérica

J. Jesús Orozco Henríquez..... 13

La Inconstitucionalidad por Omisión en la República Argentina

Víctor Bazán 47

El problema de la emigración en el Perú y los derechos políticos de los connacionales residentes en el exterior

Dany Ramiro Chávez López 79

La ilegítima mutación de la Constitución y la legitimidad de la jurisdicción Constitucional: La “Reforma” de la forma federal del Estado en Venezuela mediante interpretación constitucional

Allan R. Brewer-Carías 111

Aplicación de garantías de orden penal en el Derecho Sancionador

Roberto Oliva 145

Discurso en el “Día de la Integración Centroamericana” Alfredo Martínez Moreno.....	173
---	-----

Vida y obra del Capitán General Gerardo Barrios José Luis Lovo Castelar	185
---	-----

III. JURISPRUDENCIA

Sentencia por medio la cual se autorizan las candidaturas independientes para diputados 29 de julio 2010. (61-2009)	209
---	-----

Sentencia por la cual se declara inconstitucionales las transferencias no autorizadas del presupuesto 25 agosto de 2010 (1-2010/27-2010/28/2010).....	267
---	-----

Sentencia que declara inconstitucional el artículo 191 Inc. 3º del Código Penal 24 de septiembre de 2010 (91-2007)	323
--	-----

I

Editorial

EDITORIAL

En el momento en que escribimos estas líneas, la red institucional del Gobierno da muestras de un significativo deterioro. Pareciera que el cuerpo social, especialmente su segmento político, se resiste a la vivencia del régimen democrático.

El panorama oficial es no sólo confuso sino preocupante: la Asamblea Legislativa se sitúa en los últimos peldaños de las encuestas y, contra todo reproche, continua con la práctica de la insensata “dispensa de trámites” que imposibilita el debate y produce los más censurables decretos que nuestro pueblo llama “madrugones”. La Corte Suprema de Justicia proyecta una débil imagen: once magistrados contra cuatro se han enfrascado en una lucha sin cuartel que amenaza con llegar a extremos insospechados. El Tribunal Supremo Electoral -órgano colegiado- ha sido víctima de los tortuosos procedimientos legislativos que le otorgan supremos poderes a su Presidente. Los titulares de la Corte de Cuentas de la República -que hace tiempos debió transformarse en una Contraloría- aspiran a una continuación de su larguísimo período durante el cual sólo han demostrado que son expertos en otorgar finiquitos express. La Fiscalía General de República no responde a los reclamos de la sociedad, cansada de observar como la delincuencia no decrece y crece la impunidad. Un juez de Primera Instancia, rebasando su competencia y siguiendo los malos ejemplos de la Corte Suprema de Justicia, incumple la sentencia de la Cámara de Segunda Instancia por considerar ¡que no está ajustada a derecho! En fin, los casos son múltiples y, como decíamos arriba, el mal manejo de las instituciones públicas parece dar la razón a quienes piensan que los

pueblos subdesarrollados no están preparados para la democracia y, por esa razón, anhelan la mano fuerte de un dictador que ponga las cosas en su lugar.

Algo más: la parte orgánica de la Constitución establece el aparato gubernamental en las distintas áreas y con diferentes competencias para enfrentar los problemas nacionales. Es de suponer que, con ese andamiaje, el gobierno puede atender los asuntos ordinarios, responder a las emergencias, y promover el desarrollo sostenible y equilibrado del país. “Para la gestión de los negocios públicos –dice la Constitución en su artículo 159- habrá las secretarías de Estado que fueren necesarias, entre las cuales se distribuirán los diferentes ramas de la administración”. Sin embargo, constantemente nos encontramos ante la creación de comisiones y mas comisiones para conocer de diferentes asuntos que, constitucionalmente, son de la competencia de los señores ministros y vice-ministros. Ese escenario produce confusiones, contradicciones o, en el mejor de los casos, duplicidades de los esfuerzos que realizan los titulares de las carteras correspondientes.

Téngase en cuenta que esos funcionarios -ministros y vice-ministros- no están exentos de control. En cualquier momento pueden ser interpelados por la Asamblea Legislativa la cual, en su caso, puede hasta recomendar su destitución (Art. 131 numerales 34 y 37). En cambio, los miembros de las comisiones *ad-hoc* están exentos de ese control, a pesar de que, a la larga, son las que finalmente definen el rumbo del gobierno.

Al estudiar detenidamente la Constitución, encontramos que la base para formar tantas comisiones por parte del Ejecutivo, es bastante precaria. El artículo 167 nada dice al respecto como no sea para “Decretar el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo y su

propio Reglamento.” Y el 168 numeral 20º faculta al presidente para “Ejercer las demás atribuciones que le confiera las leyes.” De seguir por este camino asistiremos al vaciamiento de las competencias oficiales.

El problema es serio, y el momento es crucial. ¿Cómo podemos ajustar el aparato gubernamental para que actúe conforme los cánones constitucionales y legales?

Democracia y Estado de Derecho, son palabras y frases que se expresan fácilmente; pero vivirlas, hacer que florezcan, percibir sus frutos, ya es otra cosa.

Insistentemente, hemos proclamado que las instituciones están animadas por hombres y mujeres de carne y hueso. Aquellas, en el fondo, no son sino los cauces para que los funcionarios desplieguen sus virtudes ciudadanas. El problema, entonces, es de educación; una educación profunda y permanente que construya una sociedad habituada a transitar por los cauces del Derecho.

¿Tenemos esperanza, entonces? ¿Situamos a largo plazo la redención de las disposiciones constitucionales que proclaman la forma de gobierno de nuestro país?

Por fortuna, hay indicios de que las cosas, vistas desde otro ángulo, mejoran. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha pronunciado sentencia ejemplarizantes que el pueblo ha recibido con gran satisfacción, si bien puede hacerse el reparo de no poner de su parte toda la voluntad para restablecer la armonía en el Supremo Tribunal.

Hay nuevas amenazas, también. La Presidencia de la República ha anunciado la creación de una supercomisión auspiciada por

la O.N.U. para fortalecer la investigación del delito especialmente en el campo del narcotráfico. Decimos “amenazas” porque si dicha Comisión va a estar adscrita a la Fiscalía General de la República, no hay nada que reprochar. Pero si, por el contrario, pretende actuar paralelamente o por encima de aquella, su instalación mostraría claros perfiles de inconstitucionalidad.

Por nuestra parte, además de continuar observando y monitoreando los sucesos nacionales e internacionales, y de proseguir puntualmente con nuestras publicaciones, reforzamos nuestra decisión de denunciar, académicamente, las anomalías de toda índole y contribuir, con toda nuestra voluntad, al fortalecimiento de la cultura democrática que encuentra en la aplicación del derecho su más firme bastión para escalar hacia el desarrollo sostenible y equilibrado de nuestra sociedad.

II

Artículos

NUEVAS TENDENCIAS DE LA JUSTICIA ELECTORAL EN IBEROAMÉRICA

J. Jesús Orozco Henríquez*

SUMARIO: I. Introducción; II. Los tribunales electorales latinoamericanos como un tipo o modelo específico de justicia electoral; III. Evolución de los sistemas de justicia electoral en América Latina; IV. Principales reformas a los sistemas de justicia electoral iberoamericanos en los treinta años recientes, y V. El recurrente debate sobre la pertinencia de uno o dos organismos electorales y la presencia o no de representantes de partidos políticos

13

I. INTRODUCCIÓN

El propósito de este trabajo es analizar las principales tendencias en el ámbito de la justicia electoral iberoamericana a partir de la “tercera ola democratizadora”,¹ cuyo inicio tiende a ubicarse poco después de la fundación en 1974 del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

* Investigador Titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Véase Huntington, Samuel, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Londres, Norman, 1991.

Una de las áreas que mayor desarrollo ha tenido en la región —en particular, en América Latina— es precisamente la justicia electoral. Por lo que se refiere a los países ibéricos, tanto la Constitución de Portugal de 1976, como la Constitución de España de 1978 optaron por conferir a su respectivo Tribunal Constitucional la competencia para juzgar en última instancia la validez y regularidad de las elecciones, correspondiendo a los tribunales ordinarios (pertenecientes al Poder Judicial) conocer de la primera instancia. Por su parte, en América Latina se generalizó la tendencia a encomendarle a los comúnmente llamados tribunales electorales la competencia para resolver las impugnaciones en contra de los actos vinculados con los procesos electorales, si bien en algunos casos, como se expondrá, sus resoluciones pueden ser impugnadas —por razones de constitucionalidad—, ante la respectiva Corte Suprema, o bien ante el correspondiente Tribunal Constitucional.

La existencia de este tipo de tribunales electorales se ha traducido —en mayor o menor medida— en un factor importante para los procesos de redemocratización, transición y consolidación democrática en varios de los países de la región, pudiéndose considerar como una de las aportaciones más importantes de América Latina a la ciencia política y al derecho electoral.² A ellos se hace primordialmente referencia en este trabajo.

² Cfr. Jesús Orozco Henríquez, “El contencioso electoral, La calificación electoral”, en *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, Dieter Nohlen, Daniel Zovatto, Jesús Orozco y José Thompson (comps.), México, IIDH, Universidad de Hidelberg, IDEA Internacional, TEPJF, IFE y Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 1152.

II. LOS TRIBUNALES ELECTORALES LATINOAMERICANOS COMO UN TIPO O MODELO ESPECÍFICO DE JUSTICIA ELECTORAL

Una de las características esenciales de los sistemas latinoamericanos de justicia electoral —que los diferencian de los de otras partes del mundo— es la existencia, en todos y cada uno de los países de América Latina continental, así como la República Dominicana, de organismos electorales especializados (previstos generalmente a nivel constitucional) con funciones jurisdiccionales y, algunos de ellos, también administrativas en la materia: los comúnmente llamados tribunales (corte, jurado, cámara, junta, o consejo supremo) electorales. Incluso, algunos de los dieciocho países involucrados³ cuentan con dos organismos electorales, uno con atribuciones administrativas, encargado predominantemente de la organización de los comicios, y otro con funciones jurisdiccionales para resolver los conflictos que surjan con motivo de los mismos.

Dichos organismos frecuentemente tienen una naturaleza autónoma respecto de los tradicionales órganos del poder público (legislativo, ejecutivo y judicial), si bien en ocasiones constituyen una rama especializada dentro del correspondiente poder judicial, en el entendido de que todos son independientes del Ejecutivo y la gran mayoría tiene un carácter permanente en la actualidad. Incluso, las constituciones de Nicaragua de 1987 y de Venezuela de 1999, expresamente, les confieren a los respectivos organismos electorales el carácter de “Poder Electoral” (en tanto que algunas otras lo hacen de manera implícita, por el cúmulo y relevancia de las

³ Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

atribuciones que les confieren, particularmente las de Costa Rica y Uruguay).

En efecto, de acuerdo con el manual de IDEA Internacional sobre resolución de conflictos electorales que se encuentra en proceso de elaboración,⁴ es posible clasificar los diversos SJE del mundo en cuatro grandes tipos o modelos, atendiendo a la naturaleza del órgano encargado de emitir la decisión final sobre las impugnaciones relacionadas con la validez y resultados de las elecciones legislativas nacionales (en su caso, federales) y, en ciertos países, presidenciales:⁵

1. Órgano legislativo, ya sea la legislatura u otra asamblea política (como en Estados Unidos de América, Bélgica, Dinamarca, Italia, Suiza, así como Islandia y, en cierta medida, Argentina). Su característica fundamental es que, si bien se encuentran regidos por el marco constitucional y legal aplicable a la elección respectiva, dada su naturaleza, conformación y proclividad a actuar políti-

⁴ En cuya elaboración he tenido el privilegio de participar como autor principal.

⁵ Con algunas variantes, la siguiente clasificación se aborda en J. Jesús Orozco Henríquez, "Sistemas de justicia electoral en el derecho comparado", en *Sistemas de justicia electoral: Evaluación y perspectivas*, México, TEPJF, IDEA Internacional, IFE, UNAM, IFES, PNUD, 2000, pp. 45-60; *idem*, "The Mexican System of Electoral Conflict Resolution from a Comparative Perspective", en *Taiwan Journal of Democracy*, vol. 2, núm. 1, July 2006, pp. 51-60; *idem*, *El contencioso electoral en las entidades federativas de México*, Tesis doctoral, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009, pp. 93-133. Una clasificación muy difundida de SJE es la adoptada por Duverger y después utilizada por Cotteret y Emiri, quienes distinguen entre un contencioso electoral político y un contencioso electoral jurisdiccional, según la función respectiva se confíe a una asamblea política o a un órgano jurisdiccional (*vid.*, Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 6ª ed., Barcelona, Ariel, 1988, pp. 105-106, y Cotteret, J., y Emeri, C., *Los sistemas electorales*, Barcelona, 1973, 57-60). El connotado ius-comparativista mexicano Héctor Fix-Zamudio, por su parte, distingue entre contencioso político, contencioso jurídico (en donde incluye a los órganos administrativos y los jurisdiccionales) y contencioso mixto, cuando contempla la combinación de los anteriores (*vid.*, Fix-Zamudio, "Introducción a la teoría ..., *op. cit.*, *supra*, nota 5, pp. 5-19).

camente, además de la inexistencia de mecanismos para controlar que sus resoluciones electorales se ajusten a derecho, ha sido frecuente que en sus decisiones prevalezcan los criterios políticos (como el de oportunidad y negociación de intereses en pugna) sobre las razones jurídicas. Incluso, tales decisiones han sido proclives a favorecer a las fuerzas políticas que, eventualmente, han conformado la mayoría legislativa. De ahí que sea frecuente calificar a este tipo como contencioso político. En la actualidad, prácticamente ya no hay sistemas que tengan un contencioso electoral conferido exclusivamente a un órgano legislativo o asamblea política, ya que aquellos países que aún lo conservan para los comicios legislativos o, en su caso, presidenciales, lo hacen coexistir con medios de control jurisdiccional o, incluso, administrativos, previos (como en Argentina, Estados Unidos de América e Italia) o posteriores (como en Alemania), lo que les convierte en sistemas de justicia electoral mixtos legislativo-jurisdiccionales o legislativo-administrativos.

2. Órgano jurisdiccional, encomendado a alguna de las siguientes cuatro clases de órganos:

a) Tribunal ordinario del poder judicial (no especializado en materia electoral), generalmente encomendado a la respectiva Corte Suprema, ya sea directamente o vía apelación (como en Inglaterra, desde 1868; Australia, Canadá, India y en prácticamente todos los países de la *Commonwealth*; incluso, en esencia, a este tipo corresponden los casos de Bosnia y Herzegovina, Hungría, Moldavia, Polonia, Rusia, Serbia y Ucrania, así como Etiopía, Kenia, Lesotho y Uganda, además de Japón, República de Corea y Taiwán).

b) Tribunal o consejo constitucional, siguiendo, en cierta medida, el modelo de la Corte Constitucional de la Constitución de Austria de 1920, como en Alemania y, según se mencionó, España

y Portugal, además de Bulgaria, Croacia, Lituania, Rumania y Níger; igualmente, Armenia, Eslovaquia e Indonesia, pero en estos últimos tres el tribunal constitucional forma parte del poder judicial a diferencia de los primeros. Asimismo, bajo la denominación de Consejo Constitucional, siguiendo en buena medida el modelo francés, se adopta, además de Francia, en Burkina Faso, Camboya, Camerún y Mozambique.

c) Tribunal administrativo, ya sea de naturaleza autónoma, como en Colombia (denominado Consejo de Estado), Finlandia y Latvia, o bien, formando parte del poder judicial, como en la República Checa (llamado Suprema Corte Administrativa).

d) Tribunal electoral especializado (sin atribuciones administrativas), ya sea perteneciente al poder judicial o autónomo de los tres poderes tradicionales, como ocurre predominantemente en los países de América Latina y cuyo análisis se profundizará más adelante, si bien también se ha adoptado en Albania, Grecia, Suecia y Sudáfrica, así como recientemente en Palestina (en el entendido de que en estos últimos tres países tiene naturaleza autónoma), y;

3. Organismo electoral administrativo (OEA) con atribuciones jurisdiccionales; bajo este modelo, la decisión final sobre la validez de las elecciones, incluso si son impugnadas, corresponde al propio órgano electoral administrativo encargado de organizar las elecciones, el cual también cuenta con atribuciones para resolver de manera final y definitiva las impugnaciones correspondientes (como ocurre en Costa Rica, Nicaragua y Uruguay), y

4. Órgano *ad hoc*, de carácter provisional y derivado de un régimen transitorio, generalmente, como una solución promovida por organismos o instancias internacionales ante algún conflicto

interno grave, según ocurrió en las elecciones de Camboya en 1993, Bosnia y Herzegovina en 1996 y Afganistán en 2005.

Por otra parte, cabe advertir que además de las impugnaciones ante los referidos órganos de cada uno de los primeros dos modelos (legislaturas; tribunales ordinarios o cortes supremas, tribunales o consejos constitucionales, tribunales administrativos y tribunales electorales), con frecuencia, previamente, se contemplan impugnaciones administrativas ante el propio órgano encargado de organizar las elecciones, ya sea que tenga carácter autónomo o independiente [como en Canadá (Elecciones Canadá), Chile (Servicio Electoral), México (Instituto Federal Electoral) y Perú (Organización Nacional de Procesos Electorales)]; formalmente se le ubique en el poder legislativo, pero tenga garantías de autonomía [como en Hungría, así como, parcialmente en Argentina (con las juntas electorales) y España (con la Junta Central Electoral)], o bien, formalmente se le ubique en el ejecutivo [por lo general en el respectivo ministerio del interior o secretaría de gobierno, como ocurre en Alemania y Estados Unidos, así como, parcialmente, en Argentina y España].

En todo caso, cabe destacar la tendencia contemporánea en el derecho comparado hacia la “judicialización” de los procedimientos electorales, con el objeto de que cualquier conflicto que surja sea resuelto conforme a derecho y de acuerdo con los principios de constitucionalidad y legalidad mas no según los criterios ampliamente discrecionales de la oportunidad y negociación política;⁶

⁶ Cfr., Manuel Aragón Reyes, “Legislación electoral comparada y garantías jurídicas del proceso electoral”, en *Elecciones y democracia en América Latina*, San José, Costa Rica, IIDH-CAPEL, 1988, p. 106, y Héctor Fix-Zamudio, “Introducción a los recursos en el contencioso electoral”, en *Manual sobre los medios de impugnación en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*, México, IFE, IJ-UNAM, 1992, p. 8.

lo anterior no sólo respecto de los resultados electorales, sino de las controversias durante la etapa de preparación de la elección e, incluso, con motivo de procedimientos internos en los partidos políticos para seleccionar sus dirigentes y candidatos a cargos de elección popular o para la imposición de sanciones a sus afiliados.⁷

Como puede observarse, el establecimiento de tribunales electorales especializados es una fórmula típicamente latinoamericana, cuyo origen lo encontramos en la segunda década del siglo XX, con cierto antecedente hacia finales del siglo XIX, según se explica a continuación.

III. EVOLUCIÓN DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA ELECTORAL EN AMÉRICA LATINA

Aun cuando el primer antecedente de jueces electorales especializados se encuentra en la Constitución de Colombia de 1886 (si bien la decisión final sobre la validez de las elecciones de los legisladores, en ese entonces, correspondía a la respectiva cámara del Congreso), no fue sino a partir de la década de los 20 del siglo pasado cuando surgieron organismos electorales especializados y permanentes de carácter autónomo, independientes del Ejecutivo.

En efecto, en 1924, en la República Oriental del Uruguay se crea a nivel legislativo la Corte Electoral, encomendándosele el conocimiento de todos los actos electorales previos a la elección, si bien la Constitución reservaba a las cámaras el juzgamiento de la elección de sus miembros y al Senado el de la elección de Presidente

⁷ Vid., J. Jesús Orozco Henríquez, “La democracia interna de los partidos políticos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, IIJ-UNAM y Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, julio-diciembre de 2004, pp. 219-245.

de la República. Por su parte, fue la Constitución de 1934 la que le asignó a la Corte Electoral la calidad de juez de las elecciones de todos los cargos electivos, excepción hecha de la de Presidente y Vicepresidente de la República que seguía siendo competencia de la Asamblea General (la reunión de ambas cámaras). Finalmente, a partir de la Constitución de 1952, se confiere a la Corte Electoral la calidad de juez de las elecciones de todos los cargos electivos, sin excepción alguna, así como de los actos de plebiscito y referéndum,⁸ cuya competencia se amplió por reforma de 1996 para organizar las elecciones internas de los partidos políticos para la selección de ciertos órganos y candidatos a la presidencia y vicepresidencia de la República.

Cabe destacar, además, el establecimiento del Tribunal Calificador de Elecciones en la Constitución de Chile de 1925, al cual se le asignó la competencia de conocer y resolver en forma definitiva la calificación de las elecciones de Presidente de la República, así como de los miembros de la Cámara de Diputados y del Senado, además de las reclamaciones de nulidad que se interpusieren respecto de ellas. En la Constitución de 1980, se le confieren al referido tribunal básicamente las mismas atribuciones, junto con las relativas a las impugnaciones con motivo de la organización y calificación de los plebiscitos.⁹

⁸ Vid., Héctor Gros Espiell, *La Corte Electoral del Uruguay*, San José, IIDH/CAPEL, 1990, pp. 61-90; Carlos A. Urruty, "La justicia electoral en la República Oriental del Uruguay", *Justicia Electoral*, núm. 1, Tribunal Federal Electoral, México, 1992, pp. 31-42.

⁹ Vid., Juan Ignacio García Rodríguez, "Proceso y justicia electoral", en *Tendencias contemporáneas del derecho electoral en el mundo. Memoria del II Congreso Internacional de Derecho Electoral*, México UNAM, 1993, pp. 729-731.

En la siguiente década se fueron creando organismos similares. Así, en 1931, se crea el Jurado Nacional de Elecciones en Perú como órgano autónomo, en tanto que la Constitución de Brasil de 1934 organizó la justicia electoral dentro del poder judicial, previendo como órgano supremo el Tribunal Superior Electoral, al cual también se le han conferido no sólo atribuciones jurisdiccionales sino administrativas.¹⁰

Asimismo, la Constitución de Nicaragua de 1939 creó un Consejo Nacional de Elecciones, al cual se le asignó la competencia de calificar las elecciones legislativas y decidir en última instancia sobre todos los reclamos y recursos que se interpusieran, mismo que se encuentra previsto también en la Constitución de 1987 como Consejo Supremo Electoral, confiriéndosele igualmente competencia respecto de elecciones presidenciales y considerándosele expresamente, junto con los demás organismos electorales subordinados, como integrantes del llamado **Poder Electoral**.¹¹

De especial importancia resulta la creación del Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, conforme con la Constitución de 1949, el cual está concebido implícitamente por ésta como un cuarto poder, dotado de plena autonomía, habiéndose constituido como un paradigma para la región en cuanto a sus significativas y exclusivas atribuciones en materia electoral.¹²

¹⁰ Vid., José Afonso da Silva, *Curso di direito constitucional positivo*, 9ª ed., Sao Paulo, 1993, pp. 69-70; Torcuato Jardim, "Processo e justiça electoral (Introdução ao sistema electoral brasileiro, en *Tendencias contemporâneas ...*, op. cit., supra, nota anterior, pp. 761-787.

¹¹ Vid. Mariano Fiallos Oyanguren, "Derecho electoral y procesos electorales democráticos. La experiencia de Nicaragua (1984-1990)", en *Tendencias contemporâneas ...*, op. cit., supra, nota penúltima, pp. 35-48.

¹² Vid., Rafael Villegas Antillón, "El Tribunal Supremo en la Constitución de Costa Rica", *Justicia Electoral*, núm. 1, Tribunal Federal Electoral, 1992, pp. 43-51). En 1946 se creó un Tribunal Electoral independiente (el anterior dependía de la secre-

A partir de tales antecedentes, combinados con experiencias particulares de los respectivos países, proliferó en América Latina la creación (frecuentemente a nivel constitucional y, de manera destacada, con motivo de los procesos democratizadores de la década de los ochenta) de tribunales, cortes, jurados, juntas o consejos electorales, encargados de la resolución de las controversias derivadas de las elecciones. Incluso, varios de esos organismos desempeñan no sólo las referidas funciones jurisdiccionales sino también administrativas, relacionadas con la organización de los comicios, en tanto que su naturaleza jurídica, según se indicó, es generalmente autónoma de los tres poderes tradicionales o, en algunos casos, se les ubica dentro del Poder Judicial o, incluso, constituyen un cuarto poder especializado.

En términos muy generales —toda vez que cada país ha tenido su propio proceso evolutivo según sus respectivas condiciones políticas, sociales y culturales—, la historia del contencioso electoral latinoamericano se puede dividir, en cuanto a los órganos competentes para resolver los medios de impugnación contra los resultados electorales, en tres etapas, que van de la adopción de un contencioso predominantemente político, un contencioso mixto jurisdiccional y político, así como un contencioso plenamente jurisdiccional.

taría de gobernación), pero cuyo veredicto tenía que ser ratificado por el Congreso. En 1948, el Congreso dominado por el partido gobernante anuló las elecciones y llamó al candidato oficialista, quien había perdido, a asumir bajo el título de Designado a la Presidencia; sin embargo, el pueblo se levantó en armas y después de 18 meses depuso al gobierno de facto, se instaló en la presidencia al candidato originalmente ganador y se expidió una nueva Constitución aún en vigor.

1. Contencioso predominantemente político encomendado a órgano legislativo

Este periodo va desde la adopción de los primeros ordenamientos constitucionales de los países recién independizados en la región hasta el primer cuarto del siglo XX con la creación de los primeros tribunales electorales (si bien en algunos países latinoamericanos este periodo ocupa hasta la década de los 80's del mismo siglo, como parte de la "tercera ola democratizadora"). En efecto, siguiendo la tradición francesa (recogida a través de la Constitución de Cádiz de 1812 en los países hispanoamericanos), así como la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, la gran mayoría de los países bajo análisis adoptaron el sistema contencioso electoral de carácter predominantemente político (conocido como autocalificación), al reservar a las respectivas Cámaras del Congreso o a una parte de sus miembros (los llamados colegios electorales) la facultad de juzgar finalmente, según el caso, la elección de los diputados o senadores; por otra parte, se confería al propio Congreso o, generalmente, a su Cámara de Diputados (o, como en Uruguay, al Senado), la facultad de calificar la elección presidencial (dando lugar en este último caso a una heterocalificación política).

2. Contencioso mixto jurisdiccional y político

Con el establecimiento de los primeros tribunales electorales en la región, como el de Uruguay en 1924, se previeron los primeros medios de impugnación electoral de naturaleza jurisdiccional, si bien en varios países se conservó la competencia de los diversos congresos o sus respectivas cámaras para resolver finalmente sobre la validez de las elecciones.

En efecto, se trataba de sistemas mixtos, ya sea porque la competencia de los tribunales electorales sólo era respecto de impugnaciones interpuestas durante la etapa de preparación de la elección y se confería a las legislaturas la relacionada con las impugnaciones contra los resultados electorales (como ocurrió con la Corte Electoral del Uruguay entre 1924 y 1934, y hasta la fecha se presenta con la Cámara Nacional Electoral de la Argentina, toda vez que contra los resultados de los comicios emanados de las juntas electorales sólo procede la impugnación ante las respectivas cámaras del Congreso, tratándose de las elecciones legislativas, o la Asamblea General, por lo que se refiere a la elección presidencial); o bien porque a tales órganos legislativos se reservaba la facultad de modificar las resoluciones de los tribunales electorales recaídas a los medios de impugnación en contra de los resultados electorales (así ocurrió, por ejemplo, en México, entre 1987 y 1993, respecto de las elecciones legislativas, y hasta 1996 con motivo de las elecciones presidenciales, al igual que en Uruguay, hasta 1952, por lo que se refiere también a las elecciones presidenciales).

Asimismo, por lo que hace a los aspectos orgánicos, también puede apreciarse una evolución frecuente en los países que nos ocupan en cuanto, primero, la creación legislativa de un órgano administrativo y/o jurisdiccional especializado en materia electoral y su posterior elevación al nivel constitucional con garantías para su autonomía e imparcialidad, transformándose con posterioridad de órganos temporales (reunidos poco antes de los comicios y desapareciendo una vez concluida la elección) en permanentes (donde, al menos, el órgano de mayor jerarquía tiene este último carácter).

3. Contencioso plenamente jurisdiccional

Esta etapa corresponde a la supresión de la competencia de las legislaturas y demás asambleas políticas para decidir finalmente

acerca de la validez de las elecciones, con el objeto de conferírsele a un órgano jurisdiccional. Al efecto, fuera del caso de Argentina que, según se comentó, aún reserva tal atribución a las cámaras del Congreso respecto de las elecciones de diputados y senadores, así como a la Asamblea General con relación a la elección presidencial, en todos y cada uno de los demás países latinoamericanos, la decisión final acerca de la validez de las elecciones y la proclamación de los resultados y los elegidos es competencia de un órgano de naturaleza jurisdiccional. Es oportuno señalar que, en algunos casos, como en el del Tribunal Calificador de Elecciones de Chile en 1925, el tránsito de sistemas contenciosos electorales predominantemente políticos a otros plenamente jurisdiccionales se dio directamente sin mediar alguna etapa de contencioso mixto.

En cuanto al órgano jurisdiccional encargado de emitir la decisión final sobre la validez de una elección, cabe diferenciar según se trate del mismo organismo que organizó las elecciones (en cuyo caso desempeña tanto funciones administrativas, relacionadas con la organización de los comicios, como jurisdiccionales, consistentes en la resolución de los conflictos surgidos durante su desarrollo), del órgano de justicia constitucional (sea la respectiva Corte Suprema de Justicia o un tribunal constitucional), del órgano de justicia administrativa o de un tribunal electoral especializado distinto al que organizó los comicios.

En consecuencia, atendiendo al órgano jurisdiccional competente para resolver las impugnaciones contra los resultados electorales, es posible distinguir los siguientes sistemas de justicia electoral en América Latina:

- a) *Impugnación ante el propio organismo electoral que organizó la elección.* Como se adelantó, varios de los referidos

tribunales electorales no sólo realizan funciones jurisdiccionales, con el objeto de resolver las impugnaciones interpuestas en contra de diversas decisiones relacionadas con el desarrollo de los comicios, sino también desempeñan funciones administrativas relacionadas con la organización de los respectivos comicios. Incluso, en tres (Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica, Consejo Supremo Electoral de Nicaragua y Corte Electoral del Uruguay) de los dieciocho países analizados, las resoluciones del respectivo organismo electoral son definitivas e inatacables, por lo que no pueden ser objeto de revisión por órgano alguno.

Por tanto, en los quince restantes, las decisiones del organismo electoral encargado de organizar los comicios (con independencia de que también tenga competencia para resolver algunos medios de impugnación de naturaleza propiamente administrativa) son susceptibles de ser impugnadas ante la justicia constitucional, la justicia administrativa o la justicia electoral especializada.

- b) *Impugnación ante la justicia constitucional.* En nueve países las decisiones del respectivo organismo electoral administrativo y/o jurisdiccional son impugnables, por cuestiones de inconstitucionalidad, ante la justicia constitucional, que en la región generalmente se le encomienda a la respectiva Corte Suprema de Justicia y, sólo en algunos casos, a algún Tribunal Constitucional.

En cuanto a los países en que procede la impugnación de decisiones electorales, por presunta inconstitucionalidad, ante la Corte Suprema de Justicia se encuentran

siete: Argentina [por lo que se refiere a las decisiones de la Cámara Nacional Electoral, pues las de las juntas electorales relacionadas con el escrutinio de los resultados electorales son juzgados, finalmente, por cada una de las cámaras respecto de las elecciones de sus miembros y por la Asamblea General (reunión de la Cámara de Diputados y el Senado) con relación a la elección presidencial; por tanto, cabe clasificar al régimen contencioso electoral de Argentina como de carácter mixto político-jurisdiccional, atendiendo a la naturaleza de los órganos involucrados], Brasil (si bien se le denomina Tribunal Federal Supremo), El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay y República Dominicana.

En cambio, en dos países proceden las impugnaciones contra los resultados electorales ante un tribunal constitucional. Lo anterior ocurre en Guatemala (en donde las decisiones del Tribunal Supremo Electoral son impugnables ante la Corte Suprema de Justicia y las de ésta, posteriormente, ante la Corte Constitucional), así como en Bolivia (donde las resoluciones electorales son impugnables ante el respectivo Tribunal Constitucional).

- c) *Impugnación ante la justicia administrativa.* Colombia es el único país donde las impugnaciones en contra de las decisiones del organismo electoral administrativo (el Consejo Nacional Electoral o la Registraduría Nacional del Estado Civil) son impugnables ante la justicia administrativa (el Consejo de Estado, cuyas resoluciones sí son definitivas e inatacables).

d) *Impugnación ante un tribunal electoral especializado.* En cambio, en los restantes cinco países, las decisiones del organismo electoral administrativo son impugnables ante la justicia electoral especializada, ya sea que tenga un carácter autónomo (Chile, Ecuador y Perú) o forme parte del respectivo poder judicial (México y Venezuela). Ciertamente, en estos países las resoluciones del correspondiente tribunal electoral son definitivas e inatacables, por lo que constituyen la última instancia para declarar la validez de determinada elección. Evidentemente, en estos últimos cinco países, los organismos electorales especializados y permanentes son dos, uno de carácter administrativo y otro jurisdiccional (mientras que los de Chile provienen desde 1925, los de Perú, México, Venezuela y Ecuador fueron creados en el periodo que abarca este estudio, 1993, 1996, 1999 y 2009, respectivamente).

Cabe señalar que el paso de un sistema contencioso electoral de carácter político a uno de naturaleza jurisdiccional, en cuanto a las impugnaciones contra los resultados electorales, ha implicado un cambio en la cultura política y jurídica que todavía no se encuentra plenamente enraizada ni comprendida en América Latina.

Ciertamente, como la experiencia de derecho comparado lo demuestra, en países que han tenido una evolución similar en el sentido de conferir a un órgano jurisdiccional la decisión última para resolver acerca de la validez de una elección (piénsese, por ejemplo, en Gran Bretaña a partir de 1869; Uruguay, 1924; Chile, 1925; Costa Rica, 1949, o bien, en Francia desde 1958), el establecimiento de un sistema contencioso electoral jurisdiccional ha requerido que las impugnaciones correspondientes ya no se resuelvan conforme al principio de la oportunidad política (de acuerdo con los intereses del

grupo o partido político que conformaba la mayoría parlamentaria en determinado momento, ante quienes se ejercían presiones políticas para intentar una decisión favorable) sino que se ajusten a los principios de constitucionalidad y legalidad, atendiendo a la satisfacción de los requisitos jurídicos y procesales para la formulación de agravios y la aportación de pruebas, lo cual ha propiciado que cada vez más los partidos políticos se vean en la necesidad de recurrir a abogados preparados y especializados en materia electoral para la defensa de sus intereses.

Una de las peculiaridades del sistema brasileño es que los tribunales electorales (tanto el superior como los regionales) no se integran con personal especializado y permanente sino propiamente con jueces de otras jurisdicciones que durante periodos de dos años desempeñan la función jurisdiccional electoral. De manera similar, aun cuando en Argentina, además de la Cámara Nacional Electoral que sí es especializada, se prevén jueces electorales, estrictamente, su competencia es ejercida por los jueces federales, todos ellos pertenecientes al Poder Judicial. Este carácter temporal ha sido objeto de controversia, pues mientras algunos lo consideran una desventaja en virtud de que impide la especialización y va en detrimento de la calidad por adolecer diversos juzgadores de inexperiencia en el ámbito electoral, otros estiman que es preferible, en tanto que, afirman, evita la politización de los juzgadores electorales.¹³

¹³ Cfr., Juan Jaramillo, "Los órganos electorales supremos", en *Tratado de derecho electoral comparado ...*, op. cit., supra, la primer nota del presente tema, pp. 377-378.

IV. PRINCIPALES REFORMAS A LOS SISTEMAS DE JUSTICIA ELECTORAL IBEROAMERICANOS EN LOS TREINTA AÑOS RECIENTES

En el periodo que abarca este estudio y según se puede observar en el cuadro que sigue, prácticamente en todos y cada uno de estos países se realizaron reformas para fortalecer a los organismos electorales en cuanto a su autonomía funcional y técnica, garantizar su imparcialidad y ampliar sus atribuciones.

En este sentido, por lo que se refiere a los países ibéricos, se crearon tribunales constitucionales, a los cuales se les confirió la competencia final para juzgar y validar elecciones. Como se comentó, la primera instancia corresponde a tribunales ordinarios pertenecientes al poder judicial (concretamente, el tribunal contencioso administrativo, por lo que hace a España). Es oportuno también señalar la relevante función que ha venido desempeñando la Junta Central Electoral en España, como órgano superior de dirección y de la organización de las elecciones, con atribuciones normativas y de supervisión respecto de las tareas operativas a cargo de la Dirección de Política Interior del Ministerio del Interior del Reino de España. Dicha Junta Central Electoral se integra con representantes de los partidos políticos y, predominantemente, con académicos (abogados y politólogos) destacados elegidos por las Cortes Generales (esto es, por el legislativo).

En cuanto a los tribunales electorales latinoamericanos, se garantizó su autonomía funcional y técnica, por una parte, y, según se adelantó, las constituciones de Nicaragua (1987) y Venezuela (1999) prevén expresamente la existencia de un Poder Electoral, al lado de los tres tradicionales. Asimismo, en todos estos países se han establecido medidas para asegurar la independencia de los

organismos electorales, en especial, respecto del ejecutivo, dotándoles expresamente de autonomía y confiriéndoles personalidad jurídica y patrimonio propio, además de atribuciones para manejar su presupuesto, elaborar el respectivo proyecto y emitir algunas normas reglamentarias.

Además, junto a los casos de Argentina y Brasil previstos de tiempo atrás, tres de los casos más recientes han ubicado al respectivo tribunal electoral dentro del poder judicial, como ha ocurrido con el Tribunal Superior de Justicia Electoral de Paraguay en 1995 (el cual también realiza funciones administrativas de organización de los comicios), el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México en 1996 y la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela a partir de 1999, en el entendido de que estos dos últimos propiamente tienen sólo funciones jurisdiccionales, en tanto que la organización de las elecciones es competencia de otro organismo autónomo.

Respecto de aquellos organismos a los que se les asignan funciones jurisdiccionales, cada vez mayor número de tribunales electorales cuenta con competencia para resolver en última instancia acerca de la validez de los comicios, suprimiendo la intervención que en algunos países todavía se les reservaba a los órganos legislativo o judicial (Corte Suprema) para emitir la decisión final (así, por ejemplo, la Constitución de Ecuador de 2008 le confiere tal competencia al Tribunal Contencioso Electoral, modificando su integración).

En cuanto a las garantías de imparcialidad de estos organismos y sus miembros, la tendencia ha sido no sólo a despartidarizar su conformación (excluyendo o, al menos, dejando en minoría a los

representantes de partidos políticos,¹⁴ o bien permitiéndoles únicamente derecho de voz pero no de voto)¹⁵ y a depurar el sistema de designación de los miembros del máximo órgano electoral (exigiendo mayorías calificadas en el órgano legislativo¹⁶ o, incluso, involucrando a un órgano jurisdiccional de carácter técnico al efecto¹⁷ o en las postulaciones,¹⁸ así como previendo la renovación escalonada del órgano),¹⁹ sino a conferir a los mismos garantías equivalentes a las que disfrutaban los pertenecientes al poder judicial (como la estabilidad en el cargo, carácter permanente del órgano, dedicación exclusiva a la función, régimen de responsabilidades y remuneración decorosa).

En relación con el aumento de sus funciones y atribuciones, por lo que se refiere a los organismos encargados de la administración y organización de las elecciones, además de todas las funciones que éstas habitualmente involucran (como el registro de candidaturas, el escrutinio de los votos y la proclamación de electos), a varios de ellos se les ha encomendado también el registro electoral (incluyendo no sólo la elaboración del padrón electoral sino, en ocasiones, la emisión del documento para votar o, incluso, la del documento único de identidad nacional), la delimitación de los distritos electorales, la supervisión de las campañas electorales, las campañas de educación cívica, el registro y finan-

¹⁴ Como en Honduras, a partir de 2002, con el Tribunal Supremo Electoral, y en Ecuador, a partir de 2008, con el Tribunal Contencioso Electoral.

¹⁵ *V. gr.*, respecto de la integración de los diversos consejos electorales del Instituto Federal Electoral en México, desde 1996.

¹⁶ Como en Bolivia, respecto de la Corte Nacional Electoral, según reforma de 1992.

¹⁷ Como en Perú, desde 1993, con el jefe de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, quien es designado por el Consejo Nacional de la Magistratura.

¹⁸ Así ocurre en México, con los magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a partir de 1996.

¹⁹ Como en Panamá, México y Ecuador, a partir, respectivamente, de 2004, 2007 y 2008.

ciamiento de los partidos políticos. Asimismo, más recientemente, se les han conferido atribuciones relacionadas con la fiscalización de los recursos de los partidos políticos, la supervisión (incluso, en Uruguay, desde 1996, su organización) de los procedimientos internos de los partidos políticos para la selección de sus dirigentes y candidatos a cargos de elección popular a fin de garantizar su democracia interna, así como, en su caso, la observación electoral, la transparencia y el acceso a la información político-electoral, la realización de los instrumentos de democracia participativa o semi-directa (plebiscito, referendos y/o revocaciones de mandato), el control de la legalidad de la propaganda electoral y la asignación de tiempo aire en la radio y la televisión, además de la reglamentación de normas legales electorales.

V. EL RECURRENTE DEBATE SOBRE LA PERTINENCIA DE UNO O DOS ORGANISMOS ELECTORALES Y LA PRESENCIA O NO DE REPRESENTANTES DE PARTIDOS POLÍTICOS

Entre los organismos electorales propiamente administrativos (en especial, el órgano de mayor jerarquía en determinado país), es posible distinguir aquellos en cuya integración no hay participación alguna de partidos políticos —Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Guatemala, México (sólo con voz), Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela—, de los que sí incluyen una representación minoritaria de partidos políticos (Nicaragua y Uruguay), así como de los que contemplan una representación o participación mayoritaria de los mismos (Colombia y El Salvador). En algunos países, se subraya que los miembros que no sean postulados por partidos políticos deben ser garantía de imparcialidad (como en Uruguay, donde se exige para éstos la aprobación de dos tercios del total de ambas cámaras).

Es importante advertir que, tratándose de los sistemas que sí prevén alguna participación de partidos políticos, ésta debe diferenciarse entre aquella que tiene carácter de mera propuesta —entre varias que pretenden encontrar el consenso entre las fuerzas políticas o el idóneo por parte de quien designa (México, tratándose de los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral)— y la que equivale a la designación (El Salvador y Uruguay), ya que en este último caso se corre el riesgo de que el designado sea estigmatizado como supuestamente parcial (en favor del partido político que lo postuló) durante el desempeño de sus funciones; incluso, en Colombia, por lo que se refiere al órgano electoral administrativo, todos los integrantes (nueve) son nombrados por el Congreso de la República a propuesta de los partidos políticos y a través del sistema de cifra repartidora.

Al respecto, aun cuando hay quien considera que la presencia de diversos representantes de partidos políticos en el órgano electoral puede generar un control recíproco de frenos y contrapesos, cierto es que se trata de una fórmula que generalmente provoca conflictos y entrapamientos (particularmente, cuando los miembros partidistas integran la mayoría del órgano), al ostentar sus integrantes la doble calidad de miembros de un órgano colegiado con responsabilidad pública que deben resolver conforme a derecho, así como de representantes de un partido político, los cuales en momentos de crisis difícilmente pueden evadir la presión de su respectivo partido, a riesgo de ser considerados como un traidor o un inepto.²⁰ Al respecto, debe tenerse presente que la suma de parcialidades no necesariamente conduce a la imparcialidad, además de que resulta frecuentemente lamentable que ciertas deci-

²⁰ Cfr., Jorge Mario García Laguardia, “Nuevas instituciones de derecho electoral centroamericano”, en *Justicia Electoral*, núm. 1, México, Tribunal Federal Electoral, 1992, p. 9.

siones técnicas tengan que supeditarse a negociaciones políticas, ya que la mayoría de las veces aquéllas resultan afectadas.

En todo caso, es claro que en aquellos órganos electorales que se integran con representantes de partidos políticos, la función de éstos jamás puede traducirse en pretender “torcer” la ley en beneficio de los intereses de la fuerza política que los impulsó al cargo sino, cuando más, a garantizarle a ésta que vigilará que ningún miembro del órgano electoral pretenda aplicarles facciosamente la ley en su perjuicio.

En todo caso, el recurrente debate sobre la pertinencia de que los órganos electorales se encuentren o no integrados con representantes de los partidos políticos, pudiera escindirse en dos aspectos: Cuando se trate de órganos encargados exclusivamente de la preparación y administración del proceso electoral, o bien de aquellos casos en que se trate de órganos que deben resolver jurisdiccionalmente las impugnaciones a las decisiones electorales administrativas. Al respecto, cabría sostener que la dualidad de funciones y de órganos que caracteriza a algunos regímenes, al distinguir entre el administrativo y el propiamente jurisdiccional, resulta viable, en tanto que reserva a éste la resolución jurisdiccional de las cuestiones electorales que deben resolverse conforme a derecho, sin que la conformación de este último convenga que sea determinada por los partidos políticos —ya que sus integrantes son independientes y deben resolver con imparcialidad—, mientras que a los órganos a los que se confieren básicamente decisiones de carácter administrativo, donde la presencia y opinión de los partidos políticos podría ser relevante y justificarse, si bien cuidando que ninguna fuerza política pueda inclinar de manera facciosa las decisiones respectivas (como podría ocurrir si sólo se les confiere voz pero no voto).

Por otra parte, si bien deben ponderarse otras cuestiones como el gasto electoral, esta dualidad de órganos proporciona un control interorgánico adicional en un régimen electoral, que propicia la prevención de conflictos electorales o la eventual reparación de violaciones por vía administrativa o jurisdiccional. Aun cuando debe aspirarse a que esta última se utilice sólo de manera excepcional, la misma contribuye a la seguridad jurídica, garantizando que los actos y resoluciones de las autoridades electorales administrativas se sujeten invariablemente a los principios de constitucionalidad y legalidad, característica primordial de todo Estado constitucional democrático de derecho.

País	Organismo(s) electoral(es). Naturaleza jurídica y funciones	Año en que se estableció(eron) y reforma(s) vigente(s)	Integración y designación
Argentina	Cámara Nacional Electoral (Poder Judicial; administrativo/ jurisdiccional; sus resoluciones son impugnables por inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, en el entendido de que dicha cámara no tiene competencia sobre resultados electorales)		3 miembros, nombrados en forma vitalicia por el Presidente en acuerdo con Senado (según lista del Consejo de la Magistratura)

<p>Bolivia</p>	<p>Tribunal Supremo Electoral (aun cuando por régimen transitorio persiste la Corte Nacional Electoral) [Autónomo; administrativo/ jurisdiccional; sus resoluciones son impugnables (además de algunas ante ella misma) sólo por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional]</p>	<p>Constitución de 2009 y Ley de Régimen Electoral Transitorio de 2009</p>	<p>7 miembros (6 nombrados por 2/3 del Congreso y 1 por el Presidente, al menos 2 de origen indígena originario campesino)</p>
<p>Brasil</p>	<p>Tribunal Superior Electoral (además de 27 tribunales regionales, 1 por Estado) (Poder Judicial; administrativo/ jurisdiccional; sus decisiones son impugnables por constitucionalidad ante el Tribunal Federal Supremo)</p>	<p>1934/1988</p>	<p>7 miembros designados por dos años (3 por el Tribunal Federal Supremo entre sus miembros, 2 por el Tribunal Superior de Justicia entre sus miembros y 2 por el Presidente entre los abogados)</p>

Chile	Tribunal Calificador de Elecciones (Autónomo; jurisdiccional; sus resoluciones son definitivas e inimpugnables)	1925/1980	5 miembros (4 jueces o exjueces de la Corte Suprema y un presidente o vicepresidente de alguna cámara del Congreso, elegido por la Corte Suprema mediante sorteo)
	Servicio Electoral (Autónomo; administrativo)	/1986 (a nivel legal)	Su titular es nombrado por el Presidente con acuerdo del Senado
Colombia	Consejo Nacional Electoral (Autónomo; administrativo/ jurisdiccional; sus resoluciones son impugnables ante el Consejo de Estado)	1991	9 consejeros elegidos por 4 años por el Congreso de la República a propuesta de los partidos y movimientos políticos (en forma proporcional a la composición del Congreso)
	Registraduría Nacional del Estado Civil (Autónomo; administrativo)	1991	Su titular es seleccionado por 5 años por el Consejo Nacional Electoral

Costa Rica	Tribunal Supremo de Elecciones (Autónomo; administrativo/ jurisdiccional; sus resoluciones son definitivas e inimpugnables)	1949 (con reformas legales de 1996, 2001 y 2002)	3 propietarios (y 6 suplentes) nombrados por 6 años por 2/3 de la Corte Suprema
Ecuador	Tribunal Contencioso Electoral (Autónomo; jurisdiccional; sus resoluciones son de última instancia e inmediato cumplimiento)	2008	5 miembros principales, nombrados por 6 años por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; se renueva escalonadamente
	Consejo Nacional Electoral (Autónomo; administrativo)	2008	5 miembros principales, nombrados por 6 años por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; se renueva escalonadamente

El Salvador	Tribunal Supremo Electoral ²¹ (Autónomo; administrativo/ jurisdiccional; sus decisiones son impugnables por inconstitucionalidad ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema)	1994	5 miembros nombrados por la Asamblea Legislativa (3 a propuesta de los 3 partidos con mayor fuerza electoral y 2 de la Corte Suprema)
Guatemala	Tribunal Supremo Electoral (Autónomo; administrativo/ jurisdiccional; sus decisiones son impugnables por inconstitucionalidad ante Corte Suprema y, las de ésta, ante la Corte Constitucional)	1983 y 2004 (a nivel legal)	5 magistrados propietarios (y 5 suplentes) elegidos por 2/3 del Congreso, de una nómina de 40 candidatos de la comisión de postulación
Honduras	Tribunal Supremo Electoral (Autónomo; administrativo/ jurisdiccional; sus decisiones son impugnables por inconstitucionalidad ante Corte Suprema) ²²	2002	3 magistrados propietarios (y 1 suplente) elegidos por 5 años por 2/3 Congreso Nacional

²¹ Dentro del periodo que abarca este trabajo, entre 1982 y 1994, la organización de las elecciones estuvo a cargo de del Consejo Central de Elecciones.

²² Además, la reforma constitucional de 2002 también estableció como institución autónoma al Registro Nacional de las Personas (cuyo director y dos subdirectores son nombrados por 2/3 del Congreso Nacional), el cual se encarga, entre otras

México	Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Poder Judicial; jurisdiccional; sus resoluciones son definitivas e inimpugnables)	1987/1990/1993/ 1996 y 2007	Su Sala Superior se integra con 7 magistrados (y sus 5 salas regionales con 3 c/u) elegidos escalonadamente por 9 años por 2/3 del Senado de ternas propuestas por la Suprema Corte
	Instituto Federal Electoral (Autónomo; administrativo)	1990, 1994, 1996 y 2007	Su Consejo General se integra con 9 miembros elegidos escalonadamente por 9 años (salvo su presidente que dura 6) por 2/3 de la Cámara de Diputados a propuesta de los grupos parlamentarios previa consulta a la sociedad

atribuciones, de extender la tarjeta de identidad única con la cual se vota, así como de proporcionar al Tribunal Supremo Electoral toda la información necesaria para elaborar el censo nacional electoral.

Nicaragua	Consejo Supremo Electoral (Poder Electoral; administrativo/ jurisdiccional; sus resoluciones son definitivas e inimpugnables)	1939/1987,2000 y 2005	7 magistrados propietarios (y 3 suplentes) elegidos por 5 años por el 60% de la Asamblea Nacional, de listas separadas propuestas por el Presidente y diputados
Panamá	Tribunal Electoral (autónomo; administrativo/ jurisdiccional; sus decisiones son impugnables por inconstitucionalidad ante Corte Suprema)	1956/1992 y 2004	3 miembros designados escalonadamente por 10 años: 1 nombrado por la Corte Suprema, 1 por la Asamblea Nacional y 1 por el Presidente
Paraguay	Tribunal Superior de Justicia Electoral (Poder Judicial; administrativo/ jurisdiccional; sus decisiones son recurribles ante la Corte Suprema)	1992/1995	3 miembros designados por el Senado, en acuerdo con el Ejecutivo, de ternas propuestas por el Consejo de la Magistratura

Perú	Jurado Nacional de Elecciones (autónomo; administrativo/ jurisdiccional; sus decisiones son definitivas e inimpugnables)	1931/1993	5 miembros elegidos por 4 años renovables (1 por la Corte Suprema entre sus jubilados, 1 por la Junta de Fiscales Supremos entre sus jubilados, 1 por el Colegio de Abogados de Lima entre sus miembros, 1 por los decanos de facultades de derecho públicas entre sus exdecanos y 1 por los de las privadas entre sus exdecanos
	Oficina Nacional de Procesos Electorales (autónomo; administrativo) ²³	1993	Su jefe es nombrado por 4 años renovables por el Consejo Nacional de la Magistratura

²³ Además, la reforma constitucional de 1993 también estableció como institución autónoma al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (cuyo jefe es nombrado por 4 años renovables por el Consejo Nacional de la Magistratura), el cual se encarga, entre otras atribuciones, de actualizar el padrón electoral, así como de proporcionar al Jurado Nacional de Elecciones y a la Oficina Nacional de Procesos Electorales toda la información necesaria para el desempeño de sus funciones.

República Dominicana	Junta Central Electoral (Cámara Administrativa, Cámara Contenciosa y Pleno); (autónomo; administrativo/ jurisdiccional; sus decisiones son impugnables por inconstitucionalidad ante Corte Suprema)	2005 (Se encuentra en proceso una reforma constitucional que establece dos órganos autónomos, uno de carácter administrativo y otro jurisdiccional)	9 miembros nombrados por el Senado
Uruguay	Corte Electoral (Autónomo; administrativo/ jurisdiccional; sus decisiones son definitivas e inimpugnables)	1924/1952/1996	9 miembros por tiempo indefinido [5 “neutrales” nombrados por 2/3 Asamblea General y 4 representantes de partidos políticos con mayor fuerza electoral]

Venezuela	<p>Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia (Poder Judicial; jurisdiccional; sus decisiones son definitivas e inimpugnables)</p>	1999	5 miembros nombrados por 12 años por la Asamblea Nacional a propuesta del Poder Ciudadano previa propuesta del Comité de Postulaciones Judiciales
	<p>Consejo Nacional Electoral (Poder Electoral; administrativo)</p>	1999	5 miembros nombrados por 7 años en forma escalonada por 2/3 de la Asamblea Nacional a propuesta de diversos sectores ²⁴

²⁴ El actual Consejo Nacional Electoral fue nombrado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ante la omisión de la Asamblea Nacional.

LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Víctor Bazán(*)

SUMARIO: I. Consideraciones previas. II. Base constitucional legitimante del control sobre las omisiones inconstitucionales en nuestro país. III. Recorrido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: 1. Preliminar. 2. Relación de fallos. 3. Telegráfico resumen de ciertos aspectos salientes que surgen del devenir jurisprudencial del Alto Tribunal en la materia analizada. 4. En torno a las sentencias “atípicas”. IV. Apreciaciones finales.

47

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Estado contemporáneo es Estado Constitucional, en cuyo contexto la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía idéntica a ella, ocupan un sitio central en el sistema jurídico y exudan fuerza normativa, lo que supone la obligación de garantizar su indemnidad, sea que las agresiones en su contra se produzcan *por acción o por omisión*.

* Profesor Titular de las materias Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma Facultad. Profesor del Curso Intensivo de Posgrado de “Derecho Constitucional, Derecho Constitucional Procesal y Derechos Humanos”, Universidad de Buenos Aires (UBA).

La potestad de ejercer control sobre las pretericiones inconstitucionales (también respecto de las inconventionales¹ –aunque aquí nos referiremos esencialmente a aquéllas–) recibe sustento y legitimación desde que la vigencia sociológica de tal bloque constitucional es presupuesto de intangibilidad de dichos caracteres fundamentales de supremacía y normatividad.

Anunciado someramente el sustrato de la inconstitucionalidad y la inconventionalidad por inacción, esta contribución intenta realzar la importancia de dinamizar herramientas jurisdiccionales que, sin menoscabar la autoridad democrática del legislador, preserven la magnitud normativa de la Constitución y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con magnitud equivalente a ella, resguarden su contenido axiológico y garanticen su supremacía.

Impregnado de tales pautas contextuales, en el presente trabajo analizaremos en dos bloques temáticos, respectivamente,

Miembro del Grupo de Expertos Latinoamericanos en “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro del Consejo Directivo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional y paralelamente Director de la Sección “Derechos Humanos” de dicha Asociación. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Autor, coautor y coordinador de aproximadamente setenta (70) libros y doscientos (200) artículos y notas en materias de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Derechos Humanos, publicados en Argentina y el extranjero. Ha realizado diversas actividades académicas, dictado cursos y conferencias e intervenido como Profesor Visitante en Universidades, Centros de Estudio y organismos públicos de Argentina, España, Francia, Grecia, Italia, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, EE.UU., Guatemala, México, Perú, Uruguay, Venezuela.

¹ En otras oportunidades nos hemos ocupado del tema de las omisiones anticonventionales, por ejemplo, en BAZÁN, Víctor, “Inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión”, *La Ley*, T° 2009-E, Buenos Aires, pp. 1240/1256.

la existencia de plataforma constitucional habilitante para ejercer por vía jurisdiccional el control de constitucionalidad sobre las inacciones inconstitucionales y el panorama jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en torno a la materia, colacionando algunos fallos (de distintas épocas y con diversas integraciones del Tribunal) en los que, con mayor o menor intensidad, asoma la viabilidad de llevar adelante semejante fiscalización constitucional en torno a las omisiones contrarias a la Ley Fundamental.

Finalmente, el epílogo vendrá de la mano de unas sucintas valoraciones conclusivas sobre un tópico conflictivo y polifacético, que no deja de ofrecer nuevas facetas para la discusión jurídica.

II. BASE CONSTITUCIONAL LEGITIMANTE DEL CONTROL SOBRE LAS OMISIONES INCONSTITUCIONALES EN NUESTRO PAÍS

Para comenzar a desandar el camino argumental propuesto, reenviamos a DE OTTO, quien precisa que la promulgación de una Constitución escrita es prácticamente imprescindible para establecer una norma suprema en el ordenamiento, lo que debe complementarse especificándose que la infracción a lo dispuesto en la misma es antijurídica. En cambio, si el ordenamiento no determina tales pautas, los preceptos de ésta serán constitucionales sólo en cuanto están incluidos en ella, pero en realidad no serán ni siquiera normas, dado que una norma que puede ser infringida lícitamente *no es una norma*². Al respecto, acota que si el ordenamiento preceptúa que es obligatorio acatar la Constitución escrita, *todos* sus preceptos son igualmente obligatorios, sea cual fuere la materia de que se ocupen,

² DE OTTO, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 5ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1997, pp. 17/18.

y a todos les corresponde por igual la condición de norma suprema³ (énfasis del original).

Embebido de ese espíritu, enraizado en el Estado Constitucional de Derecho, se fundamenta y legitima el control de constitucionalidad sobre las omisiones que violenten la Ley Fundamental, en orden a amparar la primacía y el vigor normativo de ésta.

En el escenario jurídico argentino, reacondicionado por medio de la modificación constitucional operada en 1994, existe una determinación constitucional legitimante de la competencia de la judicatura (con la CSJN al frente) para arrostrar fundamentalmente las omisiones legislativas inconstitucionales.

Así lo autoriza a predicar la confluencia de una serie de factores, entre los que figuran: la ampliación de la nómina de derechos explícitos (v.gr., arts. 37, 41, 42 de la Constitución Nacional –C.N.–); la instauración de los procesos constitucionales de amparo (incluso el amparo por *omisión*), hábeas corpus y hábeas data –aunque esta última expresión no figure textualmente– (art. 43, *ibíd.*); la redefinición del principio de igualdad, a partir de la complementación de la *igualdad formal* (art. 16, *ibíd.*) con la *igualdad material o sustancial* (arts. 37 y 75, incs. 2°, 19 y 23); y la adjudicación de jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (art. 75, inc. 22, párr. 2°, *ibíd.*).

Semejante atribución de cotización constitucional a los instrumentos internacionales sobre el aludido campo temático ha provocado, *inter alia*, la expansión cuantitativa y cualitativa del elenco de derechos implícitos; la consolidación de los principios *pro homine* o *favor libertatis* y *pro actione*, con los criterios hermenéuticos que vienen por añadidura: interpretación de buena fe, *pacta sunt servanda* y los atinentes al objeto y el fin de los tratados; el fortalecimiento de la premisa que instaura la imposibilidad de alegar la

³ *Ibíd.*, p. 18.

existencia o inexistencia de normas de derecho interno para dejar de cumplir compromisos internacionales; y la inevitabile responsabilidad internacional del Estado en caso de incumplimiento total o parcial de éstos.

A ello deben añadirse los siguientes elementos de análisis, por cierto de importancia no desdeñable: el postulado preambular de “afianzar la justicia”, que ostenta naturaleza operativa, no sólo tiene valor de guía interpretativa; el establecimiento de una premisa de reafirmación de la fuerza normativa de la Constitución (art. 36); la adjudicación de alcurnia constitucional *ex post* por el Congreso Nacional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁴; y la tendencia que, no exenta de vaivenes, exhibe la jurisprudencia de la CSJN en el sentido de tomar en cuenta los estándares hermenéuticos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos va forjando en sus sentencias y opiniones consultivas como intérprete final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Uniendo tales eslabones, poco sitio queda para consentir o tolerar violaciones a los derechos humanos o infracciones al vigor normativo de la Constitución originadas en *inacciones u omisiones legislativas*.

Tal paisaje constitucional, donde brilla con luz propia el sustancial compromiso asumido por el Estado en el marco de los derechos humanos, transmite una clara señal a los órganos del poder constituido, los que quedan vinculados por la fuerza normativa de la Ley Fundamental, su supremacía y la de los instrumentos internacionales con valencia homóloga a aquélla.

⁴ A la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas se le ha otorgado jerarquía constitucional mediante la Ley 24.820 (B.O. de 29 de mayo de 1997) y respecto de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad se ha hecho lo propio por medio de la Ley 25.778 (B.O. de 3 de setiembre de 2003).

III. RECORRIDO POR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1. Preliminar

Transitando la doctrina judicial de la CSJN, puede verificarse –con mayor o menor contundencia o nivel de verbalización– la presencia de diversos antecedentes en materia de control sobre las omisiones inconstitucionales, algunos de los cuales fueron pronunciados incluso antes de la reforma de 1994.

Así es posible contabilizar, enunciativamente, las siguientes resoluciones (que serán examinadas sumariamente en el subapartado siguiente): “Bonorino Perú, Abel y otros c/ Gobierno Nacional”⁵, de 15 de noviembre de 1985; “Ekmekdjian, Miguel Á. c/ Sofovich, Gerardo”⁶, de 7 de julio de 1992; “Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo”⁷, de 9 de abril de 2002; “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido”⁸, de 14 de setiembre de 2004; “Verbitsky, Horacio”⁹, de 3 de mayo de 2005; “Badaro, Adolfo Valentín c/ Administración Nacional de Seguridad Social (ANSeS) s/ reajustes varios”¹⁰, sentencias I¹¹ y II¹², respectivamente de 8 de agosto de 2006 y de 26 de noviembre de 2007; y “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873 - Dto. 1563/04 s/ amparo Ley 16.986”¹³, de 24 de febrero de 2009.

⁵ Fallos, 307:2184.

⁶ Fallos, 315:1492.

⁷ Fallos, 325:524.

⁸ Fallos, **327:3677**.

⁹ Fallos, 328:1146.

¹⁰ Causa “B.675.XLI”.

¹¹ Fallos, 329:3089.

¹² Se trata de un segundo pronunciamiento en la causa identificada en la nota 10, emitido más de quince meses después de “Badaro I”.

¹³ Causa “H.270.XLII”.

No nos olvidamos, claro está, de dos señeros precedentes que constituyen una muestra embrionaria pero trascendental del tópico que aquí exploramos: “Siri, Ángel”¹⁴, donde el Tribunal se expidió por mayoría¹⁵ el 27 de diciembre de 1957, y “S.R.L. Samuel Kot”¹⁶, en el que –también mayoritariamente¹⁷–, se pronunció el 5 de setiembre de 1958.

Tales emblemáticos decisorios produjeron una contribución vital al derecho procesal constitucional pues dieron vida –nada más y nada menos– que al proceso constitucional de *amparo*, respectivamente, contra actos de autoridad pública y de particulares.

Asimismo, en “Siri” la CSJN acuñó uno de los párrafos más célebres de su historia jurisprudencial, afirmando que *las garantías individuales existen y protegen por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución Nacional e independientemente de las leyes reglamentarias*. Añadió, con cita de Joaquín V. GONZÁLEZ, que las declaraciones, los derechos y las garantías no son simples fórmulas teóricas, porque cada uno de los artículos y cláusulas que

¹⁴ *Fallos*, 239:459.

¹⁵ La mayoría estuvo compuesta por los doctores Orgaz, Argañarás, Galli y Villegas Basavilbaso.

Por su parte, el doctor Herrera votó en disidencia, propiciando seguir al Procurador General en su dictamen, rechazar el recurso y confirmar la sentencia apelada. Entre otras apreciaciones, sustentaba su discrepancia en la necesidad de que la Corte no excediera su propia jurisdicción, la que proviene de la ley; agregando que si aun fuera posible argüir la posibilidad de que el silencio legislativo o la inoperancia de los procedimientos legales no pudieran impedir la vigencia de los derechos y principios consagrados constitucionalmente, debería observarse que semejante razonamiento, que juzgaba “extremo”, indudablemente suponía la demostración acabada de aquellos requisitos, que en el caso de autos no estimaba configurados.

¹⁶ *Fallos*, 241:291.

¹⁷ La mayoría quedó compuesta por los doctores Orgaz, Villegas Basavilbaso y Beccar Varela.

En minoría, se pronunciaron los doctores Aráoz de Lamadrid y Oyhanarte, quienes mocionaron la declaración de improcedencia del recurso extraordinario, entre otras razones, por considerar que la doctrina del caso “Siri” no guardaba relación directa ni inmediata con la situación jurídica planteada en “Kot”.

las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, las autoridades y toda la Nación¹⁸.

2. Relación de fallos

A) Bonorino Perú¹⁹

La CSJN ejerció control de constitucionalidad con sentido institucional sobre una omisión inconstitucional enraizada en el incumplimiento de la obligación de mantener “actualizada con significación económica la remuneración de los jueces, cuando un deterioro significativo trasuntaba en esa omisión una violación a la garantía de intangibilidad impuesta por el art. 96 de la constitución”²⁰. Dio operatividad, así, a la mencionada garantía, hoy localizada en el art. 110 de la Ley Fundamental en función de la reenumeración impresa al texto constitucional por la reforma de 1994.

En el decisorio²¹ se aclara que no es objeto del proceso discursivo en la causa “«fijar» los sueldos de los jueces, ni sustituir la política legislativa en la materia, todo lo cual incumbe al Congreso...” (consid. 5°); agregando que el control de constitucionalidad que asumía el Tribunal recaía “sobre la omisión de actualización de los sueldos judiciales mermados por la inflación” y, por ende, nada le impedía, como intérprete final de la Constitución, decidir que la pérdida no compensada del valor monetario real configuraba un

¹⁸ GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, *Obras Completas*, vol. III, N°s 82, 89 y 90, Buenos Aires, 1935; citado concretamente en *Fallos*, 239:463.

¹⁹ En el texto referimos a “Bonorino Perú”, aunque lo resuelto en dicha causa vale para las siguientes causas decididas también por conjueces: “Perugini”, “Durañona y Vedia” y “Grieben”.

²⁰ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1987, p. 100.

²¹ El pronunciamiento fue unánime y en la ocasión el Tribunal estuvo compuesto por los siguientes conjueces: Bidart Campos, Gavier, Moisset de Espanés, Morello y Terán Lomas.

supuesto de disminución de aquellas retribuciones, que transgredía el entonces art. 96 (consid. 6°).

Desgranando los puntos salientes del fallo, se observa lo siguiente: *i)* Frente a una omisión inconstitucional lesiva de una garantía constitucionalmente consagrada, ejerció control de constitucionalidad reivindicando su rol de intérprete final de la Ley Fundamental; *ii)* operativizó aquella garantía consistente en preservar la “intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados”, consciente de sus límites y sin desconocer la competencia del Congreso para fijar la política legislativa en la materia; y *iii)* dejó en evidencia la procedencia de la acción de amparo, como vía idónea para perseguir la declaración de inconstitucionalidad de la omisión por la que se incumplía una “obligación” constitucional.

B) Ekmekdjian c/ Sofovich

En este paradigmático precedente, resuelto por mayoría²², la CSJN confirió aplicación directa y operativa al art. 14 de la CADH que contiene el derecho de rectificación o respuesta, aun cuando no existía una norma legal reglamentaria que lo desarrollase internamente. Además, interpretó que la expresión “en las condiciones que establezca la ley” (art. 14.1, *in fine, ibíd.*) se refiere “a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por *las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas*” (cursivas añadidas; consid. 22 de la mayoría).

Dicho en otros términos, puntualizó que el compromiso del orden jurídico interno con la CADH puede también ser cumplido por una *sentencia judicial*, pudiendo el tribunal fijar “*las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado*” será ejercitado

²² La mayoría quedó integrada con los doctores Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano; las disidencias correspondieron a los ministros Petracchi, Moliné O'Connor, Levene [h.] y Belluscio.

en el caso concreto (énfasis agregado; consid. 22, *in fine*, de la mayoría).

La sentencia en cuestión deja al desnudo que, como la Convención estaba vigente para Argentina al momento en que la Corte falló (y, también, al tiempo en que el actor formuló su petición) y ostentaba jerarquía supralegal (hoy posee valencia constitucional), su incumplimiento –al influjo de la abstención legislativa– podría constituir *omisión inconstitucional* reparable judicialmente a través del amparo. En tal sentido, el fallo expresa: *“La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado...”* (remarcado añadido; consid. 16 del voto mayoritario). Por ende, la segunda de las hipótesis: “omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”, provocaría la agresión constitucional (y, en lenguaje más actual, también “convencional”) por inacción y viabilizaría la fiscalización jurisdiccional a su respecto.

C) Mignone

La CSJN no se limitó (como lo había hecho la Cámara Nacional Electoral –órgano apelado–) a la declaración de inconstitucionalidad del art. 3, inc. ‘d’, del Código Electoral Nacional, que excluía del padrón electoral a “los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad” (dado que el *a quo* había supeditado el ejercicio del derecho al dictado de la reglamentación que posibilite el sufragio de aquella categoría de personas), sino que avanzó operativamente y manifestó que correspondía *“urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados”* y, en ese marco, consideró prudente “disponer que

este derecho sea implementado *por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses*²³ (énfasis propio).

Básicamente, el Alto Tribunal emitió una especie de sentencia *multilateral* para salvar la primacía constitucional. Fue así como declaró la inconstitucionalidad de la norma en cuestión y entabló un diálogo con los Poderes Legislativo y Ejecutivo tendente a lograr que éstos emitieran los lineamientos normativos de rigor y acondicionaran la infraestructura pertinente para dar cumplimiento, en el plazo fijado judicialmente, al derecho cuyo desarrollo quedaba obstruido por la regla devenida anticonstitucional.

Resulta encomiable el camino seleccionado por el Tribunal como medio útil para superar la omisión inconstitucional consistente en preterir la obligación de adaptar una norma legal a los postulados operativos de un tratado internacional con valencia homóloga a la de la Carta Magna, pues más allá de la pauta genérica del art. 18 de la C.N. (de la que se infiere el principio de inocencia), el parámetro para discernir la constitucionalidad de la regla impugnada fue el art. 23.2 de la CADH²⁴. En otras palabras, aquel precepto del dispositivo electoral quedó desfasado al resultar sobrevenidamente inconsistente con pautas surgentes de una convención internacional jerárquicamente parificada a la Constitución.

²³ El énfasis, en ambos casos, ha sido añadido. Los párrafos entrecomillados corresponden al consid. 9° de la mayoría, compuesta por los ministros Nazareno, Moliné O'Connor y López.

En sendos votos particulares, aunque coincidentes en lo sustancial, se pronunciaron los doctores Boggiano (véase, el consid. 8°) y Bossert (ver, el consid. 30).

Por su parte, los ministros Fayt y Petracchi, en voto conjunto, concurrieron con la mayoría (*vid.*, sobre el punto en cuestión, el consid. 19).

²⁴ En realidad, para sustentar la inconstitucionalidad del art. 3, inc. 'd', del Código Electoral Nacional, la moción mayoritaria reenvió a los fundamentos y conclusiones vertidos en el voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López en la causa "A.671.XXXVII, 'Alianza Frente para la Unidad (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales) s/ oficialización listas de candidatos'", de 27 de septiembre de 2001 (*Fallos*, 324:3143).

Es interesante resaltar que la sentencia tuvo efectos inductores en el Congreso de la Nación, pues luego de su dictado, concretamente el 4 del diciembre de 2003, se sancionó la Ley 25.858²⁵, promulgada por Decreto 1.342/2003 del Poder Ejecutivo Nacional de fecha 29 de diciembre de 2003. En lo que aquí resulta de interés específico, el dispositivo legal citado derogó –entre otros incisos–, el ‘d’ del art. 3 del Código Electoral Nacional e incorporó a este plexo normativo el art. 3 bis, que dispone –en su primer párrafo– que “los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos eleccionarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos”.

D) Vizzoti

Modificando su posición hermenéutica anterior, y por unanimidad²⁶, declaró inconstitucional por irrazonable el límite a la base salarial, previsto en los párrafos 2° y 3° del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (según Ley 24.013), para calcular la indemnización por despido incausado.

Paralelamente, y con una carga adicional de activismo judicial, desactivó por inconstitucional aquel límite y avanzó en la *delineación de un criterio normativo operable en la causa* al determinar *per se* que correspondía aplicar aquella limitación sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable.

E) Verbitsky

Incluimos en la nómina a este fallo pues aunque sus efectos no se dirijan al Congreso de la Nación sino a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires, el Tribunal recurrió a una interesante herramienta sentencial exhortativa para atemperar,

²⁵ B.O. de 6 de enero de 2004.

²⁶ En efecto, votaron coincidentemente todos los ministros firmantes, doctores Petracchi, Belluscio, Fayt, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco.

corregir o salvar omisiones legislativas o insuficiencias normativas del Congreso de la Nación.

Cabe recordar que el representante legal del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), interpuso ante el Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires una acción de *hábeas corpus correctivo y colectivo* en amparo de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepoblados, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debería desarrollarse en centros de detención especializados.

La demanda fue desestimada por la Sala III de la Cámara de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires por considerarse incompetente para intervenir en los hechos denunciados en la presentación, pues en ésta, se hacía una referencia genérica y colectiva a las distintas situaciones e irregularidades en que se encontraban las personas privadas de su libertad en causas penales y detenidas en comisarías o establecimientos policiales provinciales. Indicó que no procedía tomar una única decisión que englobase situaciones plurales indeterminadas, aun cuando estuvieran referidas a un problema común, y que correspondía que cada supuesto fuera evaluado por el juez propio de la causa.

Ante ello, el actor dedujo recursos de nulidad e inaplicabilidad de ley, que fueron declarados inadmisibles por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, frente a lo cual planteó un recurso extraordinario, cuya denegación originó la presentación directa ante la CSJN, que –por mayoría²⁷– dejó sin efecto el fallo en cuestión, disponiendo además:

²⁷ La mayoría quedó conformada por los ministros Petracchi, Maqueda, Zaffaroni, Highton de Nolasco y Lorenzetti. Por su parte, en disidencia se expidió el doctor Boggiano y, también disidentemente –aunque sólo en forma parcial–, lo hicieron por separado los ministros Fayt y Argibay.

- Declarar que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas, recogidas por la Ley 24.660, configuran las pautas fundamentales a las que debe adecuarse toda detención;
- disponer que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de los jueces competentes, hiciera cesar en el término de sesenta (60) días la detención en comisarías de la provincia de menores y enfermos;
- instruir al mencionado órgano judicial y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, con la urgencia del caso, hicieran cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importara un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal;
- ordenar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, por intermedio de la autoridad de ejecución de las detenciones, remitiera a los jueces respectivos, en el término de treinta (30) días, un informe pormenorizado, en el que constaran las condiciones concretas en que se cumplía la detención (características de la celda, cantidad de camas, condiciones de higiene, acceso a servicios sanitarios, etc.), a fin de que éstos pudieran ponderar adecuadamente la necesidad de mantener la detención, o bien, dispusieran medidas de cautela o formas de ejecución de la pena menos lesivas. Asimismo, entendió pertinente que se informara en el plazo de cinco (5) días toda modificación relevante de la situación oportunamente comunicada;
- disponer que cada sesenta (60) días el Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires informara a la CSJN las medidas que fuera adoptando para mejorar la situación de los detenidos en todo el territorio de la provincia;

- exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales; y
- encomendar al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires que, a través de su Ministerio de Justicia, organizara la convocatoria de una mesa de diálogo a la que invitaría a la accionante y restantes organizaciones presentadas como *amici curiarum*, sin perjuicio de integrarla con otros sectores de la sociedad civil, debiendo informar a la CSJN cada sesenta días de los avances logrados.

Desde el punto de vista que aquí interesa enfatizar, el decisorio es importante (aunque de difícil cumplimiento efectivo), pues adoptando un laudable activismo la CSJN delineó un remedio jurisdiccional para combatir las *omisiones contrarias a la Constitución y a los instrumentos internacionales con valencia homóloga* en que incurrieran las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal, y que resultaban violatorias, v.gr., del art. 18 de la C.N. y de los arts. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (todo individuo “tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”), 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”) y 5, inc. 2°, de la CADH (norma con similar configuración léxica y contenido semántico a la del Pacto citado en último término) –ver consid. 39 de la mayoría–.

En el sentido expuesto, aunque representativas de una naturaleza y un valor de *soft law*²⁸ en materia de derecho internacional

²⁸ O'DONNELL divide a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en tres categorías: la *primera*, las dos grandes declaraciones de 1948; la *segunda*,

de los derechos humanos, el Tribunal elevó al nivel de estándar básico infranqueable a las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos de las Naciones Unidas”, recogidas por la Ley 24.660, como elenco de pautas fundamentales a las que debe sujetarse toda detención para que la privación de la libertad ambulatoria legítimamente impuesta por un órgano judicial competente se adapte a los lineamientos indispensables para preservar la dignidad de la persona humana (cfr. id. consid.).

Para abastecer tales menesteres (y beneficiar, por caso, a menores, mujeres y personas enfermas) la CSJN diseñó una *sentencia exhortativa multilateral*, involucrando en sus requerimientos a los tres Poderes del Estado Provincial, pero a su vez mantuvo su propio compromiso en la supervisión del cumplimiento de las exigencias estipuladas en el pronunciamiento y coadyuvó, además, a la participación de distintos sectores de la sociedad civil para debatir sobre un tema de enorme complejidad.

los grandes tratados universales y regionales en la materia; y la *tercera*, los demás instrumentos sobre derechos humanos dedicados a derechos o principios específicos o los derechos de determinados sectores de la sociedad humana (O'DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2ª ed., Santiago de Chile, 2007, pp. 55/56).

En esta tercera categoría distingue numerosas subcategorías, identificando como las más relevantes a la subcategoría de tratados, por una parte, y a la *subcategoría que agrupa los demás instrumentos que carecen de carácter contractual*. Añade que estos últimos, que son numerosos, se conocen bajo diferentes denominaciones, entre ellas, “declaración, principios básicos, *reglas mínimas*, reglas, principios, directrices” —énfasis agregado— (*ibíd.*, p. 56).

Así, y si siguiéramos referencialmente la categorización taxonómica del citado autor, las reglas de *soft law* a las que referimos en el texto quedarían subsumidas en esta última subcategoría dentro de la tercera categoría de instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

F) Badaro I y II

a) En “Badaro I”, unánimemente²⁹, subrayó que la efectividad de la cláusula constitucional sobre la movilidad jubilatoria (art. 14 bis) debe resguardarse *legislando* sobre el punto (remarcado agregado; consid. 6°).

Convergentemente señaló que “*el precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad, mediante una reglamentación que presenta indudable limitación, ya que no puede alterarla (art. 28) sino conferirle la extensión y comprensión previstas en el texto que la enunció y que manda a asegurarla*” (énfasis añadido; consid. 15).

Asimismo, puso de manifiesto que “*la ausencia de aumentos en los haberes del demandante no aparece como el fruto de un sistema válido de movilidad, pues la finalidad de la garantía constitucional en juego es acompañar a las prestaciones en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios de actividad*”, de lo que extrajo que “*la falta de corrección en una medida que guarde relación con el deterioro sufrido, como acontece en autos, configura un apartamiento del mandato del art. 14 bis de la Constitución Nacional*” (remarcado agregado; consid. 13).

El espacio temático en cuyo marco el Tribunal entendió configurada la preterición legislativa inconstitucional es precisamente uno de los identificados por la Constitución, reforma mediante, como destinatario de un plus protectorio en los términos del art. 75, inc. 23. Tal cláusula especifica que corresponde al Congreso Nacional *legislar y promover medidas de acción positiva* que garanticen la

²⁹ El fallo lleva la firma de los siete integrantes con que hasta hoy (segundo semestre de 2010) el Tribunal cuenta: doctores Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay.

igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, *en particular respecto* de los niños, las mujeres, *los ancianos* y las personas con discapacidad. En otras palabras, queda al descubierto la expresa voluntad del Constituyente reformador de visualizar a la ancianidad como un grupo particularmente vulnerable e hiposuficiente.

En tal sentido, la CSJN ha precisado que “no sólo es facultad sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional en juego, teniendo en cuenta la protección especial que la Ley Suprema ha otorgado al conjunto de los derechos sociales, ya que en su art. 75, incs. 19 y 23, impone al Congreso proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social, para lo cual debe legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos, en particular, a los ancianos, norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos” (consid. 17).

Por lo demás, mostrándose consciente de sus límites, advirtió que no era apropiado fijar ella misma sin más “la movilidad que cabe reconocer en la causa, *pues la trascendencia de esa resolución y las actuales condiciones económicas requieren de una evaluación cuidadosa y medidas de alcance general y armónicas, debido a la complejidad de la gestión del gasto público y las múltiples necesidades que está destinado a satisfacer*” (énfasis añadido; consid. 16).

Las líneas axiales del fallo pueden sintetizarse como sigue:

Declaró la omisión legislativa inconstitucional consistente en la falta de disposición de un ajuste por movilidad en el beneficio previsional del actor que había llevado a privarlo de un derecho conferido por la Ley Fundamental;

- se abstuvo de adoptar *per se* la decisión supletoria de la mentada omisión;

- difirió el pronunciamiento sobre el período cuestionado por un plazo que resultara suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes; y
- decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adopten las medidas pertinentes para efectuar las correcciones necesarias.

b) A su tiempo, en “Badaro II”³⁰, al haber discurrido un período de tiempo prudencial (un poco más de quince meses) sin recibir respuesta específica y satisfactoria sobre el punto ordenado (emisión de reglas adecuadas a la situación del peticionante), y añadir que el primer fallo dictado en la causa “fue preciso al detallar la *omisión legislativa* que la Corte había advertido y el daño derivado de ella” –remarcado agregado–, por unanimidad de votantes declaró la inconstitucionalidad del art. 7, inc. 2°, de la Ley 24.463, en el caso, y determinó que la prestación del accionante (que superaba los \$ 1.000) se ajustara, entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2006, de acuerdo con las variaciones anuales del índice de salarios, nivel general, elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, dictando una resolución que –*ante la omisión legislativa*– supuso la fijación de una regla para el caso concreto no exenta de *contenido aditivo*.

G) Halabi

Por mayoría³¹, *descubrió la existencia de una mora legislativa* en relación con la reglamentación legislativa de las “acciones de clase” y, en el interregno hasta el dictado de tal normativa por el

³⁰ Votaron de manera coincidente los ministros Petracchi, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

³¹ La mayoría estuvo compuesta por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni; mientras que en disidencia parcial conjunta lo hicieron los ministros Petracchi y Argibay y en disidencia parcial individual lo hizo el doctor Fayt.

Congreso, *definió algunos lineamientos a los que deberían ajustarse las acciones colectivas de aquella naturaleza que se dedujeran en dicho lapso temporal.*

Para arribar a tal conclusión, y entre otros argumentos, entendió que la C.N. admite en el segundo párrafo del art. 43 una categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, como sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores, como de los derechos de sujetos discriminados.

Si bien reconoció que en tales casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles; advirtió que hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Por tanto, al existir una homogeneidad fáctica y normativa, consideró razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Puntualizó sobre el particular que “no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos” (consid. 12 de la mayoría).

Posteriormente añadió que, “frente a esa *falta de regulación* –la que, por lo demás, *constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea posible*, para facilitar el acceso a la

justicia que la Ley Suprema ha instituido—, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular” —énfasis añadido— (id. consid.).

En sentido convergente con lo que anunciábamos, paralelamente a detectar la “mora” legislativa y la ausencia de pautas adjetivas mínimas que regulen la materia, trazó algunas precisiones a los efectos de que ante la utilización que en lo sucesivo se hiciera de la figura de la “acción colectiva” que delineaba, se resguardara el derecho de defensa en juicio, de modo de evitar que alguien pudiera verse afectado por una sentencia dictada en un proceso en el que no había tenido la posibilidad efectiva de participar (consid. 20 de la mayoría).

Por ello, consideró que “la admisión formal de toda acción colectiva requiere la verificación de ciertos recaudos elementales que hacen a su viabilidad tales como la precisa identificación del grupo o colectivo afectado, la idoneidad de quien pretenda asumir su representación y la existencia de un planteo que involucre, por sobre los aspectos individuales, cuestiones de hecho y de derecho que sean comunes y homogéneas a todo el colectivo. Es esencial, asimismo, que se arbitre en cada caso un procedimiento apto para garantizar la adecuada notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte. Es menester, por lo demás, que se implementen adecuadas medidas de publicidad orientadas a evitar la multiplicación o superposición de procesos colectivos con un mismo objeto a fin de aventar el peligro de que se dicten sentencias disímiles o contradictorias sobre idénticos puntos” (id. consid.).

3. Telegráfico resumen de ciertos aspectos salientes que surgen del devenir jurisprudencial del Alto Tribunal en la materia analizada

Un retrato simplificado del recorrido jurisprudencial de la CSJN, nos permite insinuar los siguientes trazos salientes de cada uno de los fallos examinados:

a) En “Bonorino Perú” (caso resuelto por conjuces) ejerció control de constitucionalidad con sentido institucional sobre una omisión inconstitucional violatoria de una garantía constitucionalmente fijada consistente en la necesaria preservación de la “intangibilidad de las remuneraciones de los magistrados” (como uno de los soportes de la independencia judicial), menester para el cual resaltó su papel de intérprete final de la Constitución.

b) En “Ekmekdjian c/ Sofovich” dejó en claro que la obligación del derecho interno respecto de la CADH puede también ser abastecida por una sentencia judicial, y que la inacción legislativa en perfilar la normativa reglamentaria del art. 14 de dicha convención podía suscitar la violación de la misma al no hacer posible su cumplimiento. Desde una mirada profunda de la cuestión puede intuirse una interesante (aunque embrionaria) muestra de retroalimentación de los controles de constitucionalidad y convencionalidad respecto de omisiones.

c) En “Mignone”, por medio de una especie de sentencia exhortativa multilateral, declaró inconstitucional el art. 3, inc. ‘d’, del Código Electoral Nacional, y dispuso urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados, estableciéndoles para ello a aquellos poderes políticos un plazo de seis meses.

d) En “Vizzoti” desactivó por irrazonable (y por ende, inconstitucional) el límite a la base salarial para cuantificar la indemnización por despido sin causa y, en una decisión catalogada de “cuasi

*legislativa*³² y con contenido aditivo, elaboró una pauta normativa sustitutiva de la descalificada por anticonstitucional.

e) En “Verbitsky” también diseñó una sentencia exhortativa multilateral, involucrando en sus requerimientos a los tres Poderes del Estado Provincial (Ejecutivo, Legislativo y la Suprema Corte de Justicia local) y, a su vez, mantuvo su propio compromiso en la supervisión del cumplimiento de los requerimientos diagramados en el decisorio.

En algún punto, el fallo revela la detección de omisiones contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales con valencia homóloga en que incurren las autoridades provinciales competentes en materia de ejecución penal y dispuso exhortar a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Provincia de Buenos Aires a adecuar su legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación y su legislación de ejecución penal y penitenciaria, a los estándares constitucionales e internacionales, sin imponer un parámetro temporal para concretarlo.

f) En “Badaro I”, descubrió y declaró la existencia de una omisión legislativa inconstitucional lesiva de la pauta de movilidad previsional estipulada en el art. 14 bis de la Ley Fundamental y, por medio de una sentencia exhortativa multilateral, decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la decisión para que, en un plazo razonable, adopten las medidas pertinentes para efectivizar las correcciones necesarias.

Otro elemento remarcable del pronunciamiento radica en que el Tribunal difirió el tratamiento de la pretensión del actor hasta tanto el problema central de la movilidad de haberes fuera definido en la nueva normativa por dictar.

³² ACKERMAN, Mario, “La modificación de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la constitucionalidad del tope indemnizatorio por despido y sus consecuencias”, *La Ley*, T° 2004-F, Buenos Aires, p. 196.

En definitiva, desde el prisma procesal constitucional se aprecia una bifurcación temporal del *thema decidendum*: *i*) por un lado, detecta la omisión inconstitucional; constata, *self-restraint* mediante, que la determinación de la movilidad previsional preterida es una cuestión legislativa que excede su marco competencial, por lo que se abstiene de dictar la decisión supletoria de la omisión; y comunica su decisión a los otros poderes del Estado para que tomen debida nota y en un plazo razonable emanen la normativa pertinente; y *ii*) por el otro, pospone la solución concreta de la postulación del actor hasta tanto se dicte el dispositivo legal pertinente que determine el cómo y el cuánto de la movilidad previsional soslayada, para entonces someter la pretensión al nuevo parámetro normativo.

Ya en “Badaro II”, ante el transcurso de un lapso temporal prolongado sin obtener satisfacción específica en los términos de la exhortación que formulara, y frente a la persistencia de la inacción legislativa, estableció aditivamente en el caso una regla de ajuste actualizadorio de la prestación previsional del accionante.

g) La sentencia recaída en “Halabi” resulta relevante desde el punto de vista de la consolidación de los procesos colectivos, al adherir el Tribunal a una posición amplia que cataloga también como derechos de incidencia colectiva a los derechos individuales homogéneos, considerados como derechos individuales, divisibles, sean o no patrimoniales, en supuestos en que su defensa individual fuera inviable.

Por su parte, interpretó que medió mora legislativa en la regulación de las “acciones de clase” y fijó determinados lineamientos que regularían la tramitación de las mismas hasta tanto el Congreso emanara la reglamentación general pertinente al efecto.

Sea como fuera, queda en un cono de dudas descifrar si en puridad del art. 43 de la Ley Fundamental corresponde derivar la existencia de un mandato constitucional dirigido al legislador para positivar las *class actions*.

4. En torno a las sentencias “atípicas”

a) Acercamiento referencial

La insuficiencia del paradigma kelseniano del “legislador negativo”³³ para responder a las crecientemente complejas funciones y operaciones que el Estado Constitucional de Derecho demanda a los órganos de justicia constitucional (modelo, el de KELSEN, que en su versión original diagramaba una suerte de molde habitado por la alternativa que alimenta las opciones, obviamente binómicas, entre constitucionalidad –rechazo– e inconstitucionalidad –admisión–), explica la circunstancia empíricamente constatable de la tendencia de la magistratura constitucional a superar semejante corsé adjudicado primigeniamente, y moverse hacia posiciones teñidas de cierto activismo y, así, acudir a diversas formulaciones sentenciales que reflejan la *función normativa* que puede llevar a cabo en los planos legal y constitucional mediante su labor hermenéutica.

Sobre ese piso de marcha, básicamente en Europa (por ejemplo, en los Tribunales Constitucionales de Alemania³⁴, Austria, España y la Corte Constitucional de Italia), aunque con reflejos hacia Latinoamérica (v.gr., en la Corte Constitucional de Colombia, los Tribunales Constitucionales de Perú y Chile y las Salas Constitucionales de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela), fue evolucionando la edificación jurisprudencial de “sentencias atípicas o intermedias”

³³ Entre otros trabajos de BAZÁN, Víctor, sobre el tema, *vid.* “De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas”, *Jurisprudencia Argentina*, LexisNexis, Buenos Aires, 15 de agosto de 2007, pp. 23/33.

³⁴ Sobre la inconstitucionalidad por omisión en Alemania, puede verse el interesante trabajo de FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, “El control de las omisiones legislativas por el *Bundesverfassungsgericht*”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Derecho Procesal Constitucional americano y europeo*, T° 2, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, pp. 999/1035.

pronunciadas por la jurisdicción constitucional, que reconocen una raíz primordialmente pragmática.

Ellas vienen a ubicarse en el espacio existente entre los dos anunciados extremos “tradicionales” y originariamente “solitarios” del segmento de posibilidades decisorias de la jurisdicción constitucional: constitucionalidad (rechazo) e inconstitucionalidad (acogimiento) puras y simples; y en no pocas ocasiones logran quebrar la automaticidad de la secuencia inconstitucionalidad-nulidad.

Dentro del vasto catálogo sentencial que la praxis de la jurisdicción constitucional comparada exhibe, e inmersas en el paradigma de las sentencias “interpretativas”, existen por ejemplo las sentencias “manipulativas”, una de cuyas subcategorías está constituida por las “aditivas”, que justamente suponen la *viabilidad de corregir las omisiones inconstitucionales*. Descritas de modo primario, éstas consisten en una interpretación extensiva del radio de acción del precepto legal objetado, para conformarlo a la Constitución, de resultas de lo cual y tras la interpretación, *la regla es aplicable a más supuestos de los comprendidos en abstracto por el enunciado legal*³⁵.

b) La praxis de la Corte Suprema en el particular

Principalmente con su renovada composición, y con tono activista, el Tribunal ha intensificado su proclividad a incursionar en nuevas técnicas sentenciales y a modular el efecto de sus pronunciamientos en materia de control de constitucionalidad, dando forma a un escenario pretoriano al que probablemente se irán añadiendo nuevos ingredientes para configurar una sistemática propia de herramientas decisorias para fortalecer la labor de defensa jurídica

³⁵ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina, Voz: “Interpretación conforme (con la Constitución)”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de Derecho Constitucional*, Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F., 2002, p. 318.

y axiológica de la Constitución. Es que, como se ha apuntado, cada sistema de justicia constitucional tiende a configurarse como un modelo particular en función de sus relaciones con el ordenamiento constitucional en el que opera³⁶.

Sólo por utilizar la terminología empleada en el derecho y la jurisprudencia comparados y, claro está, *mutatis mutandi*, en el campo correctivo de las pretericiones legislativas inconstitucionales y otros espacios relativos al despliegue de la fiscalización constitucional, podría decirse que el Máximo Tribunal ha recurrido a una variante –autóctona– de “sentencias atípicas”.

En esa dinámica, y sin ánimo de taxatividad, pueden mencionarse:

- resoluciones exhortativas multilaterales sin o con fijación de plazo específico (en este último caso, determinando cuantitativamente tal parámetro temporal o limitándose a emplear la difusa expresión “en un plazo razonable”), dando tiempo en algún caso, luego de detectada la omisión legislativa inconstitucional, a la intervención correctiva del legislador previo a un análisis final de la pretensión actora (“Badaro I”);
- sentencias en las que ha descartado previsiones normativas por anticonstitucionales y, haciendo gala de su función creadora de derecho, ha construido criterios normativos operables en las respectivas causas para dirimir las cuestiones sometidas a su conocimiento (“Vizzoti” y “Badaro II”);
- algún decisorio en el que constató la omisión legislativa inconstitucional absoluta y, ante la ausencia de pautas adjetivas mínimas regulatorias de la materia (“acciones de clase”), diseñó ciertos perfiles que las regirían procedimentalmente hasta tanto

³⁶ Cfr. MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 402.

se emitiera la reglamentación general pertinente por el órgano legislativo (“Halabi”);

- cierto pronunciamiento en el que desactivó una norma por inconstitucionalidad (irrazonabilidad) sobreviviente, elaborando un razonamiento que deja algún espacio para intuir un acercamiento al plano de la prognosis del legislador y la omisión de adecuar (en el caso, derogar) una regla legal desfasada y disvaliosa nada menos que atributiva de competencia apelada ordinaria del Tribunal en materia previsional (“Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios”³⁷); y
- sentencias en las que modula temporalmente los efectos del control de constitucionalidad que realiza. Así por ejemplo, para evitar la retrogradación de innumerables juicios, en una importante causa descalificó por inconstitucional la Resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura de la Nación sobre la controvertida cuestión de los “jueces subrogantes”, aunque para sortear una eventual regresión de numerosísimos procesos y

³⁷ *Fallos*, 328:566, de 29 de marzo de 2005. En él declaró por mayoría la invalidez constitucional del art. 19 de la Ley 24.463 (B.O. de 30 de marzo de 1995), que habilitaba un recurso ordinario de apelación ante aquélla respecto de las sentencias definitivas de la Cámara Federal de la Seguridad Social. Los efectos inductores del fallo se patentizan claramente porque (además de haber sido éste publicado en el Boletín Oficial de la Nación) pocos días después de su dictado el Congreso de la Nación sancionó la Ley 26.025 (B.O. de 22 de abril de 2005.), por la cual derogó el citado art. 19 de la Ley 24.463.

El voto que encabeza la sentencia recaída en “Itzcovich” fue suscripto por los ministros Petracchi, Fayt y Highton de Nolasco. Por su parte, y según sus votos, se expidieron los doctores Maqueda y Zaffaroni, en forma conjunta, y Lorenzetti, de manera individual (todos éstos, concurrentemente con la decisión mayoritaria). Finalmente, en sendas disidencias parciales, se pronunciaron los jueces Belluscio, Boggiano y Argibay.

Para un análisis del pronunciamiento reenviamos a BAZÁN, Víctor, “La Corte Suprema de Justicia argentina y la depuración de su competencia apelada por medio del control de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 5, enero/junio 2006, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, México, D.F., pp. 257/287.

evitar una situación caótica en el ámbito de la administración de justicia, diagramó una sentencia “atípica” de “mera inconstitucionalidad” con efectos *pro futuro*, o sea, los articuló cronológicamente para dejar espacio a los Poderes Ejecutivo y Legislativo en orden a que desplieguen sus competencias y fijen un sistema definitivo sobre la materia en discusión que respetara los lineamientos exigidos constitucionalmente (“Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación”³⁸).

IV. APRECIACIONES FINALES

1. Ciertamente, la Constitución ha pasado de ser percibida (o de pasar desapercibida) como norma meramente organizativa o emplazada en un parámetro casi metajurídico desde una óptica material, a ser visualizada como norma directamente eficaz tanto en sus mandatos organizativos o institucionales, como en aquellos de naturaleza material y sustantiva³⁹.

Ello nos conecta con el relevante asunto de la *fuerza normativa de la Ley Fundamental*, que sin duda depende de la posibilidad de *realización* de los contenidos constitucionales⁴⁰ o, dicho en otros

³⁸ Fallos, 330:2361, de 23 de mayo de 2007.

La mayoría quedó conformada por los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda; concurrentemente votó el ministro Fayt y, por último y en disidencia conjunta, se pronunciaron los doctores Zaffaroni y Argibay.

Un comentario del fallo puede verse en BAZÁN, Víctor, “La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Edición 2008, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, pp. 25/61, en particular, pp. 45 y ss.

³⁹ Cfr., *mutatis mutandi*, PÉREZ TREMPES, Pablo, “La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina”, Foro Constitucional Iberoamericano, N° 2, abril/junio 2003, Instituto de Derecho Público Comparado, Universidad Carlos III, Madrid (Fuente: www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/revista-02art-ppt1.htm).

⁴⁰ HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho constitucional*, 2ª ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 26.

términos, de la *concretización* de las premisas prescriptivas que aloja su texto.

En este espacio operativo, la labor de la magistratura constitucional u ordinaria, según la adscripción al respectivo sistema de fiscalización constitucional que tipifique al escenario jurídico en cuestión, adquiere una importancia vital.

Y precisamente uno de los propósitos centrales del control jurisdiccional en torno a las omisiones inconstitucionales se ubica en la necesidad de *recomponer* el imperio de la Ley Fundamental, cuya supremacía y vigor normativo quedaron momentáneamente bloqueados por la agresión negativa del órgano omitente.

2. Inmersa en esa lógica, y con mayor o menor dosis de contundencia léxica y jurídica, la Corte Suprema viene transitando un camino que abre un horizonte con potencialidades evolutivas en el que cabe imaginar que reserva un sitio importante al ejercicio prudente pero decidido del control jurisdiccional sobre las pretericiones anticonstitucionales.

Como factor analítico significativo para comprender semejante comportamiento del Máximo Tribunal, no puede dejar de ponderarse que el escenario jurídico argentino, a partir del remozamiento que le brindara la modificación constitucional operada en 1994, pareciera haber moldeado una plataforma de legitimación suficiente para habilitar su competencia en el ámbito de la lucha contra las inacciones inconstitucionales de las autoridades públicas insumisas frente a los mandatos de la Norma Básica.

3. Fundamentalmente a partir de su renovada composición, puede apreciarse que la Corte Suprema ha comenzado a recurrir más asiduamente a modalidades sentenciales “atípicas”; modular temporalmente los efectos del control de constitucionalidad que realiza; tender lazos dialógicos con otros Poderes u órganos de los Estados Nacional o Provinciales; avanzar en terrenos *incómodos* del control de constitucionalidad, como el del contralor respecto de las

omisiones inconstitucionales (objeto central del presente trabajo); examinar cuestiones *altri tempi* no justiciables; acudir a nuevas herramientas interpretativas en el marco constitucional; depurar la competencia discernida por ley del Congreso en el contexto de los recursos ordinarios de apelación en materia previsional; deferir en la Cámara Nacional de Casación Penal y los respectivos tribunales provinciales competentes la revisión amplia de los casos en materia criminal; diseñar un estándar más exigente para habilitar su competencia originaria; abrir vías de participación popular que conduzcan a una mayor democratización y transparencia del debate judicial en cuestiones dilemáticas y de envergadura constitucional, generando una atmósfera propicia para elaborar precedentes imbuidos de sustentable ejemplaridad; insistir en calificar como “eminente” el ejercicio de la jurisdicción constitucional a su cargo, y predicar sobre la necesidad de fortalecerse institucionalmente y vigorizar la independencia judicial⁴¹.

4. Específicamente en lo tocante a la verificación y corrección de la inconstitucionalidad por omisión, y como hemos afirmado en otras ocasiones⁴², la Corte deberá conducirse movida y convencida de la utilidad del diálogo institucional constructivo y no desde la insularidad o el confinamiento a la hora de tomar decisiones de trascendencia pública. Cuenta para ello con herramientas suficientes para tender provechosas líneas de contacto con la ciudadanía y también con el Congreso, el Poder Ejecutivo y otros órganos constitucionales.

⁴¹ Sobre el particular, ver para ampliar BAZÁN, Víctor, “La jurisdicción constitucional en Argentina: actualidad y prospectiva”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 13, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 33/88.

⁴² Puede consultarse, por ejemplo, BAZÁN, Víctor, “Las omisiones legislativas inconstitucionales y su posible corrección: entre la tensión y el diálogo del Poder Judicial y el Congreso”, en GENTILE, Jorge (coord.), *El Poder Legislativo*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2008, pp. 905/935.

No parece superfluo tener presente que la “independencia” judicial en el ejercicio del control de constitucionalidad –NINO *dixit*– no quiere decir aislamiento del proceso político democrático, sino contar con fuerza independiente para intervenir en él, en una interacción discursiva, de modo de maximizar su valor epistémico y su operatividad⁴³.

Así entonces, es preciso que el Alto Tribunal actúe guiado por un *activismo prudente*, que al tiempo de asegurar el cumplimiento de su rol esencial de preservación de la supremacía constitucional y la protección de los derechos fundamentales –como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional en el orden interno–, mantenga indemne la estructura del Estado, la división de poderes, la autoridad democrática del legislador y su libertad de configuración política.

5. A esta altura del desarrollo del Estado Constitucional de Derecho en nuestro país, si bien es importante la tarea de *defensa* de la Constitución que la Corte Suprema realiza, se espera además de ella que –como cabeza de un Poder del Estado– intensifique su actitud proactiva en aras de *realizar* la Ley Básica, para garantizar su densidad normativa, tonificar su contenido axiológico y potenciar su supremacía junto a la de los instrumentos internacionales básicos en materia de derechos humanos⁴⁴.

⁴³ NINO, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 705.

⁴⁴ *Mutatis mutandi*, AHUMADA RUIZ ha explicado sobre el particular que el papel de los Tribunales Constitucionales en el período de asentamiento de un nuevo régimen constitucional patentiza la necesidad de “defender” la Constitución, “de afirmar su supremacía en una etapa en la que, inevitablemente, por su falta de arraigo, está más expuesta al riesgo de interpretaciones interesadas o, directamente, por rechazo o por desconocimiento, de incumplimiento, es más acuciante. Pero cuando la oposición a la Constitución deja de ser un peligro inmediato, su garantía puede –por fin– plantearse en otros términos: no se trata simplemente de preservar la integridad de la Constitución, se trata más allá de esto de asegurar su eficacia, su cumplimiento activo, en definitiva, su ‘realización’ (*implementation, fulfillment*)” (AHUMADA RUIZ, Marian, *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*, Garrigues Cátedra - Universidad de Navarra, Thomson - Civitas, Navarra, 2005, p. 51).

EL PROBLEMA DE LA EMIGRACIÓN EN EL PERÚ Y LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS CONNACIONALES RESIDENTES EN EL EXTERIOR

Dany Ramiro Chávez López*

I. Introducción. II. Marco conceptual. II.1. Elecciones de los consejos de consulta de la comunidad peruana en las circunscripciones consulares. II.2. El caso de la circunscripción exterior. II.2.1. Representación parlamentaria de connacionales residentes en el extranjero en la legislación comparada. II.2.1.1. En Europa. II.2.1.2. En Latinoamérica. II.3. Retorno voluntario de los connacionales residentes en el exterior. III. Conclusiones y Recomendaciones.

79

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política del Perú de 1993 en su artículo 190 sostiene que la estructura orgánica básica de los gobiernos regionales la conforma el Consejo Regional como órgano normativo y fiscalizador, el Presidente como órgano ejecutivo y el Consejo de Coordinación Regional (CCR) integrado por los alcaldes provinciales y por representantes de la sociedad civil, como órgano consultivo y de coordinación con las municipalidades, con las funciones y atribuciones que les señala la ley.

* *Dany Ramiro Chávez López.* (Arequipa - Perú) Bachiller en Derecho y Abogado, por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa-Perú; Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial por la Universidad San Martín de Porres de Lima-Perú; Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla-

La Ley Orgánica de Municipalidades¹ sostiene que el Consejo de Coordinación Local Provincial (CCLP) es un órgano de coordinación y concertación de las municipalidades provinciales, integrado por el alcalde provincial, los alcaldes distritales y en un 40%, elegidos democráticamente por el término de dos años, los representantes de la sociedad civil procedentes de organizaciones sociales de base, comunidades campesinas y nativas, asociaciones, organizaciones de productores, gremios empresariales, profesionales, universidades, juntas vecinales y cualquier otra forma de organización de nivel provincial con las atribuciones de ley.

Asimismo, el Consejo de Coordinación Local Distrital (CCLD) es un órgano de coordinación y concertación de las municipalidades distritales, integrado por el alcalde distrital, los regidores, los alcaldes de centros poblados del distrito y, elegidos democráticamente por el término de dos años, los representantes de la sociedad civil procedentes de organizaciones sociales de base, comunidades campesinas y nativas, asociaciones, organizaciones de productores, gremios empresariales, juntas vecinales y cualquier otra forma de organización a nivel distrital, con las atribuciones de ley.

Elo no obstante, nuestra reciente experiencia en la elección de representantes de la sociedad civil en los CCR, CCLP y CCLD han demostrado que no se puede garantizar la real y efectiva representación en ellos de los integrantes de la sociedad civil de cada provincia y distrito o garantizar la presencia de los principales segmentos de actividades económicas o productivas de la sociedad civil. Al parecer existe una falencia legal o social para garantizar una real representación de la sociedad civil en los mecanismos de participación ciudadana en los asuntos públicos toda vez que a través de

España. Doctor en Derecho por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, en Lima-Perú. Doctor en Educación por la Universidad Nacional Federico Villarreal de Lima-Perú. Docente universitario de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

¹ Ley No. 27972, promulgada el 26 de mayo de 2003.

los CCR, CCLP y CCLD las demandas sociales no son procesadas institucionalmente en las políticas públicas².

Sin embargo, es evidente que el constituyente y el legislador nacional ha entendido que es importante tender puentes de diálogo y conciliación tendentes a la inclusión social, a la integración de los peruanos fuera y dentro de nuestras fronteras generando órganos consultivos y de coordinación entre los connacionales a fin de aplacar posibles conflictos en la búsqueda de una cultura de paz y desarrollo.

La política exterior peruana ha evidenciado esa misma proyección. A fines de 2001 el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú³ estableció los lineamientos generales de la política de Estado en materia de protección de los peruanos en el extranjero para el adecuado y eficiente funcionamiento de la Subsecretaría de Comunidades Peruanas en el Exterior. Con ese fin se instauraron los Consejos de Consulta de la Comunidad Peruana para adecuar las labores consulares a los citados lineamientos, como una expresión de la sociedad civil peruana residente en la circunscripción de las oficinas consulares con la finalidad de establecer un espacio de diálogo con el jefe de la oficina consular (Cónsul).

El problema de la emigración es creciente y cada vez más complejo. La emigración e inmigración es un fenómeno social en el que, aunque no parezca, estamos involucrados todos.

En ese sentido uno de los proyectos de reforma constitucional que está en agenda en el Congreso de la República del Perú y que modificaría el proceso de las elecciones 2011, es la propuesta de creación de distritos electorales de Lima Provincias y para los peruanos residentes en el exterior. La propuesta incorpora un párrafo

² La elección de representantes de la sociedad civil es supervisada por el Jurado Nacional de Elecciones. Art. 11-A de la Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Arts. 98 y 102 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

³ Mensaje Circular No. 429, del 27 de septiembre de 2001.

al artículo 21 de la Ley Orgánica de Elecciones. A través de la misma se establece que para la elección al Congreso de los representantes del distrito electoral de Lima se consideran 3 subdistritos. Estos son:

- Peruanos residentes en el exterior, al cual se le asignará un escaño.
- Los de Lima Metropolitana
- Los de Lima Provincias.

Resulta auspicioso entender que existe en las autoridades nacionales una inquietud por lograr mayor representatividad popular en el Parlamento y preocupación por los ciudadanos peruanos que cruzaron nuestras fronteras en la búsqueda de nuevos horizontes, y siendo connacionales puedan tener garantizados, donde se encuentren, el goce de sus derechos fundamentales e incluso la posibilidad de un retorno decoroso al territorio nacional. Sin embargo, estos intentos plausibles de integración y representación afrontan urgentes desafíos que es preciso superar.

II. MARCO CONCEPTUAL

II.1. ELECCIONES DE LOS CONSEJOS DE CONSULTA DE LA COMUNIDAD PERUANA EN LAS CIRCUNSCRIPCIONES CONSULARES.

Permítanme referirme *in extenso* a los *consejos de consulta de la comunidad peruana en circunscripciones consulares*, tema poco difundido en nuestro medio nacional por tratarse de ciudadanos peruanos que residen fuera de nuestras fronteras. La ley ha previsto que los referidos consejos de consulta sean una expresión de la sociedad civil peruana residente en el exterior, por lo que el Estado peruano no les otorga representación⁴. Se constituyen de manera

⁴ Artículo No. 264 del “Reglamento Consular” aprobado mediante Decreto Supremo No. 076-2005 del 4 de octubre del 2005

autónoma, independiente, sin fines de lucro, y tienen como finalidad constituir un espacio de diálogo y cooperación con el Cónsul, para sumar esfuerzos en la solución de los problemas que enfrentan los connacionales residentes en la correspondiente circunscripción consular, y en la aplicación de manera más eficiente, de los programas que integran los lineamientos de la acción consular⁵.

Con este propósito, recientemente el 09 de diciembre de 2008, mediante Resolución Ministerial No. 1414/RE-2008, se aprobó los nuevos “Lineamientos para la organización de la relación entre el jefe de la oficina consular y los consejos de consulta”. De modo que en cada consulado peruano se llevará a cabo la asamblea de connacionales para elegir a los miembros del Consejo de Consulta de la Comunidad Peruana

Conforme a lo establecido por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares⁶ la circunscripción consular es el territorio

⁵ Reglamento Consular del Perú. Artículo II del Título Preliminar. Todas las oficinas consulares desarrollan sus funciones en aplicación de las siguientes líneas de acción: 1. Mejora cualitativa y permanente de los servicios consulares, lo cual implica: el reforzamiento en la aplicación del principio del servicio público; el ajuste de la actuación consular a los principios de legalidad, simplificación administrativa, eficacia y celeridad; modernización tecnológica; descentralización de los servicios consulares. 2. Programas de asistencia humanitaria y protección legal. 3. Apoyo a la inserción productiva, legal y respetuosa de los derechos humanos de los peruanos en las sociedades de recepción. 4. Promoción del vínculo cultural y nacional teniendo en cuenta el carácter multicultural y pluriétnico del Perú: fomento y desarrollo del vínculo de arraigo con el Perú; y, continuación del desarrollo del programa educativo peruano. 5. Programas de vinculación de los peruanos y peruanas con el país en una perspectiva productiva: seguridad en las remesas; fomento a la inversión de las remesas; apoyo al retorno voluntario y reinserción productiva. 6. Programas de promoción del ejercicio de la ciudadanía y la participación democrática de los peruanos en el exterior.

⁶ La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares es un tratado internacional abierto a la firma en Viena el 24 de abril de 1963, al término de la correspondiente Conferencia codificadora convocada por las Naciones Unidas. Sus setenta y nueve artículos regulan las relaciones consulares. Tradicionalmente las relaciones consulares se desarrollaban a través de Tratados consulares bilaterales y de las respectivas legislaciones internas, así como de las correspondientes costumbres internacionales. Los Estados que no son Parte en la Convención siguen regulando

extranjero atribuido a una oficina consular (consulado general, consulado, viceconsulado, sección consular o agencia consular) para el ejercicio de las funciones consulares. El Cónsul peruano representa al Estado en ese espacio geográfico y es la autoridad consular competente. El consejo estará compuesto por no menos de tres ni más de nueve ciudadanos peruanos por nacimiento inscritos en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) con domicilio en la circunscripción consular y elegidos en votación secreta por la comunidad peruana que reside en ella independientemente de su condición migratoria⁷. La responsabilidad de sus actos es a título individual sin generar responsabilidad civil, penal o administrativa del Estado peruano. Los fines y actividades del consejo no son lucrativos, están orientados a la auto sustentación y no tiene carácter fiscalizador de la oficina consular.

Considerando que el período de funcionamiento del consejo a ser electo será de un año desde la fecha de la elección y no permitiéndose la reelección inmediata, la normativa dispone que anualmente, en noviembre, el Cónsul deba convocar a la elección del consejo de consulta de su circunscripción consular con no menos de 60 días de anticipación. La difusión de dicha convocatoria se realizará a través de carteles, de Internet (Web oficial de la oficina consular, o del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú) o cualquier medio de difusión de la comunidad peruana residente en la circunscripción.

sus relaciones consulares por la costumbre internacional y por Tratados Bilaterales; éstos siguen teniendo su utilidad general incluso para los Estados Parte en la Convención, en cuanto puedan complementar a ésta, principalmente en el aspecto que en ella aparece desarrollado con menor detalle, como es el de las relaciones consulares.

⁷ El número de miembros que conformarán el Consejo se establecerá en base a la cantidad de ciudadanos inscritos en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil peruano de la correspondiente Oficina Consular conforme a los siguientes criterios: menos de 5,000 inscritos: 3 miembros; de 5,000 a 20,000 inscritos: 5 miembros; más de 20,000 inscritos: 9 miembros.

Para ser candidato al consejo se requiere ser peruano, mayor de edad, estar inscrito en el RENIEC con domicilio en la circunscripción consular, no ser funcionario o empleado del respectivo consulado, no registrar antecedentes policiales ni penales en el Perú o en el extranjero, no haber sido sancionado con pérdida de la condición de miembro de algún consejo de consulta⁸. Para elegir se requiere ser peruano mayor de 18 años y estar inscrito en el RENIEC con domicilio en la circunscripción consular. Cada persona votará por un solo candidato. Serán elegidos quienes obtuvieran la mayor votación. El acta con los resultados se remite a la Cancillería para efectos de registro.

El quórum mínimo de asistentes necesario para seleccionar el *comité electoral*⁹ es el 5% del número total de connacionales debidamente inscritos en el RENIEC correspondiente a la circunscripción consular. Alcanzado el quórum necesario el Cónsul seleccionará por sorteo, entre los asistentes a la convocatoria, a un mínimo de tres ciudadanos para que conformen el comité electoral, el cual constituido llevará a cabo las elecciones en el acto y en el mismo lugar. De no alcanzarse el número mínimo de asistentes, el Cónsul dará por concluido el proceso y consignará este hecho en actas a ser transmitidas a la Cancillería, no existiendo en tal caso prórroga de las funciones del Consejo saliente. En caso de declararse desierto el proceso por cualquier causa, el Cónsul convocará a nuevas elecciones en el plazo de seis meses, quedando el consejo de consulta en condición de “vacante” durante ese período. De persistir esta situación, la ley dispone que sólo se volverá a convocar a

⁸ La condición de miembro del Consejo se pierde por renuncia expresa, ausencia injustificada en más de tres reuniones, término del mandato o sanción que implique la pérdida de la condición de miembro.

⁹ Los miembros del Comité Electoral no podrán ser candidatos y tendrán como funciones: la conducción del acto electoral de los miembros del Consejo de Consulta, el escrutinio público de los votos, la proclamación de los elegidos como miembros del Consejo de Consulta y su registro en actas.

elecciones a pedido del 3% de los connacionales inscritos en el RENIEC correspondiente a la circunscripción consular.

La realidad evidencia que resulta ser muy complicado llegar a alcanzar al quórum mínimo señalado para la elección, lo cual deja entrever que muy rara vez se llegue a constituir el *consejo de consulta de comunidades peruanas en las circunscripciones consulares*.

Por ejemplo en la circunscripción del Consulado General de Sevilla – España (que comprende los territorios de Sevilla, Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Ceuta y Melilla) según el RENIEC están registrados 2500 peruanos en cuyo DNI registran como domicilio esas localidades españolas. Sin embargo, el 18 de abril último fecha convocada por el Cónsul para llevar a cabo la elección del consejo de consulta solo llegaron a la sede del consulado 29 peruanos de los 125 requeridos para que haya quórum (5% de los 2500 residentes peruanos registrados en el RENIEC). El jefe consular aplicando la ley, ante la inexistencia del quórum necesario, postergó las elecciones fijándolas dentro de los próximos 6 meses, para el mes de octubre de 2009. Lo que ocurrirá si en octubre no se llegan a congregarse los referidos 125 ciudadanos peruanos registrados es ya conocido, simplemente no se llevará a cabo la elección y quedará desierta.

Esto evidencia que la ley no ha sido dada conforme a la realidad de los peruanos que residen en el exterior: el quórum para llevar a cabo la elección es muy elevado. La normativa ha sido dada con la mentalidad de los peruanos que residen en el Perú, cuando la realidad en el extranjero es completamente diferente. Debieron haber recogido la opinión de los peruanos que residen en el exterior para dar una norma eficaz. Se ha debido consultar y tener presente las sugerencias de los connacionales residentes en el exterior a través de las embajadas, consulados y la Subsecretaría de Comunidades Peruanas en el Exterior para saber como es la realidad de la mayoría de peruanos residentes en el exterior. Hay

muchas cosas que no encajan con el *modus vivendi* de los inmigrantes. Como esta elección no tiene carácter político, ni genera ingresos y en la práctica implica una vocación de servicio al connacional inmigrante, a la mayoría de los peruanos residentes en el extranjero no les llama la atención o simplemente no les interesa. El número de *consejos de consulta de la comunidad peruana residente en las circunscripciones consulares* elegido hasta la fecha es mínimo.

La realidad es que nuestros connacionales en el exterior no tienen conocimiento sobre el tema, esta desinformación aunada a sus propias necesidades económicas justifican su desinterés. Hay muy poca difusión por parte de las oficinas consulares al respecto.

Consultado un candidato a *miembro del consejo de consulta* manifestó su descontento con el texto legal respecto al quórum elevado para llevar a cabo la elección y al corto término de vigencia del consejo, refirió que los jefes consulares hacen lo mínimo necesario para cumplir con su obligación. Agregó que probablemente un consulado ad honorem serviría mejor y procuraría la mejor difusión para la constitución de los consejos de consulta porque así el Cónsul no se sentiría solo en las funciones voluntarias a desarrollar, tendría un grupo consultivo de connacionales ad honorem para cualquier tipo de actividad o gestión a favor de los peruanos residentes en la circunscripción consular. Por el contrario, un consulado rentado tiene personal remunerado a su cargo, cumple su trabajo y hacen lo mínimo necesario dentro del marco estricto de la ley. Lo tienen que hacer porque es su trabajo y deben justificar su función pública. La normativa sobre el tema es inadecuada respecto al quórum y al periodo de duración de miembro del Consejo que debería ser de dos años. Se evidencia que la norma ha sido redactada por los peruanos que viven en el Perú cuando la realidad es diferente en el exterior, por ello se debió recoger la opinión de los inmigrantes peruanos.

La labor del *consejo de consulta* se inicia con la preparación de su plan de trabajo que será aprobado por el Cónsul, quien los convocará una vez al mes para revisar su cumplimiento, recibir sugerencias e iniciativas de cooperación y coordinar esfuerzos. El Consejo, previa aprobación del Cónsul, podrá crear grupos de trabajo acudiendo a la participación de la comunidad peruana de su circunscripción. Por tanto, no habría razón de no constituir el consejo de consulta en segunda convocatoria con los ciudadanos que asistan, que son los que realmente tienen interés en el servicio a la Patria a través de los connacionales que residen fuera de nuestras fronteras.

Corresponde entonces, conforme a la propia normatividad, a la Subsecretaría de Comunidades Peruanas en el Exterior emitir o promover las directivas destinadas a la interpretación, adecuación, aplicación o modificación de los lineamientos. Ello no obstante, el propio Poder Legislativo y los órganos electorales que tienen iniciativa legislativa pueden promover las reformas necesarias.

Consulado de Sevilla-España: Elección del Consejo de Consulta, 2009

Perunos registrados en el Consulado General de Sevilla – España	Participación		Número requerido para que haya quórum
	N°	Porcentaje	
2,500	29	1.16	125

Nota 1: Territorios que comprende el Consulado de Sevilla: Sevilla, Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Ceuta y Melilla.

Nota 2: Porcentaje necesario para que exista quorum: 5% del total de registrados por RENIEC.

Nota 3: Fecha de la elección: 18 de abril de 2009

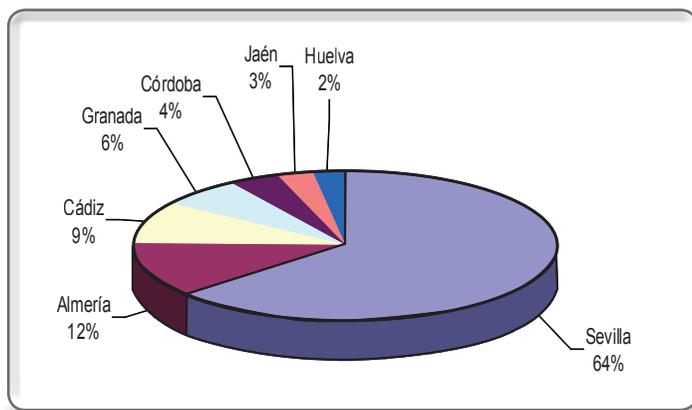
Electores Registrados en la circunscripción consular de Sevilla-España, según ciudad, 2009

Localidad	Ciudadanos Registrados	Porcentaje
Total	2,896	100.0
Sevilla	1,844	63.7
Almería	347	12.0
Cádiz	257	8.9
Granada	183	6.3
Córdoba	115	4.0
Jaén	79	2.7
Huelva	71	2.5

Nota: Información actualizada al 21 de mayo de 2009

Fuente: RENIEC

Electores Registrados en la circunscripción consular de Sevilla-España, 2009



II.2. EL CASO DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN EXTERIOR

Entre los proyectos de reforma constitucional peruana que modificarían el proceso de las elecciones 2011, estuvo conjun-

tamente la propuesta de creación de distritos electorales de Lima Provincias y para los peruanos residentes en el exterior. La propuesta añadió un párrafo al artículo 21 de la Ley Orgánica de Elecciones estableciendo que para la elección al Congreso de los representantes del distrito electoral de Lima se consideren 3 subdistritos: peruanos residentes en el exterior, Lima Metropolitana y Lima Provincias. Estos dos últimos tendrían derecho a las curules que correspondan a sus respectivas poblaciones electorales.

El Art. 3 del dictamen estableció la creación de la *comisión de protección de los derechos de los peruanos residentes en el exterior*, la cual estaría conformada por los ministros de Relaciones Exteriores, de Justicia, Trabajo y Promoción Social, el Defensor del Pueblo y el secretario de comunidades peruanas en el exterior. Una de las funciones de dicho grupo sería impulsar la aprobación de acuerdos bilaterales con otros Estados, para garantizar los principios fundamentales de los compatriotas que residen en el extranjero. La cancillería implementaría en su portal de Internet un acceso a peruanos residentes en el exterior, quienes podrían presentar denuncias de la supuesta vulneración de sus derechos y difundirán las medidas de la Comisión de Protección de Derechos de Peruanos en el exterior.

En este sentido, por ejemplo, un importante reciente logro de la diplomacia peruana es el que los cancilleres de España y Perú firmarán un acuerdo, en la forma de Canje de Notas, para extender el derecho de voto en las elecciones municipales a los peruanos que tengan una residencia ininterrumpida de cinco años en España. Esto es trascendental, habida cuenta de que, hasta ahora, esto sólo se ha hecho con los noruegos y con las personas de las naciones que integran la Unión Europea (UE). En el Perú, hay legislación parecida¹⁰. Los extranjeros inscritos en el Perú pueden ser desig-

¹⁰ En efecto, mediante Resolución No. 1155-2006-JNE, del 08/06/2006, se aprobó el Reglamento de Inscripción de Extranjeros Residentes en el Perú para las

nados miembros de mesa de sufragio en circunscripciones donde estén registrados, conforme al sorteo hecho por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), quedando sujetos a las obligaciones, impedimentos y sanciones derivadas de dicho nombramiento. Además, pueden ser personeros de las organizaciones políticas inscritas en el Registro de Organizaciones Políticas¹¹.

Por otro lado, hay un dictamen de la Comisión de Constitución que restablece un derecho que Lima - Provincias tuvo históricamente: el de ser representado en el Congreso. Recordemos que en el pasado Lima Provincias tenía derecho a nueve diputados. Todas las regiones deben tener representación parlamentaria. Lima Provincias cuenta con 850 mil habitantes y 520 mil electores. Para crear el distrito electoral de Lima Provincias, al que se llamaría Independencia, previamente se deberá debatir la modificación del Art. 90 de la Constitución que establece 120 congresistas o de lo contrario se le quitará a Lima Metropolitana algunos representantes para dárselos a las provincias. Lo más probable es que se debata la propuesta de elevar el número de congresistas para que jurisdicciones limeñas sean representadas. Entonces, para la creación del nuevo distrito electoral existe la alternativa de hacer una redistribución sobre la base de los actuales 120 parlamentarios, pero surge el problema de que otras circunscripciones vean reducida su representación y no se llegue a un acuerdo. Hay una propuesta de

elecciones municipales de 2006. Por ello, los extranjeros inscritos, mayores de 18 años, residentes por más de dos años continuos previos a la elección, están facultados para elegir y ser elegidos, excepto en las municipalidades de frontera (artículo 7 de la Ley de Elecciones Municipales). La referida inscripción no otorga la ciudadanía peruana ni genera vinculación alguna con trámites de nacionalización. Solo concibe la expedición por el RENIEC de un documento de acreditación electoral, el cual permite a los extranjeros ejercer los derechos de elegir y ser elegidos en procesos municipales. Los extranjeros inscritos solo pueden participar en los procesos de elecciones municipales, no extendiéndose el derecho conferido a las elecciones regionales ni las generales.

¹¹ Chávez López, Dany Ramiro. "Sufragio de peruanos. Elecciones Españolas". Diario Oficial "El Peruano", edición del 17 de febrero de 2009.

aumentar en 5 el número actual de parlamentarios, quienes representarán a Lima Provincias elegidos entre las 9 circunscripciones que la conforman. Otra opción es que el número sea de 9 como fue en el pasado. Esta opción no le costará al Parlamento ni al Estado en la medida que se haga una redistribución de los recursos con los que cuenta el Poder Legislativo.

Finalmente, el Congreso de la República dispuso el archivo de la propuesta de la representación directa de los peruanos residentes en el exterior. Ello no obstante, no debemos olvidarnos de ellos. Con motivo de las elecciones generales de 1980 estuvieron inscritos en el padrón poco menos de 40 mil peruanos que residían en el extranjero. En la última elección el número llegó a cerca de 450 mil. Es decir, los peruanos habilitados para votar en el extranjero se multiplicaron por más de diez, como ninguna circunscripción (departamento) en el mismo período. Hoy los peruanos en el extranjero se encuentran en el duodécimo lugar de la población electoral nacional. Es decir, concentran más electores que catorce departamentos, parecido a Ica y superior a Loreto, San Martín, Huánuco, Ayacucho por nombrar algunos. Sin embargo, los peruanos en el extranjero se encuentran inadecuadamente representados¹². Es difícil contar con cifras oficiales sobre el contingente migratorio peruano que se incrementa en cada ciclo depresivo de la economía porque un porcentaje importante son inmigrantes irregulares (indocumentados). El número de inmigrantes regulares que tienen inscripción en el consulado correspondiente si es conocido. El RENIEC, por ejemplo en 1999, desplegó una importante labor de registro de los peruanos en el exterior empezando por los Estados Unidos, país que tiene un considerable número de residentes inmigrantes peruanos, demostrando así que el sistema electoral peruano no ha olvidado a los ciudadanos peruanos que dejaron nuestro país, cruzaron nuestras

¹² Tuesta Soldevilla, Fernando. "Y los peruanos en el exterior". Diario El Comercio, edición del 3 de mayo de 2007.

fronteras y se asentaron en el exterior¹³. Extraoficialmente, en la actualidad, hay tres millones de peruanos fuera, de los cuales votan aproximadamente 229,000. Es importante reconocer el acierto de nuestros legisladores en este tema pues los peruanos residentes en el extranjero votan desde hace más de un cuarto de siglo, cuando otros países de la región lo hacen recién los últimos años. Incluso la Constitución de 1993 en su artículo 187° dispone que la ley deba facilitar el voto de los peruanos residentes en el extranjero¹⁴. Sin embargo, el problema de la falta de representatividad de los peruanos en el exterior es evidente.

Para las elecciones generales de 2001 se optó por el distrito electoral múltiple (por departamentos) para la representación congresal. Erróneamente al momento de distribuir los escaños, se decidió que los peruanos en el extranjero deben votar por los candidatos de Lima, convirtiéndose así en ciudadanos sufragantes de segunda categoría pues votan por ellos, pero no pueden ser elegidos congresistas por Lima por razón del domicilio. Todo un despropósito, pues el elector que vota en una circunscripción está habilitado también para representar al conjunto de sus votantes. Fernando Tuesta¹⁵, cuestiona ¿Pero, por qué votan en Lima y no en Piura, Cusco o Loreto? Por que al legislador se le ocurrió que Lima tiene lo suficiente para acoger su representación. La consecuencia de todo esto es que muy rara vez un congresista de Lima habla de

¹³ Chávez López, Dany Ramiro. "Keeping Registration Up-to Date is Key. Peruvian prepare to vote overseas". Election Today. Volumen 8. No. 3 International Foundation Electoral Systems. 1999.

¹⁴ El Pleno del Jurado Nacional de Elecciones en uso de su facultad de iniciativa legislativa en materia electoral aprobó en sesión privada del 29 de octubre de 2008 un proyecto de ley que propone modificar el artículo 1° de la Ley No. 27764 y los artículos 59°, 82°, 109°, 115°, 201° y 238° de la Ley Orgánica de Elecciones, Ley No. 26859, para facilitar a los electores peruanos residentes en el exterior emitir su decisión política en el proceso de elecciones generales mediante el voto postal o por correspondencia.

¹⁵ Tuesta Soldevilla, Fernando. Op. Cit.

los intereses y problemas de los peruanos que viven en el extranjero, no siente que los representa y, menos, obligado. A su vez, estos no sienten tampoco --quizá ni lo sepan-- que los 35 congresistas de Lima los representan. Así de inequívoco e irónico.

Recientemente, el Primer Vicepresidente del Parlamento Andino invocó al Congreso de la República del Perú rectificar la decisión de archivar el proyecto de ley que crea el distrito electoral de peruanos residentes en el exterior para beneficiar a tres millones de inmigrantes. En la Comisión de Constitución hay varias iniciativas legislativas para que los inmigrantes tengan representación directa, siendo ellos quienes envían al país aproximadamente 3 millones de dólares.

II.2.1. REPRESENTACIÓN PARLAMENTARIA DE CONNACIONALES RESIDENTES EN EL EXTRANJERO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA.

II.2.1.1. EN EUROPA:

España

En cuanto al tema de la circunscripción en el exterior, precisamente, se ha creado en el Congreso de los Diputados una Subcomisión para la reforma del sistema electoral y uno de los puntos que va a estudiar es la creación de la circunscripción exterior. En la actualidad, los residentes en el extranjero votan (hay algunas disposiciones en la Constitución al respecto). Ellos son asignados a efectos electorales a una provincia, y sus votos se cuentan en la provincia, que es la circunscripción electoral. Este sistema tiene varios problemas. De ahí que se debata la creación de la circunscripción electoral exterior. El problema reside en que es dudosamente constitucional, ya que la Constitución establece que la circunscripción para el Congreso es la provincia, y fija también la circunscripción

para el Senado. El Consejo de Estado ha hecho un dictamen en el que considera la creación de la circunscripción exterior inconstitucional. No obstante, es defendible una interpretación alternativa, que puede entrar en el margen de la Constitución. La interpretación, basada en varias razones, es que la Constitución sólo regula la circunscripción para los residentes en España, pero no la de los residentes en el exterior. En conclusión, es algo que se está debatiendo, y que seguramente no se va a crear, debido a las dudas que hay sobre su constitucionalidad.

Francia

Desde el año 1948, los nacionales franceses residentes en el exterior pueden elegir representación en el Senado. Desde 1983 eligen a 12 senadores por sufragio indirecto. Es decir, son 12 escaños que se les tiene reservado. Estos senadores no son elegidos de manera directa por los votantes en el extranjero, sino por un colegiado de 150 miembros del denominado Consejo Superior de Franceses Residentes en el Extranjero (Asamblea de Franceses en el Exterior) los cuáles si son elegidos por los franceses residentes en el extranjero. Luego este colegiado elige directamente a los 12 senadores que representan sus intereses ante el propio Senado, la Asamblea Nacional y el Consejo Económico y Social.

En Francia, la circunscripción exterior ha sido creada por la última revisión de la Constitución, si bien todavía no está desarrollada a nivel legislativo.

Italia

En 2001, la Cámara de Diputados de la República italiana, la Comisión de Asuntos Constitucionales, vino discutiendo un

proyecto de ley que permitiría que los italianos residentes en el extranjero – y debidamente inscritos en un registro poblacional electoral – puedan sufragar por correspondencia. Para ello, se previó la creación de la “Circunscripción Exterior” ad hoc, dividida en cuatro áreas geográficas electorales.

Actualmente, los nacionales italianos residentes en el exterior a través de la “circunscripción exterior” eligen con un sistema proporcional a 12 diputados y a 6 senadores. Esta circunscripción se subdivide en 4 reparticiones o subdistritos: Europa, Sudamérica, América del Norte y Central; y África, Asia, Australia, Oceanía y Antártida.

Portugal

Desde 1976 los portugueses en el extranjero cuentan con representación en la Cámara de Diputados (de 2 a 4) para lo cual hay dos circunscripciones: Europa y resto de mundo. Si los electores son más de 155,000 se eligen dos (2) diputados, sino solo uno, por cada circunscripción.

Croacia

Desde 1992, se reserva un máximo de 14 escaños adicionales a los 140 que integran la Cámara de Representantes. (El número exacto se determina en función de su participación electoral, y considerando la base de votación que se requiere para obtener un escaño en el país. En el año 2000 votaron 125,000 de los 360,000 croatas registrados, y les correspondieron 6 escaños).

II.2.1.2. EN LATINOAMÉRICA:

México

México, en su derecho electoral, no admite una posibilidad de representación en el Parlamento de nacionales residentes en

el extranjero. En México la posibilidad del voto en el extranjero, incluso, está cerrada, de momento. La creación de un “distrito extraterritorial” sería algo que se podría discutir después de aceptar plenamente el voto de los mexicanos en el extranjero, pero en México hay mucha reticencia a eso debido a la larga tradición de fraudes electorales. Para no ir más lejos, la experiencia de 2006 en las elecciones presidenciales fue muy negativa para la certeza de las elecciones.

En agosto de 2005 el entonces Presidente de México Vicente Fox y los emigrantes celebraron que los mexicanos residentes en el exterior podrían votar por primera vez en los comicios presidenciales de 2006, con lo cual dejarían de ser ciudadanos de “segunda clase”. Se aprobaron reformas legales para permitir el voto por correo en el extranjero. La reforma fue aprobada para sufragar en elecciones presidenciales, constituyendo un inicio para lograr en el futuro se realicen modificaciones que permitan que los residentes mexicanos en el exterior puedan votar por sus legisladores locales y federales e incluso puedan ser ellos mismos elegidos diputados y senadores. Uno de los grupos que promovió la reforma fue la Coalición por los Derechos Políticos de Mexicanos en el Exterior que enfatizó haberse devuelto a millones de mexicanos la parte que les faltaba para dejar de ser “ciudadanos de segunda clase”. Cerca de 11 millones de mexicanos residen en el exterior, y de ellos el 98% están en Estados Unidos. Lamentablemente a raíz de la nefasta experiencia de las elecciones presidenciales de 2006, actualmente no se permite el voto de los residentes en el extranjero.

El Salvador

Desde 2006 (Convención Internacional de Salvadoreños en el Mundo) los salvadoreños residentes en el exterior pugnan por

su derecho al sufragio en el extranjero, pidiendo que no se les considere solo como emisores de remesas sin que el país les tome en cuenta en la vida política. El Salvador recibe 2,000 millones de dólares anualmente en concepto de remesas, lo cual constituye casi el 15% del Producto Bruto Interno según datos del Banco Central de Reserva.

Brasil

Actualmente en el Congreso se debate sobre la necesidad de crear un distrito electoral para brasileños residentes en el exterior. Hay un proyecto para emendar la Constitución a fin de permitir que los brasileños residentes en el exterior puedan votar y tener representantes propios.

Venezuela

No existe circunscripción especial para los ciudadanos en el exterior, consecuentemente no tienen representación parlamentaria propia.

Colombia

La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta 5 representantes.

Bolivia

No existe circunscripción especial para los ciudadanos en el exterior, consecuentemente no tienen representación parlamentaria propia. Pero en el Código Electoral -muy pronto a ser derogado- se encomienda a la Corte Nacional Electoral gestionar el voto de los ciudadanos bolivianos en el exterior.

En el proyecto de la ley electoral que se debate en el congreso boliviano en estos momentos, se pretende que los ciudadanos voten pero solamente para Presidente y Vicepresidente, pero no abre la posibilidad de contar con representación nacional. Al respecto el fundamento voceado por el que no se puede contar con esta circunscripción especial es el referido a la limitación territorial, ya que para crear una circunscripción electoral en Bolivia, debe tener un límite territorial, continuidad geográfica, afinidad cultural y población promedio de acuerdo al último censo. Sin estos requisitos no puede crearse una circunscripción electoral para que los ciudadanos residentes en el extranjero tengan representantes en el Legislativo. Esto surgió a razón de que los ciudadanos bolivianos en la Argentina, pretendían elegir a un ciudadano que los represente, pero que al final no surtió efecto. Finalmente, para las elecciones de 2010 están definidos los lugares para la votación del 6% de los residentes bolivianos en el exterior como indica el artículo 47 de la Ley Electoral Transitoria, los centros de votación para los bolivianos residentes en el extranjero serán instalados en 10 ciudades de los cuatro países que fueron definidos por la Corte Nacional Electoral (CNE). Así, habrá recintos de sufragio en las provincias argentinas de Buenos Aires, Mendoza y Jujuy; en la ciudad brasileña de San Pablo; en los estados de Nueva York, Virginia y Maryland, en Estados Unidos, mientras que en España estarán en Madrid, Valencia y Cataluña.

Ecuador.

En Ecuador ha sido prevista por la última Constitución. En 2007, el “Estatuto de la elección, instalación y funcionamiento de la Asamblea Constituyente” aprobado por Resolución PLE-TSE-2-1-3-2007 del Tribunal Supremo Electoral

del Ecuador, en su artículo 3 dispuso que la Asamblea Constituyente estará integrada por 130 asambleístas, son sus respectivas o respectivos suplentes, distribuidos de acuerdo con el siguiente mecanismo:

Cien asambleístas elegidos por circunscripción electoral provincial de conformidad con la composición de la legislatura.

Veinticuatro por circunscripción nacional

Seis por los ciudadanos ecuatorianos domiciliados en el exterior, de acuerdo a las siguientes zonas geográficas: 2 representantes de Europa, 2 por Estados Unidos y Canadá y 2 representantes por los países de América Latina.

Chile

En julio de 2006 los diputados chilenos aprobaron en la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Parlamento la regularización del derecho a voto para todos los ciudadanos y ciudadanas chilenos residentes en el exterior. Este proyecto de ley modifica la Ley Orgánica Constitucional para Votaciones Populares y Escrutinios (Ley No. 18700) y permite regularizar el derecho a voto en elecciones presidenciales y plebiscitos para los ciudadanos y ciudadanas chilenas residentes en el exterior ampliando la base democrática y dando plena legitimidad al concepto del sufragio universal aprobado por Chile en 1874.

Sin embargo, hasta ahora, los gobiernos de la Concertación sólo han presentado propuestas o proyectos de corto alcance que se contradicen incluso en términos legales. Es así como los proyectos de voto en el exterior, terminan entrampados en las cámaras legislativas sin dar lugar a una ley que otorgue en forma definitiva y completa tal derecho y regularice su ejercicio. La Región XIV de Chilenos en el Exterior, fue sólo una creación virtual del gobierno de Lagos, sin ningún fundamento

jurídico, cuya denominación terminó adjudicándose a la nueva Región de Los Ríos.

Sobre la representación de chilenos del exterior en el Congreso Nacional, hay plena coincidencia tanto de parlamentarios y políticos de gobierno como de oposición, en no instituir tal derecho.

No está de más agregar que en Chile no existe un programa o resolución presidencial o ministerial de esta envergadura. Incluso la creación de la Dirección para la Comunidad Chilena en el Exterior (DICOEX) es vaga en cuanto a sus objetivos, misiones y fines. Más aún, en sus comienzos no tenía reconocimiento legal. De ahí el desconocimiento que algunos cónsules chilenos hicieron de sus actividades, otorgando un escaso apoyo al registro de chilenos en el exterior, durante los años 2003 y 2004.

Uruguay

En agosto de 2007 se promovió la instalación de una comisión, conformada por integrantes de los partidos políticos con representación parlamentaria, que tuvo como función analizar la posibilidad de extender el derecho al voto en las elecciones nacionales y departamentales a los uruguayos residentes en el exterior.

Actualmente, el tema está polarizado en el Parlamento por un lado el Movimiento de Participación Popular y el Frente Amplio tienen disposición a que los compatriotas uruguayos residentes fuera de fronteras puedan hacer valer su derecho al sufragio desde los países en los que viven, mientras que no existe disposición para aprobar esta iniciativa de parte de los actores políticos del Partido Colorado y del Partido Nacional. La iniciativa requiere de mayorías parlamentarias especiales que el Frente Amplio no posee. También existe la posibilidad

de arribar a esta resolución a través de la consulta popular. El sector izquierdista considera que no se puede seguir discutiendo eternamente esta cuestión y que es necesario entrar en tiempo de definiciones.

Se ha propuesto el tipo de voto epistolar como el consular. El voto epistolar permite ejercer el derecho al sufragio desde el mismo hogar, pero es económicamente costoso. El voto consular supone sufragar en los locales de las embajadas o consulados nacionales, el problema podría radicar en los miles de kilómetros que tendrían que recorrer algunos uruguayos residentes en el exterior para llegar a la representación diplomática uruguaya más cercana.

Paraguay

En Paraguay desde 2005 se propugna una reforma constitucional y del código electoral. Para que el emigrante paraguayo tenga derecho a votar y a representación parlamentaria, se ha previsto crear el 18° Departamento. Se ha solicitado al gobierno tener en cuenta a los “de afuera” como ciudadanos, quienes aportan mucho más al país que lo que se registra en exportaciones. Lo que aportan los emigrantes paraguayos al país es más de U\$S 500.000 al año. La oposición en el uso de sus facultades administrativas debe facilitar con decisiones propias desde su condición de tal en solucionar este problema. El Paraguay, a 20 años de la dictadura, espera por un consenso político que aleje su institucionalidad del autoritarismo y la ubique en una perspectiva democrática y moderna. El proceso de reformas, a tenor de los entendidos, yerra en lo fundamental al no modificar el sistema electoral de listas cerradas y al no permitir que los paraguayos que se encuentran en el exterior elijan a sus autoridades, prevaleciendo así un gran número de paraguayos sin derechos cívicos, (los de

afuera). El desamparo de paraguayos residentes en el exterior podría permanecer intacto pese a eventuales reformas, que se han producido en las elites políticas del país, que en el futuro incluiría a la Concertación de Partidos Democráticos. La estructura política del país carece de incentivos democráticos para las minorías, las que no tienen ninguna posibilidad de obtener representación parlamentaria ni ser opción a futuro. El sistema político paraguayo genera una clase de dirigentes que asumen las instituciones y la gobernabilidad del país como un asunto de interés privado. Ello está a la vista, los partidos pequeños, desde los demócratas cristianos pasando por los ecologistas, en su mayoría estos movimientos no tienen representación parlamentaria, como tampoco la tienen los emigrantes: los del futuro 18° Departamento. Se precisa de una reforma constitucional y electoral.

Argentina

Los argentinos residentes en el extranjero sufragan desde 1993.

En marzo de 2007 el gobierno nacional argentino impulsó un proyecto de ley que tuvo como objetivo que los argentinos que viven en otros países elijan a sus legisladores, y al que bautizaron “Provincia 25”. Más de un millón de argentinos residentes en el extranjero podrían elegir y ser elegidos ante el Congreso Nacional. En sus fundamentos, el programa puesto en marcha por el Ministerio del Interior, buscó fortalecer los vínculos entre el Estado y los ciudadanos argentinos que se encuentran en calidad de emigrados. La resolución 452/2007 publicada el 16.03.2007 en el Boletín Oficial en sus considerandos indica que busca promover la participación democrática de los ciudadanos emigrados al tiempo que se resguardan sus derechos. El programa “garantiza los derechos sociales,

políticos y laborales” de los emigrantes argentinos, que “facilita” los trámites necesarios para votar, adoptar la ciudadanía a hijos de argentinos nacidos en el exterior y obtener y renovar documentación. Además, a través del programa se atenderán además trámites relacionados con el retorno de argentinos al país, seguridad social, fomento de inversiones, acceso a créditos, envío de dinero desde el exterior para el desarrollo de proyectos productivos, ayuda económica a familiares, compra de inmuebles y homologación de títulos, entre otros puntos.

El Programa Provincia 25 fue pensado como el instrumento que le permitirá al estado nacional fortalecer los vínculos con los argentinos en el exterior. Este sector de la población, equivalente a más de una provincia, en la actualidad carece de políticas específicas. Por este motivo se desarrollarán líneas de acción que respondan a las demandas de los argentinos en el exterior en especial aquellas que refuercen los vínculos con el país. Dentro de ellas: ***el derecho al voto y el derecho a la representación***. En esta línea se propone modificar la Ley 24007, ligando la inscripción al registro de electores de argentinos en el exterior al momento de realizar el cambio de domicilio e incluyendo nuevas modalidades de emisión del voto. Respecto a la representación parlamentaria, se conformará una comisión que estudie y proponga las modificaciones legales necesarias para la constitución de una representación específica en el Congreso Nacional de la Provincia 25.

II.3. RETORNO VOLUNTARIO DE LOS CONNACIONALES RESIDENTES EN EL EXTERIOR

Es evidente que la Unión Europea y los Estados Unidos, ante la crisis mundial, endurece la política contra los inmigrantes. No olvidemos que la mano inmigrante ha ayudado grandemente al creci-

miento de esos países por eso se debe apuntar hacia una normatividad que favorezca al inmigrante. Hay inmigración irregular en toda Europa, especialmente en los países de economías más sólidas de la Unión Europea. Cada país europeo tiene una normatividad parecida para hacer frente a la inmigración. Austria, un país pequeño con 8 millones de habitantes tiene 25,550 refugiados, Francia es un país de tránsito y tiene un Ministerio de Identidad Nacional que registra a los extranjeros. No olvidemos que el Tratado de Roma prevé el derecho de tránsito y libre movimiento de todo ciudadano de la Unión Europea y luego de 3 meses de estancia debe presentarse a la oficina de migración del país. Inglaterra favorece a los estudiantes extranjeros, a quienes luego de 5 años de estancia, se les permite residir permanentemente y trabajar para que apliquen los conocimientos aprendidos en Inglaterra.

Existe el llamado “plan de retorno voluntario de inmigrantes” el cual es un instrumento más de los Estados en el marco de la gestión de los flujos migratorios. Actualmente la posición del gobierno español es simplemente facilitar un incentivo voluntario para que el inmigrante regrese a su país al encontrarse en precariedad o situación de exclusión social¹⁶.

El “retorno” es una palabra inapropiada para el inmigrante. Cuando se habla de “retorno” es mejor decir “regreso” que va más unido a voluntariedad.

Un peruano emigra al exterior con el propósito hacer realidad el sueño inmigrante que le concederá a él y a su familia mayor bien-

¹⁶ El gobierno ecuatoriano, por ejemplo, ha creado un plan conexo al europeo llamado “Bienvenido a casa”, dándole incentivos a los ecuatorianos que decidan volver con permisiones en la mudanza, pero también buscando asegurar que el regreso se de con calidad de vida. Difícil pretensión. Así el “Plan Cucayo” busca otorgar una provisión de alimentos en el interín a la búsqueda de trabajo, y financiar proyectos de generación de puestos de trabajo por el inmigrante que retorna con el bagaje de la experiencia y conocimientos traídos de la experiencia extranjera con préstamos de hasta 5 mil dólares, con un plazo de pago hasta 5 años

estar que en nuestro país. La emigración en el Perú comienza en 1960. En ese año muchos peruanos emigraron a Estados Unidos y España. Fueron 800 peruanos estudiantes de medicina que viajaron a España y de ellos 400 se quedaron. Respecto al Japón, cuando se dio la inmigración de japoneses al Perú en 1900, llegaron cerca de 200 mil, luego el Japón abrió sus puertas para que sus descendientes residentes en el Perú vuelvan al Japón.

El Perú, a través de un plan de retorno voluntario de sus connacionales que les otorga algunos incentivos, ha evidenciado su preocupación por acoger a sus compatriotas residentes en el exterior que deciden voluntariamente volver. La normatividad vigente, que data del 2004¹⁷, busca que los peruanos que han vivido en el extranjero por más de 5 años retornen al Perú para contribuir al desarrollo del país. Los incentivos son la exoneración del pago de los impuestos para la mudanza, llevar un solo vehículo (no menos de 5 años de antigüedad) hasta un valor de 30 mil dólares, los empresarios o industriales o cualquier peruano que haya logrado superación con un oficio o profesión pueden trasladar su maquinaria y equipos al Perú con un valor máximo de 100 mil dólares americanos. Claro está que no pueden acogerse a estos incentivos los diplomáticos que representan al Perú en el exterior ni los menores de 18 años.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El Estado peruano ha recogido en términos de ley positiva desde hace casi tres décadas derechos políticos a favor de los connacionales residentes en el exterior como es el derecho al sufragio en elecciones generales, siendo uno de los países pioneros

¹⁷ Con fecha 24 de febrero del 2004 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley No. 28182, denominada "Ley de Incentivos Migratorios", la misma que debía ser regulada por el reglamento respectivo.

en América Latina en reconocer este derecho a los peruanos residentes en el extranjero. Este derecho al sufragio se ha extendido en el ejercicio de los derechos de participación ciudadanos como es el caso del referéndum.

El Perú a partir de 2004 ha demostrado su interés en el retorno de sus connacionales que residen en el exterior otorgándoles incentivos para su voluntario regreso e integración en el territorio nacional.

Recientemente, en 2008, el Perú ha expresado su política de Estado dictando lineamientos para la integración y protección de los connacionales que residen en el exterior a través de los Consejos de Consulta de la Comunidad Peruana como una expresión de la sociedad civil peruana residente en la circunscripción de las oficinas consulares con la finalidad de establecer un espacio de diálogo. Sin embargo, es necesario hacer unas reformas a la normatividad vigente de modo que se facilite la constitución de los referidos consejos de consulta reduciendo el quórum para su instalación y ampliando el término de su mandato.

Estos esfuerzos por proteger e integrar al connacional peruano residente en el exterior deben ser complementados logrando conceptualizar el derecho de la real representación de la circunscripción exterior. En consecuencia, la reforma electoral de la representación de los peruanos en el exterior, debe contener una sana voluntad de solucionar el despropósito representativo y prever una circunscripción especial de los peruanos en el extranjero asignándoles los escaños que le corresponden conforme a su población. Esta es la tendencia de las democracias avanzadas.

El JNE puede hacer uso de la prerrogativa de iniciativa legislativa y proponer un reglamento de elecciones de Consejos de Consulta de la Comunidad Peruana en las circunscripciones consulares atendiendo a la opinión y *modus vivendi* de la mayoría de nuestros connacionales en el exterior. Constituyendo estos consejos de consulta una mesa de diálogo de la sociedad civil de peruanos en

el exterior con el Poder Ejecutivo, existe un símil con los Consejos de Coordinación Regional y los Consejos de Coordinación Local, por tanto el JNE podría promover su asistencia en la elección o de alguna manera fiscalizar la elección de sus representantes.

Es necesario precisar las ventajas de una real representación en el Parlamento de todos los distritos electorales, de modo que cada representante se identifique plenamente con determinado distrito electoral al cual deberá rendir cuenta de su labor legislativa. Esto implica una modificatoria del texto constitucional.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Vélez Núñez, Rubén. Leyes de partidos políticos, leyes electorales, reglamentos de congresos de la comunidad andina. Fondo de Publicaciones del Parlamento Andino. Oficina Central y Unidad para la Promoción de la Democracia OEA. Santa Fe de Bogota, Colombia. 1997.

Porras Nadales, Antonio. Representación y democracia avanzada. Madrid, 1994.

Sartori, Giovanni. Elementos de Teoría Política. Madrid, Alianza, 1992.

Fernández Segado, Francisco. La correlación entre el tamaño de las circunscripciones y las distorsiones de la proporcionalidad en la elección del Congreso. Quince años de experiencia. El sistema electoral español. Madrid 1993.

Instituto de democracia y derechos humanos. Para cruzar el umbral: acciones y reflexiones para la construcción de la paz y la democracia en el Perú, 2005 - 2006. Editorial Instituto de Democracia y Derechos Humanos. Lima, 2006.

Chávez López, Dany Ramiro. "El Proceso Electoral Peruano". Editorial Horizonte, marzo 2000.

Pérez Royo, Javier. Curso de Derecho Constitucional. Undécima edición. Revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Durán: Editorial Marcial Pons. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007.

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. "Conferencia Trilateral sobre el Voto en el Extranjero: Canadá, Estados Unidos y México". IFE México, 1998.

LA ILEGÍTIMA MUTACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEGITIMIDAD DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL: LA "REFORMA" DE LA FORMA FEDERAL DEL ESTADO EN VENEZUELA MEDIANTE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL*

Allan R. Brewer-Carías**

111

I. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL COMO PRINCIPIO QUE RIGE PARA TODOS LOS ÓRGANOS DEL ESTADO, INLCUYENDO AL JUEZ CONSTITUCIONAL, Y LA PROHIBICIÓN DE MUTACIONES CONSTITUCIONALES ILEGÍTIMAS

La Constitución de 1999 fue, en Venezuela, la manifestación de la voluntad del pueblo expresada como poder constituyente originario en el referendo aprobatorio del 15 de diciembre de 1999. En consecuencia, la Constitución prevalece y debe prevalecer sobre la voluntad de todos los órganos constituidos del Estado, incluyendo la Jurisdicción Constitucional a cargo del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que su modificación sólo puede llevarse a cabo conforme se dispone en su propio texto, como expresión-imposición de la voluntad popular producto de ese poder constituyente originario.

* Ponencia preparada para el **X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**, Lima, Perú 16-19 de Septiembre de 2009.

** Abogado y Doctor en Derecho, con menciones *summa cum laude* por la Universidad Central de Venezuela (1962-1964). Desde 1963 es Profesor de la Universidad Central de Venezuela, donde fue Director del Instituto de Derecho

Este postulado de la supremacía de la Constitución en tanto que norma fundamental, que además se encuentra expresado en su artículo 7, lo que implica, como lo dijo Alexander Hamilton en 1788, no sólo que “ningún acto legislativo contrario a la Constitución, puede ser válido”, sino que “negar esto significaría afirmar que ... “los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo; que los hombres que actúan en virtud de poderes, puedan hacer no sólo lo que sus poderes no les autorizan sino también lo que les prohíben”.¹

La contrapartida de la obligación de los órganos constituidos de respetar la Constitución, de manera que el poder constituyente originario prevalezca sobre la voluntad de dichos órganos estatales constituidos, es el derecho constitucional que todos los ciudadanos tienen en un Estado Constitucional, a que se respete la voluntad popular expresada en la Constitución, es decir, *el derecho fundamental a la supremacía constitucional*. Nada se ganaría con señalar que la Constitución, como manifestación de la voluntad del pueblo, debe prevalecer sobre la de los órganos del Estado, si no existiere el derecho de los integrantes del pueblo de exigir el respeto de esa Constitución, y además, la obligación de los órganos jurisdiccionales de velar por dicha supremacía.

El constitucionalismo moderno, por tanto, no sólo está montado sobre el principio de la supremacía constitucional, sino que como consecuencia del mismo, también está montado sobre el derecho del ciudadano a esa supremacía², que se concreta,

Público. Ha sido Profesor Visitante (1972-1974) y Profesor de Postgrado (1985-1986) en la Universidad de Cambridge, Inglaterra; en la Universidad de Paris II (1990); y en las Universidades del Rosario y Externado de Colombia en Bogotá. Ha sido Profesor Visitante (2002-2004) y actualmente es Profesor Adjunto en la Universidad de Columbia de Nueva York.

¹ *The Federalist* (ed. B.F. Wright), Cambridge, Mass. 1961, pp. 491-493.

² Véase Allan R. Brewer-Carías, “El amparo a los derechos y libertades constitucionales (una aproximación comparativa)” en Manuel José Cepeda (editor), *La Carta de Derechos. Su interpretación y sus implicaciones*, Editorial Temis, Bogotá 1993, pp. 21-81.

conforme al principio de la separación de poderes, en un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la supremacía constitucional, es decir, a la justicia constitucional.

Por ello, el mismo Hamilton, al referirse al papel de los Jueces en relación con dicha supremacía constitucional también afirmó:

“Una Constitución es, de hecho, y así debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Por tanto, les corresponde establecer su significado así como el de cualquier acto proveniente del cuerpo legislativo. Si se produce una situación irreconciliable entre ambos, por supuesto, la preferencia debe darse a la que tiene la mayor obligatoriedad y validez, o, en otras palabras, la Constitución debe prevalecer sobre las Leyes, así como la intención del pueblo debe prevalecer sobre la intención de sus representantes.”

Con base en estos postulados se desarrolló, no sólo la doctrina de la supremacía de la Constitución, sino también, aún más importante, la doctrina de “los jueces como guardianes de la Constitución”, tal como lo expresó el mismo Hamilton al referirse a la Constitución como limitación de los poderes del Estado y, en particular, de la autoridad legislativa, afirmando que:

“Limitaciones de este tipo sólo pueden ser preservadas, en la práctica, mediante los Tribunales de justicia, cuyo deber tiene que ser el de declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución. De lo contrario, todas las reservas de derechos o privilegios particulares, equivaldrían a nada.”³

De estos postulados puede decirse que en el constitucionalismo moderno surgió el sistema de justicia constitucional en sus dos vertientes, como protección de la parte orgánica de la Constitución, y como protección de su parte dogmática, es decir, de los derechos y libertades constitucionales, lo que en definitiva, no es más que

³ *The Federalist* (ed. B.F. Wright), Cambridge, Mass. 1961, pp. 491-493.

la manifestación de la garantía constitucional del derecho fundamental del ciudadano al respecto de la supremacía constitucional. Esa garantía es la que precisamente implica el poder atribuido a los jueces de asegurar la supremacía constitucional, sea declarando la nulidad de los actos contrarios a la Constitución, sea restableciendo los derechos fundamentales vulnerados por acciones ilegítimas, tanto de los órganos del Estado como de los particulares. La justicia constitucional es, así, el instrumento jurídico para canalizar los conflictos entre la voluntad popular y los actos de los poderes constituidos; razón por la cual se la ha considerado históricamente como el sustituto a la revolución⁴ o del ejercicio del derecho de resistencia o revuelta que defendía John Locke⁵.

Pero por supuesto, en esta concepción del juez constitucional para en caso de opresión de los derechos, de abuso o de usurpación, sustituyera a la revolución como la vía de solución de conflictos entre el pueblo y los gobernantes, los constructores del Estado Constitucional nunca pensaron que podía ser el propio juez constitucional el que usurpara el poder constituyente y violara la constitución. En el esquema del Estado constitucional no hay forma alguna de controlar judicialmente al juez constitucional, por lo que incluso se establece expresamente que las sentencias de Tribunal Supremo de Justicia no son revisables.

En todo caso, lo cierto es que las modificaciones a la Constitución, conforme al texto expreso de la misma, no pueden realizarse por la Jurisdicción Constitucional por más poder que tenga de interpretar la Constitución, sino sólo mediante los tres procedimientos precisos que con intervención del pueblo se establecen en la Constitución: primero, mediante las "enmiendas", con el objeto

⁴ Véase Sylvia Snowiss, *Judicial Review and the Law of the Constitution*, Yale University Press, 1990, p. 113.

⁵ Véase John Locke, *Two Treatises of Government* (ed. Peter Laslett), Cambridge UK, 1967, pp. 221 y ss.

de agregar o modificar uno o varios artículos de la Constitución (artículo 340), para cuya aprobación se estableció la sola participación del pueblo como poder constituyente originario manifestado mediante referendo aprobatorio; segundo, mediante la "reforma constitucional", orientada hacia la revisión parcial de la Constitución, así como la sustitución de una o varias de sus normas (artículo 342), para cuya aprobación se estableció la participación de uno de los poderes constituidos, la Asamblea Nacional y, además, del pueblo como poder constituyente originario manifestado mediante referendo; y tercer, la "Asamblea Nacional Constituyente" en el caso de que se quiera transformar el Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución (Artículo 347), para cuyo funcionamiento se estableció la necesaria participación del pueblo como poder constituyente originario, en la convocatoria de la Asamblea Constituyente y en la elección de sus miembros.

Cualquier modificación de la Constitución efectuada fuera de estos tres procedimientos, es inconstitucional e ilegítima, razón por la cual la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, como Jurisdicción Constitucional, al ejercer su facultad de interpretación del contenido y alcance de las normas constitucionales (art. 334), no puede, en forma alguna, "modificar" la Constitución, sobre todo si no se trata de normas que sean ambiguas, imprecisas, mal redactadas y con errores de lenguaje. Si lo hace, lo que estaría realizando sería un falseamiento de la Constitución, es decir, una "mutación" ilegítima y fraudulenta de la misma, que falsea su contenido.⁶ Ello es, precisamente, lo que ha venido ocurriendo en Venezuela en varios casos, y en particular en relación con las previsiones constitucionales destinadas a regular la forma federal del Estado, en relación a las cuales, luego de que una propuesta de reforma constitucional que fue sancionada en 2007 y que sometida a referendo

⁶ Véase Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires 2006, pp. 56-59, 80-81, 165 ss.

fue expresamente rechazada por el pueblo, la Sala Constitucional como “máximo y último intérprete de la Constitución” (art. 335), ha impuesto la misma modificación rechazada mediante una mutación fraudulenta de la Constitución.

II. EL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DEL PODER PÚBLICO EN LA “FEDERACIÓN DESCENTRALIZADA” VENEZOLANA

1. La “federación” en el constitucionalismo venezolano

Uno de los pilares fundamentales de la Constitución venezolana es la forma federal del Estado que siempre se ha adoptado en toda la historia Constitucional del país, aún cuando por supuesto, no sin contradicciones fundamentales.⁷

En todo caso, conforme se declara en el artículo 4 de la Constitución de 1999, “la República Bolivariana de Venezuela es un *Estado federal descentralizado* en los términos consagrados en esta Constitución, y se rige por los principios de integridad territorial, cooperación, solidaridad, concurrencia y corresponsabilidad.” Ello es así, aún cuando dicha declaración encubra a un Estado federal “centralizado,” pues el primera se contradice en muchas regulaciones que establece la propia Constitución.”

A pesar de esas contradicciones, en la conformación del Estado con forma federal, se puede identificar al menos un núcleo

⁷ Véase nuestros estudios sobre el tema elaborados apenas la Constitución fue sancionada: Allan R. Brewer-Carías, *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999 (Alcance de una reforma insuficiente y regresiva)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San Cristóbal 2001; “El Estado federal descentralizado y la centralización de la federación en Venezuela. Situación y perspectiva de una contradicción constitucional” en Diego Valadés y José María Serna de la Garza (Coordinadores), *Federalismo y regionalismo*, Universidad Nacional Autónoma de México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 229, México 2005, pp. 717-750

esencial de la misma en la Constitución, que es expreso y que no puede cambiarse sino mediante una reforma constitucional, el cual se refiere, precisamente, al sistema de “distribución” del Poder Público que regula el artículo 136 “entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional,” el cual se materializa en la distribución de una serie de competencias entre los tres niveles territoriales.

Esa asignación de competencias, ciertamente tiene un acentuado desbalance, primero, por el conjunto de competencias que se asignan a favor del Poder Nacional (artículo 156) y, segundo, por las que se asignan a favor del Poder Municipal (artículos 178, 179), las cuales, comparadas con las competencias que se asignan al Poder Estatal, en cambio, muestran una lista bien exigua (artículo 164). En efecto, esta distribución de competencias además de referirse a *atribuciones* asignadas a los órganos de los tres niveles territoriales, enumera las *materias* sobre las cuales se ejercen esas atribuciones en los tres niveles territoriales.⁸

En esta forma, el artículo 156 de la Constitución enumera como de la “competencia del Poder Público Nacional...” un conjunto de *materias*, muchas de las cuales son de carácter exclusivo, como por ejemplo, la relativa a “La política y la actuación internacional de la República” (arts. 156,1; 152; 154); y otras de carácter concurrente con otros niveles territoriales. En relación con los Estados, el artículo 164 de la Constitución, además de un conjunto de atribuciones, también define unas *materias* que califica como de la “competencia *exclusiva* de los Estados”, entre las cuales está, por ejemplo, “la ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las

⁸ Véase Allan R. Brewer-Carías, “Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del Poder Público en la Constitución de 1999” en Fernando Parra Aranguren y Armando Rodríguez García Editores, *Estudios de Derecho Administrativo. Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, con ocasión del Vigésimo Aniversario del Curso de Especialización en Derecho Administrativo*, Tomo I, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 2, Caracas 2001, pp. 107-136.

vías terrestres estatales" (ord. 9); y la "la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial..." (ord. 10).

En cuanto a los Municipios, en el artículo 178 se regula "la competencia del Municipio" traducida en un conjunto de *materias* que son de ejercicio exclusivo sólo en los aspectos que estrictamente conciernen a la vida local.

2. El sistema de distribución de competencias exclusivas en materia de infraestructura

Ahora bien, específicamente, en materia de infraestructura para la circulación y el transporte, la Constitución establece el siguiente sistema de distribución de competencias:

A. Las materias de competencia exclusiva del Poder Nacional

El artículo 156 de la Constitución atribuye al Poder nacional en materia de infraestructura para la circulación y el transporte, las siguientes competencias exclusivas entre los tres niveles territoriales:

a. La ordenación normativa de las obras de infraestructura

Corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional *regular* el sistema normativo de las obras de infraestructura, para lo cual el artículo 156,19 le asigna competencia para "el establecimiento, coordinación y unificación de *normas* y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo." Además, corresponde al Poder Nacional la competencia exclusiva para esta-

blecer “el régimen... de los puertos⁹, aeropuertos y su infraestructura” (art. 156,26).

b. Las obras públicas nacionales

En materia de obras públicas, la Constitución asigna competencia exclusiva al Poder Nacional, en materia de “obras públicas de interés nacional” (art. 156,20), por lo que la competencia en materia de obras públicas estatales y municipales corresponde, respectivamente, a los Estados y Municipios.

c. La vialidad nacional

Conforme al artículo 156,27, corresponde en forma exclusiva al Poder Nacional “el sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales¹⁰. Esta norma no reserva al Poder Nacional la vialidad, sino el *sistema* (se entiende, nacional) de vialidad nacional. Por ello, los Estados y Municipios, tienen competencia en materia de vialidad estatal y municipal, sometidos a las normas establecidas en materia de ingeniería por el Poder Nacional (art. 156,19).

d. El transporte nacional

El artículo 156,26 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Poder Nacional, en materia de “El régimen de la nave-

⁹ Véase Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley General de Puertos en G.O. N° 37.589 del 11 de diciembre de 2002. Decreto N° 1.380 con Fuerza de Ley General de Marinas y Actividades Conexas en G.O. N° 37.321 del 9 de noviembre de 2001. Véase en general, sobre los puertos: Ricardo Baroni Uzcátegui, “Las competencias portuarias a la luz de la Constitución de 1999” en *DOCTUM. Revista Marítima Venezolana de Investigación y Postgrado*, Vol. 3, N° 2 (mayo-diciembre). Caracas, 2000, pp. 191-206.

¹⁰ Véase Decreto N° 6.069, con fuerza de Ley de Sistema de Transporte Ferroviario Nacional en G.O. Extra. N° 5.889 del 31 de julio de 2008.

gación y del transporte aéreo, terrestre¹¹, marítimo fluvial y lacustre, de carácter *nacional*..." Además, como se dijo, el artículo 156,27, atribuye al Poder Nacional competencia en materia de "ferrocarriles nacionales".

En consecuencia, también puede haber transporte estatal y municipal, cuyo régimen compete a Estados y Municipios. Sin embargo, sólo compete al Poder Nacional "las políticas nacionales y la legislación en materia naviera" (art. 156,23), lo que no excluye que pueda haber políticas estatales y municipales en esa materia.

e. La competencia en materia de legislación general

De acuerdo con el artículo 156,32, el Poder Nacional además de las competencias legislativas que tiene respecto de las materias que se le atribuyen, tiene la competencia exclusiva general respecto de la legislación en las "todas las materias de la competencia nacional." (art. 156,32)

B. Las materias de la competencia exclusiva del poder público estatal

Al contrario de lo que sucede con el artículo 156 de la Constitución relativo a las materias de la competencia del Poder Nacional (algunas de las cuales son exclusivas y otras no), el artículo 164 de la Constitución sólo regula competencias *exclusiva* de los Estados, las cuales sin dejar de ser "exclusivas", están reguladas como una exclusividad parcial, pues otros aspectos de las mismas materias se asignan a otros órganos del Poder Público.

¹¹ Véase Decreto N° 1.535 con Fuerza de Ley de Tránsito y Transporte Terrestre en G.O. N° 37.332 del 26 de noviembre de 2001.

a. Las obras públicas estatales

Al atribuirse al Poder Nacional competencia exclusiva en materia de obras públicas nacionales (art. 156,20), corresponde a los Estados la competencia exclusiva en materia de obras públicas estatales, con sujeción a las normas sobre ingeniería establecidas por el Poder nacional (art. 156,19).

b. La vialidad estatal

El artículo 164,9 de la Constitución atribuye a los Estados competencia exclusiva en materia de “La ejecución, conservación, administración y aprovechamiento de las vías terrestres estatales.” Estas vías terrestres estatales son “las que conforman la red vial dentro del territorio de cada Estado, con exclusión de las vías de comunicación nacionales que se encuentren en el mismo y de las vías urbanas municipales”, tal como las definió el artículo 6 del Reglamento Parcial N° 7 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, en materia de vialidad terrestre¹²; siendo vías de comunicación nacionales, “las carreteras que atraviesan un Estado y salgan de sus límites” (art. 4,1).

La precisión del ámbito de la materia objeto de esta competencia exclusiva es importante, ya que el artículo 156 asigna al Poder Nacional competencia en cuanto al “sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales” (ord. 27); y el artículo 178,2 atribuye a los Municipios competencia en materia de “vialidad urbana”.

¹² Véase en G.O. N° 35.327 de 28-10-1993.

c. *La administración de la vialidad nacional*

Siguiendo la decisión adoptada por la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989¹³ (art. 11,3), que tenía rango constitucional,¹⁴ el artículo 164,10 de la Constitución, constitucionalizando esa materia, como se ha dicho, asignó competencia exclusiva a los Estados, en materia de “La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales... en coordinación con el Poder Nacional.”

Esta competencia, sin embargo, está sujeta al ejercicio de la competencia nacional en materia de “sistema de vialidad y ferrocarriles nacionales” (art. 156,27) y además, la deben ejercer los Estados sujetos a “la coordinación con el Poder Nacional,” que éste debe regular.

d. *Administración de puertos y aeropuertos comerciales*

La Constitución, también siguiendo la política de descentralización de competencias efectuada a favor de los Estados por el artículo 11,5 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989, constitucionalizó la previsión legal, e igualmente asignó competencia exclusiva a los Estados en materia de “la conservación, administración y aprovechamiento de... puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional”¹⁵ (art. 164,10).

¹³ Véase en G.O. N° 37.753 del 14-08-2003.

¹⁴ V. Carlos Ayala Corao, “Naturaleza y alcance de la descentralización estatal” en Allan R. Brewer-Carías *et al.*, *Leyes para la Descentralización Política de la Federación*, Caracas 1994, pp. 99 y ss.; Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y Ordenamiento Constitucional*, Caracas 1999, pp. 122 y ss.

¹⁵ Véase sentencia de la Sala Constitucional, n° 2495, caso *Estado Carabobo vs Decreto 1.436 con Fuerza de Ley General de Puertos de fecha 19 de Diciembre de 2006*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/2495-191206-02-0265.htm>

En esta materia, sin embargo, la competencia exclusiva estatal es de ejercicio parcial, pues el Poder Nacional tiene competencia en materia de “el régimen de... los puertos, aeropuertos y su infraestructura” (art. 156,26) y, en todo caso, la competencia exclusiva estatal debe ejercerse “en coordinación con el Poder Nacional” conforme al régimen que se establezca en la legislación nacional.

C. Las materias de la competencia exclusiva del Poder Municipal en cuanto concierne a la vida local

El artículo 178 de la Constitución contiene una larga enumeración de materias que se atribuyen a los Municipios, pero en la mayoría de los casos no son materias de la competencia exclusiva de los mismos. Lo que es exclusivo de los Municipios es “el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, *en cuanto concierne a la vida local*”, es decir, los aspectos de esas materias que “*conciernen a la vida local*”, pero las materias, en sí mismas, abarcan competencias atribuidas concurrentemente al Poder Nacional y al Poder Estatal.

Entre esas materias asignadas a los Municipios en el artículo 178 están, precisamente, las siguientes referidas a infraestructura: la ordenación territorial y urbanística (ord. 1); arquitectura civil, nomenclatura y ornato público; vialidad urbana (ord. 2); circulación y ordenación del tránsito de vehículos y personas por vías municipales (ord. 2); servicios de transporte público urbano de pasajeros (ord. 2). A este listado debe agregarse la competencia municipal en materia de “obras públicas municipales” dado que el artículo 156,20 atribuye al Poder Nacional competencia exclusiva sólo en materia de obras públicas *nacionales*.

D. El contraste del régimen constitucional de intervención del Poder Nacional en materia de competencias concurrentes

Aparte de las competencias exclusivas de los tres niveles territoriales del Poder Público, la gran mayoría de las materias referidas a las competencias que en los artículos 156, 164 y 178 se distribuyen entre los mismos, en realidad, son materias de la competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios, o entre la República y los Municipios o entre la República y los Estados, quedando su precisión, en ausencia de una "enumeración" constitucional (como las relativas a la salud, educación, servicios sociales, ordenación del territorio, medio ambiente, promoción de la agricultura, ganadería, industria y comercio, defensa civil, promoción de la ciencia y la tecnología, deporte y servicios públicos)¹⁶, a lo que disponga la ley nacional.

En todo caso, son estas materias de competencias concurrentes las que conforme al artículo 165 de la Constitución deben ser reguladas mediante *leyes de bases*¹⁷ dictadas por el Poder Nacional y, además por *leyes de desarrollo* que deben sancionar los Consejos Legislativos de los Estados.

Lo importante a destacar aquí es que estas *leyes de base* no pueden referirse a las materias de la competencia exclusiva, global o parcial, que se asignan a los Estados indicadas en el artículo 164, sino sólo a las materias de la competencia *concurrente*. Además, esas leyes, en todo caso, conforme al artículo 206 de

¹⁶ Ello sin embargo, no se hizo, lo que originó nuestro voto salvado al respecto. Véase en Allan R. Brewer-Carías, *Debate Constituyente, (Aportes a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Tomo III, (18 octubre-30 noviembre de 1999), Fundación de Derecho Público-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1999, pp. 193 y 194.

¹⁷ Cuya noción, que estaba en el proyecto de Constitución discutido en la Asamblea Constituyente (art. 203), pero fue eliminado en el texto sancionado. Véase en general, Véase José Peña Solís, "Dos nuevos tipos de leyes en la Constitución de 1999: leyes habilitantes y leyes de bases", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCV*, N° 119, Caracas, 2000, pp. 79-123.

la Constitución, durante el proceso de su discusión, deben obligatoriamente someterse a consulta de los Estados, a través de los Consejos Legislativos.

III. EL INTENTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2007, RECHAZADA POR EL PUEBLO, PARA CAMBIAR LAS BASES DE LA FORMA FEDERAL DEL ESTADO

La forma federal del Estado y la distribución territorial de competencias establecidas en los artículos 156 y 164 de la Constitución, fue uno de los temas a los que se refirió la reforma constitucional que a iniciativa del Presidente de la República, se pretendió aprobar durante el año 2007, y que fue rechazada por el pueblo en referendo de 2 de diciembre de 2007, con la cual expresamente se buscaba modificar el mencionado sistema, centralizando aún más al Estado.

En efecto, tanto en las *Propuestas de Reforma Constitucional* que formuló la Comisión Presidencial para la Reforma Constitucional en junio de 2007,¹⁸ como en el *Anteproyecto para la 1era. Reforma Constitucional* presentado por el Presidente de la República el 15 de agosto de 2007 ante la Asamblea Nacional¹⁹ y que la misma sancionó en noviembre de 2007, en relación con la distribución de competencias públicas entre los tres niveles territoriales de gobierno, por

¹⁸ El documento circuló en junio de 2007 con el título "Consejo Presidencial para la Reforma de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, "Modificaciones propuestas". El texto completo fue publicado como *Proyecto de Reforma Constitucional. Versión atribuida al Consejo Presidencial para la reforma de la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela*, Editorial Atenea, Caracas, 1 de julio de 2007.

¹⁹ Véase el documento ya citado: *Proyecto de Exposición de Motivos para la Reforma Constitucional, Presidencia de la República, Proyecto Reforma Constitucional. Propuesta del presidente Hugo Chávez Agosto 2007*; y la publicación *Proyecto de Reforma Constitucional. Elaborado por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías* Editorial Atenea, Caracas agosto 2007.

una parte, se buscaba terminar de centralizar materialmente todas las competencias del Poder Público en el nivel nacional, mediante la asignación de nuevas competencias al Poder Nacional, centralizándose las competencias que se atribuyen en la Constitución a los Estados, que se buscaban eliminar; y por la otra, se pretendía terminar de vaciar a los Estados y Municipios de las competencias que le quedan en la Constitución, mediante la obligación que se les imponía de transferir sus competencias a los Consejos Comunales, con lo que en definitiva hubieran quedado como entequequias vacías.²⁰

En cuanto a la centralización de competencias en el nivel nacional en particular se buscaba atribuir al Poder Nacional, en el artículo 156,27, es decir se pretendió "nacionalizar" la competencia que el artículo 164,10 de la Constitución de 1999 atribuye a los Estados en materia de la conservación, administración y aprovechamiento de autopistas y carreteras nacionales, lo que hubiera implicado la modificación de los ordinales 9 y 10 del artículo 164 de la Constitución, que como se ha visto, asignan competencia a los Estados en materia de "la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Ejecutivo Nacional."²¹

Ahora bien, como se dijo, la reforma constitucional propuesta fue rechazada expresa y abrumadoramente por el pueblo en el referendo de diciembre de 2007,²² por lo que la competencia de

²⁰ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Hacia la Consolidación de un Estado Socialista, Centralizado, Policial y Militarista. Comentarios sobre el sentido y alcance de las propuestas de reforma constitucional 2007*, Colección Textos Legislativos, No. 42, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 43 ss.

²¹ Véase Allan R. Brewer-Carías, *La Reforma Constitucional de 2007 (Comentarios al Proyecto Inconstitucionalmente sancionado por la Asamblea Nacional el 2 de Noviembre de 2007)*, Colección Textos Legislativos, No. 43, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2007, pp. 75 ss.

²² El proyecto de reforma constitucional sólo recibió el voto favorable del 28% de los votantes inscritos en el Registro Electoral. Como aún en julio de 2008 no se

los Estados establecida en el referido artículo 164,¹⁰ quedó sin modificación, estableciendo lo que establece, es decir, diciendo lo que dice, sin que exista duda alguna sobre su redacción o sentido, cuando atribuye expresamente a los Estados competencia "exclusiva" para conservar, administrar y aprovechar las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional. Tan clara es la disposición que, precisamente por ello, el régimen autoritario existente en el país propuso su reforma para centralizar o "nacionalizar" la competencia, lo cual afortunadamente fue rechazada por el pueblo.

Sin embargo, en fraude a la Constitución y utilizando al Juez Constitucional que ha estado a su servicio,²³ el régimen autoritario ha logrado burlar la voluntad popular y ha logrado obtener de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, una "interpretación constitucional" contraria a la norma, habiéndose producido una usurpación ilegítima de la voluntad popular y una ilegítima "mutación constitucional" sin cambiar formalmente el texto de la Constitución.²⁴

conocen los resultados definitivos de la votación en el referendo, si sólo se toma en cuenta los resultados anunciados por el Consejo Nacional Electoral el día 2 de diciembre de 2007 en la noche, del un universo de más de 16 millones de electores inscritos, sólo acudieron a votar 9 millones doscientos mil votantes, lo que significó un 44% de abstención; y de los electores que votaron, sólo votaron por aprobar la reforma (voto SI), 4 millones trescientos mil votantes, lo que equivale sólo al 28 % del universo de los electores inscritos en el Registro Electoral o al 49,2% de los electores que fueron a votar. En dicho referendo, por tanto, en realidad, no fue que "trionfó" el voto NO por poco margen, sino que lo que ocurrió fue que la propuesta de reforma fue rechazada por el 72% de los electores inscritos, quienes votaron por el NO (50,7%) o simplemente no acudieron a votar para aprobar la reforma.

²³ Véase Allan R. Brewer-Carías, *Crónica sobre la "In" Justicia Constitucional. La Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas 2007.

²⁴ Una mutación constitucional ocurre cuando se modifica el contenido de una norma constitucional de tal forma que aún cuando la misma conserva su contenido, recibe una significación diferente. Véase Salvador O. Nava Gomar, "Interpretación, mutación y reforma de la Constitución. Tres extractos" en Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), *Interpretación Constitucional*, Tomo II,

Por tanto, no sólo se trata de una mutación constitucional ilegítima e inconstitucional, sino que ha sido hecha en fraude a la Constitución, es decir, al procedimiento de revisión de la misma.

Ello ocurrió mediante sentencia de No. 565 de 15 de abril de 2008²⁵, en la cual, la Sala Constitucional a petición del Procurador general de la República resolvió que la competencia exclusiva antes mencionada que tienen los Estados, ya no es una competencia exclusiva, sino concurrente y sujeta a la voluntad del Ejecutivo Nacional, el cual puede intervenirla y reasumirla. Para dictar la sentencia mencionada, la Jurisdicción Constitucional no sólo desconoció el principio de la supremacía constitucional que se impone a todos los órganos del Estado, incluyendo al Juez Constitucional, sino que ejerció ilegítimamente su potestad de interpretación de la Constitución para mutarla, es decir, modificarla sin alterar su texto.

IV. LA FRAUDULENTE MUTACIÓN DE LA FORMA FEDERAL DEL ESTADO POR LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

En efecto, como se dijo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con la impunidad que le garantiza el ser el más alto Tribunal de la República, ha usurpado la voluntad popular y el poder constituyente que corresponde al pueblo, y ha "modificado" la Constitución, cambiando la forma federal del Estado, al trastocar el sistema de distribución territorial de competencias entre el Poder Nacional y los Estados de la federación en materia de infraestruc-

Ed. Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 804 ss. Véase en general sobre el tema, Konrad Hesse, "Límites a la mutación constitucional", en *Escritos de derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992.

²⁵ Véase sentencia de la Sala Constitucional, n° 565, caso *Procuradora General de la República*, recurso de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999 de fecha 15 de Abril de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm>

tura para la circulación y transporte, "nacionalizando" (centralizando) competencias exclusivas en contra de lo expresamente previsto en la Constitución.

El artículo 164,10 de la Constitución, como se dijo, asignó competencia *exclusiva* a los Estados, en materia de "La conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional."

Sin embargo, la Sala Constitucional, en sentencia No. 565 de 15 de abril de 2008²⁶, dictada con motivo de decidir un recurso autónomo de interpretación de dicho artículo formulado por el propio representante de la República (Poder nacional), el Procurador General de la República, pura y simplemente "modificó" esta norma constitucional y dispuso, como interpretación vinculante de dicho artículo, que esa "competencia exclusiva" *no es tal competencia exclusiva*, sino que es una competencia concurrente y que, incluso, el Poder Nacional puede revertir a su favor la materia supuestamente "descentralizada" eliminando toda competencia de los Estados.

La Sala Constitucional, en efecto, decidió que la Administración Nacional "en ejercicio de la potestad de coordinación pueda asumir directamente la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial," y que "corresponde al Ejecutivo Nacional por órgano del Presidente de la República en Consejo de Ministros, decretar la intervención para asumir la prestación de servicios y bienes de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial," en aquellos casos que

²⁶ Véase sentencia de la Sala Constitucional, n° 565, caso *Procuradora General de la República*, recurso de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999 de fecha 15 de Abril de 2008, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-07-1108.htm>

la prestación del servicio “por parte de los Estados es deficiente o inexistente.”

Esa decisión del Juez Constitucional, más que una “interpretación” de la Constitución lo que contiene es una ilegítima mutación de la misma, que responde a la tendencia centralizante del régimen autoritario al cual sirve y que constituye una usurpación de la soberanía popular a la cual está reservado el poder constituyente.

1. La solicitud de interpretación formulada por el Ejecutivo Nacional ante la Sala Constitucional

Como se dijo, fueron los abogados de la Procuraduría General de la República, institución que ejerce la representación judicial de la república (Poder Nacional), quienes el 26 de julio de 2007 interpusieron un recurso autónomo de interpretación ante la Sala Constitucional de la norma contenida en el numeral 10 del artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referido al tema de la “coordinación con el Ejecutivo Nacional de la competencia exclusiva atribuida a los Estados para conservar, administrar y aprovechar las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos.”

El recurso se fundamentó en la supuesta “incertidumbre jurídica en cuanto al alcance y límites de su competencia” que existía en el Ministerio de Infraestructura, el cual “sin invadir las competencias atribuidas a los Estados,” consideraba que el precepto mencionado “*no es lo suficientemente claro para lograr establecer de una forma eficiente y precisa el ámbito y forma de actuación del Ejecutivo Nacional, respecto a la coordinación con los Estados de la administración, conservación y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial.*”²⁷

²⁷ La situación concreta que originó la consulta, según se narra en la sentencia, se refería “a la coordinación con el Estado Trujillo de la administración, conservación y

En definitiva, la interpretación del artículo 164,10 de la Constitución se solicitó, dada “la ambigüedad que envuelve a la naturaleza de la relación de coordinación entre los estados y el Ejecutivo Nacional, respecto a las potestades de administración, conservación y aprovechamiento, genera numerosos inconvenientes de orden interpretativo en la diaria gestión del Ministerio del Poder Popular para la Infraestructura”, con el objeto de que la Sala estableciera con claridad lo siguiente:

”1.- Naturaleza jurídico-constitucional de la relación de coordinación que vincula la competencia de los estados con el Ejecutivo Nacional; y [el] (...) 2. Ámbito de actuación del Ejecutivo Nacional en cuanto a la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, en virtud de la relación de coordinación que vincula la competencia de los estados con el Ejecutivo Nacional...”

La solicitud de interpretación, por tanto, se hizo respetando la competencia exclusiva de los Estados, sin intención de invadirla, referida al alcance de la “coordinación” que corresponde al Ejecutivo nacional. El resultado, sin embargo, fue distinto, pues la Sala de oficio reformó la Constitución, y pura y simplemente, eliminó la competencia exclusiva de los Estados en la materia, y la convirtió en una competencia concurrente sujeta a la técnica puntual de “descentralización” que puede ser intervenida, revertida y reasumida por el Poder Nacional.

aprovechamiento del Puerto La Ceiba, ubicado en el Municipio La Ceiba de dicho estado, cuya propiedad pertenece a la República y que en fecha 19 de noviembre de 1990, fue dado en concesión por el extinto Instituto Nacional de Puertos a la sociedad mercantil Suramericana de Puertos, C.A., por un lapso de veinte años.” *Cfr.* Sentencia No 565 de la Sala Constitucional, (Caso *Procuradora General de la República, recurso de interpretación del artículo 164.10 de la Constitución de 1999*) de 15-04-2008, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/565-150408-071108.htm>

2. La argumentación malabarista de la Sala Constitucional para resolver la supuesta "confusión" constitucional.

Para efectuar esa ilegítima mutación de la Constitución, la Sala comenzó por afirmar que la redacción del artículo 164.10 constitucional resultaba "confusa, en lo relativo a la *coordinación* entre el Ejecutivo Nacional y los Estados en ejercicio de las *denominadas* competencias exclusivas de dichos entes político territoriales," lo cual supuestamente generaba "una aparente antinomia que debe resolverse a fin de viabilizar la gestión eficaz y eficiente de los servicios públicos de puertos y aeropuertos de uso comercial, así como de las carreteras y autopistas nacionales."

Para resolver la confusión, la Sala Constitucional se refirió a "la competencia *normativa* del Poder Público Nacional y Estatal respecto de las materias reguladas en el artículo 164.10 de la Constitución," indicando que la interpretación del alcance y sentido de dicha norma, exigía un "análisis concatenado" con el artículo 156.26 de la Constitución, pues "la materia de navegación, transporte aéreo, terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional, puertos, aeropuertos y su infraestructura, es competencia del Poder Público Nacional;" según el cual, "al Poder Público Nacional, le corresponde legislar" sobre dichas materias desde el momento que dicha norma "otorga al Poder Legislativo Nacional, la competencia para dictar *el régimen*", cuya acepción es precisamente la de un "conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad."

En cuanto al artículo 164.10 de la Constitución, la Sala estimó que la misma atribuye al Poder Público Estatal la competencia "*exclusiva*", de "conservar, administrar y aprovechar las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial que se encuentren dentro de la jurisdicción de que se trate." De esta concurrencia de competencias que ostentan tanto

el Poder Público Nacional como el Estatal, dedujo la Sala que en la materia, el Poder nacional y los Estados tienen competencia “en diversos grados ... pues al legislador nacional le compete elaborar el régimen general” de las mismas, y a los Estados les compete “la conservación, administración y aprovechamiento” de dicha infraestructura.

En otras palabras, la Sala Constitucional estimó que conforme al artículo 156.26 de la Constitución, compete al legislador nacional no solo “definir el contenido de ese régimen o legislación básica en materia de navegación, transporte de carácter nacional, puertos, aeropuertos y su infraestructura” sino en consecuencia, *regular* “la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial.”

Ello sin embargo, es contrario a la Constitución, pues en la materia de conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, el artículo 164,¹⁰ no estableció una materia de “competencia concurrente” sino de competencia *exclusiva* de los Estados, por lo que en la materia, es falso que haya una “asignación de la *legislación básica* al nivel nacional del ejercicio del Poder Público, y la *legislación de desarrollo* de ésta al nivel estatal”, que sólo existe, constitucionalmente, en materias de competencia *concurrente* y no en los casos de competencias exclusivas.

La Sala, en efecto, erradamente dijo:

“Ciertamente, esa homogeneidad o estandarización por normas de rango legal, que viabilizan la consecución de un funcionamiento eficaz y adecuado de la prestación de servicios y bienes a los intereses generales de la nación, sólo es posible si el nivel nacional en ejercicio del Poder Público,

determina una normativa básica que delimite la actividad que en ejecución de la competencia concurrente desplieguen los Estados.”

Es decir, la Sala Constitucional desconoció el carácter de competencia exclusiva de los Estados en esta materia, y la trastocó, contrario a la Constitución, en competencia concurrente, reconociéndole entonces al Poder nacional poderes que no tiene en la Constitución como fijar los “principios o pautas generales en cuanto al funcionamiento o a la prestación igualitaria de los servicios, sino que puede incidir en la planificación de las actividades, en la organización interna del ente ejecutor, en la creación de órganos mixtos y en otros aspectos similares;” y todo ello, porque el artículo 164.10 de la Constitución somete la conservación, la administración y el aprovechamiento que hagan de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial a los estados a la “*coordinación con el Ejecutivo Nacional*”. De ello, concluyó la Sala que las normas constitucionales supuestamente permiten “que el legislador nacional intervenga en un mayor grado con su regulación sobre la ejecución, conservación y administración que de las carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial hicieren los Estados en coordinación con el Ejecutivo Nacional,” lo cual no tiene asidero constitucional alguno.

De lo anterior, la Sala volvió a referirse, en su sentencia, a la existencia de una “aparente contradicción” entre “la *coordinación* entre el Ejecutivo Nacional y los Estados en ejercicio de las *denominadas competencias exclusivas* de dichos entes político territoriales,” y para resolverla, se refirió a “los antecedentes constitucionales de la descentralización político territorial regulada en los artículos 136.20 y 137 de la Constitución de 1961 y desarrollada por los artículos 11.3 y 11.5 la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público”

de 1989. Sin embargo, la Sala pasó por alto que en la materia, la norma del artículo 11,3 de la mencionada Ley Orgánica de Descentralización que se refería a la “transferencia” a los Estados de la competencia exclusiva en la “la conservación, administración y aprovechamiento de las carreteras, puentes y autopistas en sus territorios”, había quedado tácitamente derogada con la previsión de la Constitución de 1999 (art. 164,10); y más bien se refirió a la reforma parcial de dicha Ley de 2003, que reprodujo las disposiciones de la de 1989 sin que el Legislador hubiera tenido el cuidado de adaptarla a la nueva Constitución, particularmente en cuanto al cambio de naturaleza de la competencia, que en lugar de ser concurrente pasó a ser exclusiva de los Estados.

En tal sentido la Sala expresó erradamente, como si la Constitución de 1999 nada hubiera cambiado y la Ley de Descentralización de 1989 reformada en 2003 hubiera seguido íntegramente en vigencia, que:

“En tal sentido, la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público reguló un conjunto de competencias concurrentes, las cuales permiten la gestión coordinada de la República y los Estados; la posibilidad de la República de transferir esas competencias concurrentes a los Estados mediante el procedimiento establecido en la ley y, en caso de haberse verificado la transferencia de competencias, prevé la posibilidad de una reversión por parte del Ejecutivo Nacional con fundamento en razones de mérito, oportunidad y conveniencia.”

De estas normas de la Ley Orgánica, la Sala pasó a argumentar sobre las competencias exclusivas de los Estados sobre las “vías terrestres estatales” (artículo 164,9) y trastocó el sentido de la norma constitucional del artículo 164,10 al indicar que lo que regulaba era “la competencia de conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como

de puertos y aeropuertos de uso comercial conforme al contenido del artículo 164.10, *conjuntamente con el Ejecutivo Nacional* (y no al Poder Público Nacional, cuya competencia es de naturaleza normativa y no de gestión)", lo que no está establecido en la Constitución. Una cosa es una competencia exclusiva de los Estados que deben ejercer en coordinación con el Ejecutivo Nacional, y otra cosa en el ejercicio conjunto de competencias entre los Estados y el Ejecutivo Nacional, lo que no está regulado en la Constitución.

De esta falsedad, la Sala pasó a referirse a otro tema relativo al origen de las inversiones y a la naturaleza de los bienes de la infraestructura vial resultante de las mismas, señalando que en materia de construcción de "puentes y vías terrestres estatales" los mismos son de competencia exclusiva y originaria de los Estados no sólo en virtud de su carácter regional, sino fundamentalmente debido a su origen demanial; y que en cuanto a las "carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial nacionales (no Estatales)", resultado de la "ejecución de planes de desarrollo realizados directamente por el Poder Nacional", la Sala los consideró como "bienes y servicios cuya titularidad corresponde a la República, ya que los mismos son producto de la inversión de ese ente político territorial dado su carácter de obras y servicios de interés nacional." Hasta aquí la Sala Constitucional no hizo otra cosa que parafrasear, en algunos casos erradamente, la Constitución, pero para llegar a una conclusión falsa: que como las carreteras y puentes nacionales son bienes de la República, lo que es obvio, "en caso de haber sido transferidos a los Estados *pueden ser cogestionados por éstos a través de convenios, pero también reasumidos por el Poder Público Nacional mediante un procedimiento de reversión, ya que la titularidad originaria de los mismos le corresponde a la República.*"

Simplemente, para argumentar en esta forma, la Sala Constitucional se olvidó que fue la propia Constitución de 1999 la que

declaró como competencia *exclusiva* de los Estados, la “conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial,” independientemente y sin desconocer que se trate de bienes nacionales; y ninguna importancia tiene el que se pueda calificar como servicio público la gestión de esas competencias, en los términos de los artículos 106 al 109 de la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, del artículo 22 de la Ley General de Puertos y en lo relacionado a los aeropuertos comerciales, y de los artículos 44, 45 y 62 de la Ley de Aeronáutica Civil. La verdad es que esas citas legales son inocuas y en nada influye el que se trate de actividades de servicio público a los efectos de la competencia exclusiva de los Estados.

Y de esta referencia a los servicios públicos, de la nada, la Sala concluyó afirmando, lapidariamente, que:

“cuando el artículo 164 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala que los Estados tienen exclusividad sobre las competencias descritas en el numeral 10 -y no así en el resto del contenido normativo del artículo sub examine-, debe interpretarse en el sentido que sólo los Estados como entes político territoriales pueden ser objeto de una descentralización territorial sobre dichas materias, lo cual no excluye la descentralización funcional o la cogestión, sobre bienes y servicios cuya titularidad originaria mantiene la República.”

Es decir, la Sala se olvidó que no fue la Ley de Descentralización de 1989 ni su reforma de 2003 la que “descentralizó” en los Estados la competencia mencionada, sino que fue la propia Constitución de 1999, directamente, la que constitucionalizó la transferencia de competencia que se había efectuado en 1989, calificándola ahora como “competencia exclusiva” de los Estados. Como tal, la misma ni es una competencia de ejercicio “conjunto” con órganos del Poder Nacional, ni estos pueden “reasumirla” en forma alguna; y el hecho

de que los puertos o aeropuertos comerciales, autopistas, carreteras y puentes sean "nacionales", en tanto bienes públicos, no autoriza en forma alguna como lo afirmó la Sala, que "Ejecutivo Nacional, podrá ejercer competencias exorbitantes como la *intervención* en aras de garantizar la continuidad, calidad, y normalidad de tales servicios; hayan sido o no, transferidos a los Estados."

Después de estas afirmaciones sin asidero constitucional, la Sala Constitucional pasó a analizar teóricamente el tema de la distribución territorial de competencias en la Constitución en el sentido de que no puede ser interpretada en el sentido de postular "una distribución de competencias formulada conforme al modelo de separación absoluta de competencias," la cual consideró incompatible con el sistema federal venezolano el cual consideró, citando una anterior sentencia de la Sala N° 2.495/06, que seguía el "modelo de federación descentralizado cooperativo."²⁸ En este contexto, la Sala pasó entonces a analizar el sentido de voz "*coordinación*" en el artículo 164.10 de la Constitución, considerando que "implica la integración de órganos y entes a un objetivo, la jerarquía o superioridad del ente u órgano que coordina y la estandarización de la prestación de un servicio o bien público."

Después de este argumento, que nada agrega, la Sala Constitucional pasó inmediatamente a "modificar" la Constitución en la materia de la competencia exclusiva de los Estados en la "conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial", distinguiendo las situaciones que pudieron haber resultado de la ejecución de la Ley de Descentralización de 1998, y que en todo caso no era procedente hacer, pues la Constitución de 1999 derogó en la materia, la norma de aquella Ley.

²⁸ Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional, No. 2495 (Caso *Estado Carabobo vs Decreto 1.436 con Fuerza de Ley General de Puertos*) de 19-12-2006, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Diciembre/2495-191206-02-0265.htm>

En efecto, la Sala pasó a hacer una distinción inexistente después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, entre: (i) que la “competencia en materia de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial no la ejerzan los Estados;” (ii) que la ejerzan “parcialmente” o, (iii) que “a pesar de haber sido transferidas el servicio prestado es deficiente o inexistente.” Esta distinción no es posible hacerla después de que la Constitución de 1999 entró en vigencia, en la cual se asignó a los Estados competencia exclusiva en la materia, independientemente de que algunos no la hubieran asumido.

Por tanto, en cuanto a la primera hipótesis, es falso que después de 1999, la misma pudiera existir, y menos que conforme lo decidió la Sala Constitucional, en caso de que no se hubiese producido conforme a la Ley de Descentralización de 1989 y durante la vigencia de la Constitución de 1961 “la correspondiente transferencia”, después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, corresponda entonces a la República continuar:

“prestando el servicio y mantenimiento de los bienes, de carreteras y autopistas nacionales, así como de puertos y aeropuertos de uso comercial, según sea el caso, lo cual genera no sólo la obligación de administrar y conservar, sino la posibilidad de aprovecharse de los mismos, en aquellos casos que exista una contraprestación por el ejercicio de tales competencias.”

Esto no es más que una burda e ilegítima mutación del contenido del artículo 164,10 de la Constitución de 1999 que al contrario, sin distingo alguno atribuye esa materia a la competencia “exclusiva” de los Estados, sin perjuicio de que en la ejecución de la misma deba haber una coordinación con el Ejecutivo Nacional.

Es también igualmente falsa la segunda hipótesis que distinguió la Sala, referida a los casos en los cuales los Estados hubieran asumido conforme a la Ley de Descentralización de 1989, la competencia de conservación, administración y aprovechamiento de carre-

teras y autopistas nacionales, y que en la misma pudiera suceder que conforme a supuestos “convenios interadministrativos”, “la República pudiera ejercer las competencias de conservación, administración y aprovechamiento de manera directa, conforme a la correspondiente ley y demás normas aplicables.” Ello simplemente sería violatorio de la Constitución.

En cuanto a la tercera hipótesis, cuando se hubiera producido la transferencia a los Estados de las competencias para la conservación, administración y aprovechamiento del servicio o bien, es falso que en caso de que “la prestación del servicio o bien por parte de los Estados es deficiente o inexistente, resulta ineludible que en estos supuestos se deba producir una *intervención* directa del Poder Público Nacional; y menos que “la Administración disponga de un *poder general implícito* o de la cláusula general de orden público, para poder condicionar, limitar o intervenir los derechos y libertades constitucionalmente proclamados en orden a una hipotética articulación de los mismos con la utilidad común o general.” No sólo ello es contrario a la garantía de la reserva legal, sino que no está regulado en la Constitución, y además, fue el artículo 164 de la misma y no la ley de 1989 el que definió la distribución de competencias, no disponiendo nada sobre la supuesta prestación deficiente del servicio y la potestad del Poder Nacional de “intervenir” el servicio, lo cual, por lo demás, no hay forma cómo la Sala pueda convertirlo en algún “poder implícito” de la República para desconocer el principio de legalidad que exige que las competencias estén consagrada en norma expresa. Y menos puede argumentar la Sala que en estos caso, pudiera el Ejecutivo Nacional, supuestamente tener “facultad de ejercer la *reversión* de la transferencia conforme al ordenamiento jurídico”, ya que la tal “transferencia” si se produjo fue por la Constitución de 1999 y no por alguna Ley o convenio.

3. *La ilegítima "mutación" de la Constitución por la Sala constitucional*

Después de todos los argumentos y malabarismos interpretativos realizados por la Sala Constitucional, antes analizados, la misma pasó a modificar el contenido del artículo 164,10 de la Constitución que atribuye a los Estados *competencia exclusiva* en materia de "la conservación, administración y aprovechamiento de carreteras y autopistas nacionales, así como de los puertos y aeropuertos de uso comercial, en coordinación con el Poder Nacional," y en su lugar dispuso como interpretación vinculante de dicha norma, que la misma no dice lo que dice, sino que lo que dice lo contrario:

a. Que no se trata de una competencia exclusiva, sino de una *competencia concurrente* sobre la cual el legislador nacional debe "establecer mediante *leyes de base* reguladoras ... de las *competencias concurrentes*, de la República con los Estados y los Municipios, sino también de las de estos últimos entre sí."

b.- Que los Estados *no tienen la competencia exclusiva que la Constitución les asigna* sino que lo que pueden es "ejercer *conforme a la legislación base* y en coordinación con el Ejecutivo Nacional la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, *previa transferencia de competencias conforme al procedimiento de descentralización territorial*."

c. Que, por tanto, la Constitución no ha dispuesto distribución de competencias alguna en esta materia a favor de los Estados, sino que estos pueden sólo ser destinatarios "de una descentralización territorial" en la materia. Por ello, la Sala fue terminante en afirmar que "Sólo los Estados como entes político territoriales pueden ser objeto de una descentralización territorial sobre dichas materias."

d. Que los Estados no tienen la competencia exclusiva que les asigna la Constitución, en materia de carreteras y autopistas nacionales, así como de los puertos y aeropuertos de uso comercial

nacionales (no Estatales), que son bienes y servicios nacionales; y que sólo en caso de sean “transferidos a los Estados (descentralización funcional) pueden ser cogestionados por éstos a través de convenios, pero también *revertidos*, ya que la titularidad originaria de los mismos le corresponde a la República, conforme al ordenamiento jurídico vigente.” Sin embargo, de acuerdo con la Sala Constitucional, en estos casos, “se concibe que la Administración en ejercicio de la potestad de coordinación pueda *asumir directamente* la conservación, administración y el aprovechamiento de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, en aras de mantener a buen resguardo los derechos de los usuarios a la prestación de un servicio público en condiciones de calidad.”

En estos casos, sin base constitucional o legal alguna, la Sala Constitucional dispuso que “corresponde al Ejecutivo Nacional por órgano del Presidente de la República en Consejo de Ministros, decretar la intervención para asumir la prestación de servicios y bienes de las carreteras y autopistas nacionales, así como los puertos y aeropuertos de uso comercial, en aquellos casos que a pesar de haber sido transferidas esas competencias, la prestación del servicio o bien por parte de los Estados es deficiente o inexistente, sobre la base de los artículos 236 y 164.10 de la Constitución”. Después de una ilegítima “mutación constitucional” de esta naturaleza, realizada mediante interpretación vinculante, que trastocó el orden jurídico, como lo dijo la propia Sala, “genera una necesaria revisión y modificación de gran alcance y magnitud del sistema legal vigente.” Por ello no pudo la Sala Constitucional concluir en otra forma que no fuera advirtiendo “de oficio y por razones de orden público constitucional, ... que el contenido de la presente decisión debe generar una necesaria revisión y modificación del ordenamiento jurídico legal vigente,” para lo cual exhortó a la Asamblea Nacional que “proceda a la revisión y correspondiente modificación

de la normativa legal vinculada con la interpretación vinculante establecida en la presente decisión²⁹, en orden a establecer una regulación legal congruente con los principios constitucionales y derivada de la interpretación efectuada por esta Sala en ejercicio de sus competencias." Es decir, la Sala conminó al legislador a legislar en contra de la Constitución de 1999, y conforme a una ilegítima modificación constitucional de la misma impuesta por la propia Sala.

APRECIACIÓN FINAL

Con esta sentencia, la Sala Constitucional de Venezuela lo que ha hecho es poner en evidencia el peligro que representa para el Estado constitucional de derecho y para la legitimidad de la justicia constitucional, que el órgano encargado de ejercerla sea un órgano sometido al Poder, instrumento del autoritarismo, que en frases de Sagües, mediante la "manipulación interpretativa", lamentablemente puede conducir al "bastardeo" o "perversión" de la Constitución al convertir en "tramposa" la propia interpretación.³⁰ Por ello, con razón ha dicho Sagües, que "las interpretaciones constitucionales inocentes no abundan demasiado: un jurista ingenioso podrá hacerle decir a la misma cláusula de la ley suprema blanco o negro, verde o azul, según ese 'intérprete' guste o el gobernante de turno prefiera."³¹ Y esto es lo que ha ocurrido en este caso, en el cual, como se ha visto, la Sala Constitucional una vez rechazada por el pueblo una reforma constitucional, ha hecho que la norma de la Constitución de 1999 que el Poder autoritario quería reformar,

²⁹ De ello resulta, según la sentencia, "la necesaria revisión general de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, Ley General de Puertos y la Ley de Aeronáutica Civil, sin perjuicio de la necesaria consideración de otros textos legales para adecuar su contenido a la vigente interpretación."

³⁰ Véase Néstor Pedro Sagües, *La interpretación judicial de la Constitución*, cit. p. 2

³¹ Idem, p. 2

diga ahora lo que se quería que dijera con la rechazada reformas, que es una cosa distinta de lo que efectivamente dice.

Y en este caso, lo peor es que los ciudadanos, el pueblo, quedan inermes, pues se les modifica su Constitución mediante una mutación ilegítima, sin su participación, y sin seguirse el procedimiento prescrito para su revisión; quedando entonces la pregunta de siempre, *Quis Custodiet Ipsos Custodes?*³² sin respuesta, pues el pueblo carece de mecanismos para exigir el control de los actos judiciales ilegítimos contrarios a la Constitución, salvo que no sea su desconocimiento conforme al artículo 350 constitucional.

New York, Mayo 2009

³² Véase Allan R. Brewer-Carías, "*Quis Custodiet Ipsos Custodes: De la interpretación constitucional a la inconstitucionalidad de la interpretación*", en *Revista de Derecho Público*, No 105, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2006, pp. 7-27

APLICACIÓN DE GARANTÍAS DE ORDEN PENAL EN EL DERECHO SANCIONADOR*

Roberto Oliva**

SUMARIO

I.- Actividad represiva de la administración. II. Principio de Legalidad. III. La Tipicidad. IV. Culpabilidad. V. Garantías Procesales o Adjetivas. VI. Nulla Poena Sine Iudicio. VII. Presunción de Inocencia. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

I. ACTIVIDAD REPRESIVA DE LA ADMINISTRACIÓN

En la actualidad la aceptación que la administración pública detenta el derecho de castigar a los administrados dista mucho de unanimidad. Buena parte de la familia jurídica estima que el ejercicio del ius puniendi debe residir exclusivamente en el Poder Judicial, acreditando al involucrado el derecho de su día en Corte, como dirían en el derecho anglosajón.

La teoría de la división de poderes debida al genio de Montesquieu, expuesta en el Capítulo VI del Libro Undécimo “De la Constitución de Inglaterra” de “El Espíritu de las Leyes” al asignar

* Este artículo es fruto de una Conferencia realizada en Puebla, México organizada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, en la mesa conformada por los Doctores Luigi Ferrajoli, Miguel Carbonell y Roberto Oliva.

** Ex-Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo (2 Períodos), Magistrado del Tribunal Supremo Electoral y Profesor de Derecho Administrativo y Procesal Administrativo de varias Universidades salvadoreñas.

las funciones a los diversos Poderes, concluye”: En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil

En virtud del primero, el príncipe o jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo del Estado”.¹

Lo del Espíritu de las Leyes no fue novedad, en aquella época, sus antecedentes se remontan a la Carta Magna en su Art. 2, a la que los barones ingleses sometieron a Juan Sin Tierra, consistente en que ningún hombre libre pudiera ser detenido, preso, exilado, ni de algún modo arruinado (*nullum libre homo capiatur vel imprisonetur aut dissaisiatur aut utlagetur aut exuletur aut alique modo detructur*), sino por *legale iudicium parium* y según la *lex terrae*. De este precepto –uno de los más prestigiosos del Derecho constitucional anglosajón– trae su origen la institución del jurado y la incapacidad represiva del monarca y del ejecutivo.²

El Derecho francés todavía resiste la embestida de la tendencia de dotar a las administraciones públicas de potestades cada vez más amplias en materia represiva. En el Derecho francés, en el que, como dice RIVERO, «*la tradición liberal prohíbe al ejecutivo entrar en el campo de la represión*», los jueces y Tribunales monopolizan también la punición de las conductas, cuando éstas afectan a la legislación administrativa, a través de los Tribunales de policía dentro de la justicia penal –en el que se da una triple clasificación de las conductas punibles: crímenes, delitos y contra-

¹ Montesquieu, *Del Espíritu de las leyes*, México, Editorial Porrúa, S.A., , 1982.

² Parada Ramón, *Derecho administrativo I*, parte general, Novena Edición, Editorial Marcial Pons, 1997.

venciones; y tres clases de Tribunales: los citados de policía, los Tribunales correccionales y los Tribunales para los crímenes— o del llamado *contencioso de represión* en la Jurisdicción administrativa.³

Debe reconocerse que el derecho comparado se orienta quizá irreversiblemente a proveer a la Administración Pública de potestades punitivas, cada vez con mayor amplitud. En los diversos países cada Ley contiene un título o capítulo dedicado exclusivamente a la actividad de imponer castigos a los ciudadanos, especialmente tratándose de entes reguladores, en que la gravedad y variedad de las sanciones carece de límites precisos. ¿Cómo se llegó a este estadio? ¿Por qué esa dualidad represora del Estado en delitos y penas por un lado e infracciones y sanciones administrativas por el otro?

Este problema surgió a consecuencia del mantenimiento en manos del Ejecutivo de poderes sancionatorios directos y expeditivos tras la gran revolución del sistema represivo que supuso la adopción del Derecho Penal legalizado y judicializado (*nullum crimen, nulla poena sine lege; nulla poena sine legale iudicium*), desde los orígenes mismos de la Revolución Francesa (el primer Código Penal fue el francés de 1791, dictado en aplicación de los principios penales contenidos en la Declaración de derechos de 1789, Código sustituido luego por el de 1810, no sustituido hasta recientemente). Las monarquías del XIX, aún las más alejadas de los principios revolucionarios, se apresuraron a adoptar el nuevo sistema represivo, más racionalizado y objetivo, pero no por eso abandonaron sus propios poderes sancionatorios, en virtud del viejo principio que en el siglo XVII expresaba así DOMAT: *L'Administration de la police renferme l'usage de l'autorité de la justice*.

La última raíz de este problema es una herencia del Antiguo Régimen y se encuentra en la imprecisa diferenciación de los

³ Parada Ramón, *Derecho administrativo I*, parte general, Novena Edición, Editorial Marcial Pons, 1997.

órganos gubernativos y judiciales. El Régimen constitucional, al separar cuidadosamente ambos Poderes, «casi» resolvió el problema; pero no del todo, puesto que dejó algunos extremos pendientes, como es cabalmente éste de la función sancionadora.

Las causas próximas y más concretas de la dificultad se derivan, por un lado y tal como se ha indicado, del hecho de la doble tipificación de las infracciones y, por otro, de la organización también dual de los órganos sancionadores.

En cuanto a las faltas o infracciones, en ocasiones aparecen en uno de estos dos bloques normativos: o bien en el Código Penal o bien en los Reglamentos generales o particulares. Si tal sucede, no hay problema. Pero éste surge inevitablemente cuando los mismos hechos se encuentran tipificados *simultáneamente* en ambos sectores del Ordenamiento Jurídico; de donde resulta que no se sabe si son faltas penales, infracciones administrativas o ambas cosas a la vez.

Conste, por lo demás, que el problema no es teórico sino eminentemente práctico y de gravísima trascendencia. Porque, si el sistema está montado sobre el principio de que las faltas penales deben ser reprimidas por los Tribunales de este orden y las infracciones administrativas por las Autoridades gubernativas, es evidente que, si no sabemos si los hechos constituyen falta penal o infracción (contravención) administrativa, tampoco podremos saber cuál es el órgano competente para sancionar.⁴

La ambigüedad apuntada carece en la actualidad de soluciones definitivas, objetivas y definidas.

De los resabios apuntados surgió un monstruo de infinitas cabezas y tentáculos que todo lo alcanza y somete a una serie incalculable de sanciones de inconmensurable gravedad.

⁴ Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Cuarta Edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2005.

Al anómalo crecimiento de la imposición de castigos de la autoría del Poder Ejecutivo, se adicionan a las deficiencias de los sistemas de justicia que se han visto rebasados en abundancia debido a la desproporcionada cantidad de ilícitos sometidos a su conocimiento y a lo que en la actualidad se denomina crisis de la justicia. Un mayor peso en el trabajo del Poder Judicial causaría el colapso completo.

Consideración aparte, la imposición de penas, por la dificultad probatoria que conlleva, ostenta carácter aleatorio, sin embargo, las sanciones administrativas son ciertas, nadie se escapa, la administración en muy raras ocasiones absuelve al inculpado.

Relacionado con lo anterior el fenómeno de la despenalización ha hecho su aparición. Muchos ilícitos penales han mutado a infracciones administrativas, ante la imposibilidad de incrementar el número de los internos en las cárceles y centros de detención.

En definitiva, en el siglo XXI la Administración Pública ha residenciado las más amplias potestades sancionatorias, en que las condenas se producen invariablemente y que cuantitativamente son muy superiores a las de los procesos judiciales del orden penal.

Las administraciones públicas detentan, en los Estados, el rol de castigador principal y privilegiado, sin que el particular afectado goce, en la práctica y en los hechos, de las garantías penales sustantivas y adjetivas, aún cuando se reconozcan a medias en la Legislación, Doctrina y Tribunales. Las administraciones públicas nunca pierden, cuando se proponen sancionar a un particular, ya que adoptan el doble papel de acusador y de órgano decisor. Cuando se promueve el procedimiento sancionador se obra con designio anticipado. La imparcialidad connatural a todo juez y jurados, en los hechos no funciona, se desvanece ab initio.

Lo más grave en este estado de cosas radicaba en que, no obstante el crecimiento inmoderado del ius puniendi de las Administraciones Públicas, el ciudadano común, sujeto pasivo de

tal potestad se encontraba desprovisto de toda clase de garantías, ya que las sanciones procedían por la simple inobservancia o contravención a las Leyes y en adición a los Reglamentos. El garantismo penal se entendía extraño al derecho sancionador de las Administraciones Públicas, sin ningún tipo de reservas y de manera pacífica, circunstancia poco habitual en estas materias, a pesar que las sanciones administrativas y las penas son ramas que derivan de un tronco común: el Derecho Punitivo del Estado.

En las últimas décadas del siglo XX surgió un movimiento jurídico con acentos y grados diversos, ensamblando un sistema de garantías para los administrados envueltos en procedimientos administrativos sancionadores, inspirados y con mucha similitud a los reconocidos en el Derecho Penal y Procesal Penal, desde los tiempos en que echaron raíces las ideas de Beccaria, expuestas en su Tratado de los Delitos y las Penas. Tales son: a) Principio de Legalidad; b) Principio de Tipicidad; c) Principio de Culpabilidad; d) Principio de Proporcionalidad; e) Principio de Irretroactividad de la Ley Penal en Perjuicio del Inculpado; f) Presunción de Inocencia; y g) Aplicación del Debido Proceso.

A casi todas las garantías se les da cabida, en términos generales, en el derecho sancionador de las administraciones públicas, sin embargo existen mediatizaciones que relajan su aplicación en beneficio del órgano que castiga en menoscabo de las garantías y en definitiva de la libertad del individuo.

Pasemos a analizar una a una las principales garantías y concluyamos.

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El Principio de Legalidad o Reserva Legal que se observa escrupulosamente a plenitud en el área penal y resumido con la máxima *nulla crimen nulla poena sine lege*, se ha hecho objeto de reparos y restricciones que comprometen o al menos lo han tornado

en parodia. El Salvador es un ejemplo de ello pero no el único Estado en relativizar el principio de legalidad en materia sancionatoria.

El Art. 14 de la Constitución Salvadoreña habilita a las autoridades administrativas a sancionar con multa o arresto hasta por cinco días la contravención a las leyes, ordenanzas y reglamentos. Acá se localiza un quiebre a la reserva legal. Reglamentos y ordenanzas derivados de las administraciones públicas crean infracciones y sanciones, ignorando que no hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.⁵

La Constitución mexicana explícitamente autoriza la senda reglamentaria para instituir infracciones y sanciones administrativas.

En el Reino de España se transita por la cobertura legal, minusválida forma de cumplir con el Principio de Legalidad considerándola bastante y suficiente abandonando la tradicional reserva absoluta. En definitiva, la diferencia entre el principio de reserva absoluta de ley –que opera en materia penal– y de «cobertura legal» –aplicable a las sanciones administrativas– es que, en el primer caso, la ley legitimadora ha de cubrir por entero tanto la previsión de la penalidad como la descripción de la conducta ilícita (tipicidad) sin posibilidad de completar esa descripción por un reglamento de aplicación o desarrollo; mientras que el principio de «cobertura legal» de las sanciones administrativas sólo exige cubrir con ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantía de las sanciones, pero con posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas, es decir, la tipicidad.⁶

⁵ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1982.

⁶ Parada, Ramón. *Derecho administrativo I*, parte general, Novena edición, Editorial Marcial Pons, 1997.

En Costa Rica refiere el constitucionalista Rubén Hernández Valle que: En efecto, la reserva legal en materia de sanciones administrativas, a diferencia del ámbito penal, no es absoluta sino más bien relativa. Existen varias razones para ello: una está relacionada con el modelo constitucional de distribución de competencias; otra con el carácter insuprimible de la potestad reglamentaria en determinadas materias.

En primer término y por tratarse de una reserva relativa, las leyes que contemplen sanciones administrativas pueden remitir al reglamento, en el entendido de que la regulación sea complementaria y no independiente de la ley. De esa forma serían inconstitucionales, por violación del principio de reserva legal, aquellas leyes que otorgaran a la Administración una potestad genérica para establecer infracciones y sanciones, sino además que la Administración estaría jurídicamente imposibilitada para dictar reglamentos autónomos o independientes que establezcan infracciones y sanciones. El principio de reserva legal exige que siempre exista una ley de base que autorice la existencia de tales infracciones y sanciones.⁷

La quiebra del principio de legalidad atenta obviamente contra la seguridad jurídica y el derecho a la libertad en cuya virtud nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe. La reserva legal en materia sancionatoria ha mutado sensiblemente y no pasa de ser un referente, olvidándose del carácter absoluto y estricto que rige en materia penal. El debilitamiento de la garantía en comento se encuentra a ojos vista en innumerables países.

III. LA TIPICIDAD

La merma de las garantías del administrado también se presenta en la Tipicidad.

⁷ Hernández Valle, Rubén, *El derecho de la constitución*, San José Costa Rica, Editorial Juricentro, 2008, Tomo II..

El Principio de Legalidad con relación a la potestad punitiva del Estado posee dos variantes, la formal que antes hemos glosado y que exige la creación legal del delito y la pena, por otro lado, y la infracción y sanción por el otro. La otra vertiente se conoce con la denominación de exigencia de la tipicidad, a través de la Ley, lo que aquí se denomina «mandato de tipificación» coincide con la vieja exigencia de la *lex certa* y con lo que habitualmente suele llamarse «principio de determinación (precisa)» y, más recientemente todavía, «principio de taxatividad», cuyos confesados objetivos estriban en proteger la seguridad (certeza) jurídica y la reducción de la discrecionalidad o arbitrio en la aplicación del Derecho. En sustancia consiste en la exigencia –o, como inmediatamente veremos, tendencia a la exigencia– de los textos en que se manifiestan las normas sancionadoras describan con suficiente precisión –o, si se quiere, con la mayor precisión posible– las conductas que se amenazan con una sanción así como estas mismas sanciones.⁸

La tipificación supone la descripción precisa y exacta de la conducta ilícita, antijurídica, a la que la ley conecta la consecuencia de la sanción administrativa.

Aunque parezca evidente y fuera de toda duda debe aclararse que no todo ilícito o vulneración a una ley administrativa genera la imposición de una sanción de la misma naturaleza. En este sentido, González Pérez sostiene que dentro del género vulneración del ordenamiento jurídico hay una especie que se llama infracción administrativa, las cuales sólo tienen la consideración de tales cuando la ley diga que lo son. Resulta indispensable la declaración formal en la ley concediéndole al ilícito administrativo el título ó calificativo de infracción.

En cuanto al contenido de la infracción o materia objeto de la misma no existe parámetro alguno «El legislador está demostrado –y ya nadie se sorprende de ello– que *de la noche a la mañana lo*

⁸ Nieto Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Cuarta Edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2005.

que era penal puede convertirse en administrativo (despenalización) o viceversa (repenalización). De esta forma se evidencia que *no hay un contenido material esencial* a los delitos y a las infracciones administrativas, *que condicione al legislador*, sino que éste es *absolutamente libre y, por razones políticas coyunturales, decide la naturaleza del ilícito*. Parafraseando a von Kirchmann, una decisión del legislador (a la moderna corriente despenalizadora, por ejemplo) ha convertido en papel mojado bibliotecas *jurídicas enteras*.».⁹

En este tema lo determinante consiste en las tonalidades con que se aprecia la Tipicidad. Nuevamente la garantía se encuentra devaluada. La Tipicidad no se entiende de la misma manera, tratándose de infracciones administrativas que en el campo penal. Las técnicas tipificadoras de la infracción y sanciones administrativas muestran una *capitis diminutio* de la garantía.

La elaboración del tipo al que con precisión y exactitud obliga el Código Penal en raras ocasiones hace su aparición en materia de infracciones administrativas, debido a que se reconoce la impotencia legislativa de hacerlo, sobre la regulación de la Potestad Sancionatoria Administrativa, consultar la sentencia de inconstitucionalidad No. 3-92 y 6-92 (acumulados). *El ilícito referencial* cuya importancia no... puede seguir siendo ignorada por más tiempo, entre otras razones, porque sin su reconocimiento resultaría imposible la existencia de la misma del derecho administrativo sancionador: ¿cabe imaginar un Código administrativo sancionador hecho «a imagen y semejanza» del Código penal?; ¿cabe pensar, siquiera, en elaborar códigos administrativos sancionadores para los diversos sectores en que actúan las Administraciones públicas conteniendo un catálogo de infracciones cada una de ellas (o grupos de ellas) aparejadas con su correspondiente sanción? Por supuesto que no.

⁹ González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) II, Tercera edición, Editorial Thomson, Civitas, 2004.

Son miles y miles de infracciones administrativas las que existen, no sé si «incontables», pero cuyo número nadie ha contabilizado.¹⁰

La fractura del tipo arranca desde su concepción a través del empleo habitual de conceptos jurídicos indeterminados en su concepción. La especificidad o taxatividad se diluye y los límites de la libertad no quedan lo suficientemente precisados y delineados. Se asevera que habrá que deducir que la intensidad de la precisión ha de ser variable según las circunstancias y consecuentemente admitir también una graduación cuyos criterios ha formulado, aunque en materia penal, en los siguientes términos: «El principio de taxatividad no puede exigir que el Derecho sancionador sea absolutamente preciso. Un cierto margen de indeterminación es admisible. Ahora bien, este margen puede variar según los casos (y utilizando diversos criterios): a) según el elemento de la norma penal que resulte afectado (tipo, eximentes, sanción); b) según la gravedad de la sanción; c) según que exista o no una fuerte conexión entre la conducta prohibida por la norma y el ejercicio del derecho a la libertad de expresión; y d) según el tipo de destinatario al que va dirigida la norma».¹¹

Pero las técnicas tipificantes no se detienen y se consiente la aplicación de la tipificación inconclusa de la ley que lleva indeclinablemente a un complemento a través de Reglamentos. Lo que los penalistas llaman leyes penales en blanco. Lo anterior desde la óptica del Derecho Penal sería impensable é inimaginable y se adentraría en los linderos de la inconstitucionalidad. Se utiliza la remisión expresa a reglamentos en algunas legislaciones, con el

¹⁰ González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) II, Tercera Edición, Editorial Thomson, Civitas, 2004.

¹¹ Nieto, Alejandro *Derecho Administrativo sancionador*, Cuarta Edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2005..

propósito de comprender el tipo, elaborar nuevos tipos ó finalmente graduando el tipo de sanciones.

Finalmente la técnica que prácticamente brinda la tipificación aplica a las cláusulas generales de cierre o cláusulas escobas, de las que el Legislador se niega a prescindir por su facilidad y crear y abarcar un número infinito de infracciones y sanciones. La cláusula general de cierre estriba en tornar infracciones, en un solo artículo, todos los incumplimientos de la ley.

La concepción residual de las infracciones ha sido defendida incluso, por tratadistas tan eminentes como Alejandro Nieto que asevera: La remisión de la norma tipificadora directa a la norma de mandato o prohibición puede ser expresa, pero también implícita y esta circunstancia ha traído no pocos quebraderos de cabeza y agrias polémicas.” “la tipificación sancionadora es completa aunque implícita, porque debe entenderse que la ley en modo alguno puede permitir que el incumplimiento de sus mandatos y prohibiciones resulte impune.” “No obstante, para mí esta variante es *suficiente y correcta* y entiendo que la descripción completa de la infracción en el tipo es una *reduplicación innecesaria e inútil y, además, inviable*, de tal manera que su exigencia es el resultado de un dogmatismo inaceptable que conduce a la irrealidad..¹²

Un factor preponderante e importante de la doctrina y en general la jurisprudencia sostienen la prohibición en todo caso de cláusulas generales, genéricas e indeterminadas, que confieren a la autoridad administrativa una excesiva discrecionalidad y es que como lo afirma el Tribunal Supremo Español “no puede entenderse que el círculo de la tipicidad se cierra y completa mediante la fórmula de estimar infracciones todas y cada una de las violaciones y contravenciones a la ley” “En la formulación omnicompreensiva del precepto que nos ocupa resulta que un solo tipo de infracción

¹² Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Cuarta Edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2005..

abarcaría en su radio de acción todas las disposiciones legales en materia de trabajo..., haciendo imprevisible para el ciudadano cuando su conducta puede ser considerada infracción y, sobre todo, la entidad de la infracción hipotética, con lo que tan desorbitado tipo no cumpliría el papel que asigna a la reserva legal en este campo sancionador la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1987...»¹³

Pugna con las cláusulas genéricas la situación que siendo miles y miles las infracciones administrativas resultantes de las cláusulas escoba. ¿Cómo puede exigírsele razonablemente al administrado su conocimiento y consecuencias?

No caben, pues, cláusulas generales o indeterminadas de infracción, que «permitirían al órgano sancionador actuar con un excesivo arbitrio y no con el prudente y razonable que permitiría una especificación normativa». (términos de la misma Sentencia Constitucional de 29 de marzo de 1990). Obsérvese que estos juicios son interpretativos de la Constitución formulados por el Tribunal Constitucional y que por ello prevalecen incluso frente a las Leyes y, en todo caso, han de presidir siempre su interpretación.¹⁴

No obstante cabe mencionar que las cláusulas generales de cierre, en el Derecho Comparado, poseen una basta consagración, que toleran y amañan en números inimaginables Tribunales Constitucionales y Administrativos. Con ello la descripción objetiva del ilícito objeto de la sanción se convierte en remedo de la tipicidad en agresión a la seguridad jurídica. Con este tipo de formulaciones legislativas de las infracciones el mandato de la tipicidad en la práctica se desvanece en su totalidad.

¹³ Fernández Montalvo, Rafael, "Derecho administrativo sancionador", *Cuadernos de Derecho judicial*. Consejo General del Poder Judicial, España, 1994.

¹⁴ García de Enterría, Eduardo y Fernández Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, Octava Edición, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 2002.

IV. CULPABILIDAD

En los elementos subjetivos del delito y la infracción administrativa, ocupa lugar preponderante la culpabilidad. No basta que el hecho constitutivo de la infracción se consuma, adicionalmente su autor debió obrar con dolo o al menos culpa. No basta la perpetración de la acción antijurídica. En los aspectos de la culpabilidad de nuevo se introducen, en materia sancionatoria administrativa, se aquilata su incidencia, que resulta en una acentuada inseguridad jurídica.

En la estructura del tipo del delito permanentemente se incluye el requerimiento de la culpabilidad en el cometimiento del delito. Si la conducta castigada se encuentra extraña al dolo y a la culpa no procede la pena, operando algunas causas que excluyen la responsabilidad. La responsabilidad derivada del *ius puniendi* se fundamenta en la intención de causar daño (dolo) ó al menos en el descuido o negligencia del autor del ilícito. En el derecho penal mantiene su vigencia. La Constitución Salvadoreña expresamente incorpora el principio *nulla poena sine culpa*. La base del reproche reside en la culpabilidad.

Tradicionalmente la materia sancionatoria administrativa se olvidó de la culpabilidad conformándose con el simple incumplimiento, la contravención a la ley sin requisito adicional. Una suerte de responsabilidad objetiva. Las más recientes legislaciones que regulan el *ius puniendi* de las administraciones públicas atribuyen a la culpabilidad la calidad de elemento esencial ineludible. La ley alemana del 19 de febrero de 1987, prescribe que como ilícito administrativo puede punirse únicamente el hecho doloso, salvo que la ley comine expresamente con una pena pecuniaria administrativa al hecho culposo. (Art. 10). La Ley italiana 698/1981 determina que “en las infracciones administrativas cada cual es responsable de su

propia acción u omisión, consciente o voluntaria, ya sea ésta dolosa o culposa.

Adicionalmente la jurisprudencia de los Tribunales constitucionales y administrativos recoge la exigencia del dolo ó culpa. Posición que continúa asentando sus reales en la más prestigiosa doctrina.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español del 26 de abril de 1990, entre otras cosas declara tajantemente: sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta del contribuyente.¹⁵

Sin embargo en el continente americano se escuchan voces disidentes.

La situación no es tan clara en la esfera contravencional, puesto que una parte importante de la doctrina sostiene que puede aplicarse una sanción de policía a quien no haya actuado ni dolosa ni culposamente. (Marienhoff). Ello significa que la contravención se configuraría por la mera inobservancia de la norma de policía, dejando de lado toda referencia a la voluntariedad o culpa del infractor.

Se argumenta, al respecto, que de otro modo resultaría imposible la represión de gran parte de las contravenciones, con lo que la acción de policía perdería su eficacia, disminuyéndose la posibilidad de llegar a disciplinar a los administrados.¹⁶

Se discute mucho en la doctrina si basta la mera voluntariedad para configurar la existencia de un acto ilícito administrativo sancio-

¹⁵ González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) II Tercera edición, Editorial Thomson, Civitas, 2004.

¹⁶ Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *Derecho administrativo argentino*, México, . Editorial Porrúa 2006.

nable, o si habría al menos la necesidad de culpa. Por lo menos hasta el presente, hemos entendido que basta la voluntariedad, sin perjuicio, como es claro, de que la ley establezca una exigencia mayor ante una figura específica.¹⁷ Así lo sostienen Escola y Comadira en la Argentina.

El reclamo de la culpabilidad se desvanece en su totalidad tratándose de personas jurídicas, que en materia penal no pueden ser sujeto de castigo. Sin embargo, y esto constituye una comodidad para las administraciones públicas, las personas jurídicas especialmente las titulares de las grandes empresas, pueden ser sancionadas, especialmente con multas de gran cuantiosidad. Aquí no puede ser más evidente, que la culpabilidad como requisito de la infracción administrativa queda sepultada y olvidada.

V. GARANTÍAS PROCESALES O ADJETIVAS

Las garantías se extienden a los aspectos adjetivos, que son las que se brindan al inculpado en los procedimientos y procesos sancionatorios, que en abono al tiempo reduciremos a las dos principales:

- a) El Debido Proceso; y
- b) La Presunción de Inocencia.

Quizá las previsiones procesales o procedimentales guarden un rigor de aplicación, en materia sancionatoria, bastante mayor respecto de las sustantivas. Las desviaciones las aprecio menores aunque persistan en la práctica.

¹⁷ Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Curso de derecho administrativo*, Primera Edición en Español,, México, Editorial Porrúa, 2006.

VI. NULLA POENA SINE IUDICIO

La sanción administrativa debe ir presidida del procedimiento que garantice el cumplimiento de las reglas del debido proceso ó tutela judicial efectiva. La Constitución salvadoreña estima la procedencia de las sanciones administrativas previo el debido proceso. Los progresos del Derecho Administrativo casi en la totalidad de los países, han hecho desaparecer los resquicios en que las sanciones administrativas se infringían sin trámite ni diligencia, de plano como dirían los españoles.

Sin embargo su erradicación total no se ha logrado y las administraciones públicas recurren a tan nociva práctica en casos que pueden actuar con impunidad. No se extenderán solvencias si no se paga una multa aún cuando el procedimiento sancionador no se ha iniciado. Se deducen multas de contratos administrativos en el acto de su liquidación, etc., etc.

El debido proceso en materia sancionatoria administrativa no se agota, en lo que los cultores del derecho procesal administrativo denominan sede administrativa, ya que los diversos sistemas de justicia articulan procesos impugnativos por motivos de legalidad (Contencioso Administrativo), ó de constitucionalidad (Amparo).

El principio *nulla poena sine iudicio* comprende tanto en el procedimiento sancionatorio tramitado ante el órgano administrativo como la impugnación jurisdiccional en los tribunales de justicia. Sobre esta particularidad volveremos.

El procedimiento sancionador en sede administrativa responde al principio general del derecho: nadie puede ser privado de sus derechos sin ser antes oído, sin hacer uso del derecho a la defensa, tan connatural a la justicia.

Por otro lado, la garantía del procedimiento deviene en el instrumento jurídico idóneo de que la administración pública dispone con el propósito de destruir la presunción legal de inocencia que

ostenta el inculpado. El carácter indispensable del procedimiento carece de excepciones.

El procedimiento sancionador debe obedecer y sujetarse a todas las características del debido proceso en materia jurisdiccional, pero si comparamos el procedimiento administrativo con el proceso judicial el primero no deja de ser una imitación barata y poco afortunada del segundo.

La rigurosidad de la justicia penal jamás encuentra asidero en el sistema sancionador de las administraciones públicas.

VII. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La presunción de inocencia es una garantía procesal al decir de Luigi Ferrajoli, del *ius puniendi* y tiene la calidad de presunción legal pues opera hasta la prueba en contrario, reconocida en sentencia judicial firme. Su omnipresencia se destaca en las declaraciones y convenios de derechos humanos y ocupa un lugar prioritario en la mayoría de Constituciones, pero no siempre su cumplimiento se evidencia y su fractura no es rara en las diferentes legislaciones y en la jurisprudencia se enfrenta a variados matices. Para describir situaciones como la aludida antaño se decía: del dicho al hecho hay mucho trecho.

La formación jurídica de los funcionarios y jueces cuenta a la hora de aplicar la ley y en el posterior juzgamiento. Si para el subconsciente jurídico, en materia delictual, el principio de inocencia se encuentra fuertemente arraigado no así en el ámbito contravenacional en el que se exige, con demasiada frecuencia la prueba diabólica de la inocencia. Son lapidarias las frases en las resoluciones administrativas en las que se señala que el procedimiento se inicia con el propósito que el inculpado aporte los argumentos y prueba de descargo de la infracción administrativa. La presunción de inocencia abarca los hechos materiales con que se perpetra la infracción así

como la de culpabilidad, por tanto la carga de probar tales extremos corresponden a la administración pública no al administrado.

Cabe considerar que en lo relativo al principio de inocencia, la interpretación deber ser restrictiva, lo cual no es más que un corolario del principio de legalidad; toda materia relativa a la justicia punitiva del estado debe considerarse de estricto derecho, erradicándose la analogía.

En la exclusión de la carga de la prueba al inculpado consiste lo medular de la institución. El imputado no tiene nada que probar y menos inocencia pues lo cubre una presunción legal a su favor, la que las administraciones públicas deben de destruir o desvanecer, comprobando la culpabilidad. Así debe funcionar el sistema.

La prueba de la inocencia recibe de la doctrina el calificativo de diabólica, porque se encuentran involucrados hechos negativos de imposible prueba.

El procedimiento administrativo arranca de la inocencia del administrado y será la administración pública que lo acusa, la que debe establecer irrefutablemente su culpabilidad acreditando la prueba pertinente. La actividad probatoria incumbe a la administración, si ésta no la afronta en grado suficiente la absolucón procede.

Reiteramos las administraciones públicas que imputan al administrado la comisión de una infracción deben comprobar su culpabilidad. Pero aquí comienza el calvario y nuevamente la avalancha de la mediatización y la laxitud en las interpretaciones hacen su aparición.

Desconcierta que tratadistas de la jerarquía de A. Nieto, sostengan que existe una apoteosis garantista y aconseja prudencia a los tribunales, como si no les sobrara. El problema es simple sostiene: Es probable que la aplicación estricta de la presunción de inocencia ha de producir no pocas satisfacciones a los jueces que se tienen por garantes de las libertades y de los derechos individuales y más todavía a los abogados defensores de los “presuntos” infrac-

tores a quienes tal presunción ofrece innumerables posibilidades de escapar de las mallas de la ley. Otros sentimientos tienen, sin embargo, los funcionarios diligentes que no ven forma de demostrar la autoría de las infracciones mínimamente sofisticadas, así como los ciudadanos que carecen por completo de protección frente a ellas.-

Nadie puede pensar seriamente en un sacrificio arbitrario de los derechos individuales; mas tampoco puede entenderse la postergación gratuita de los intereses públicos y colectivos por no hablar de los de los perjudicados directamente por la infracción, máxime si se tiene en cuenta que un Estado social de Derecho puede establecer jerarquías de derechos e intereses, puesto que su objetivo es lograr un *equilibrio* de los contrapuestos, del que desde luego estamos hoy muy lejos.-

La presunción de inocencia nació en un momento histórico de absolutismo, se confirmó al cabo de un siglo como necesaria reacción contra las dictaduras del siglo XX y forzoso es reconocer que en estos contexto operaba efectivamente como un contrapeso del Poder político arbitrario, como el fiel que equilibraba la balanza.- En la actualidad española, sin embargo, las circunstancias han cambiado sustancialmente y es lamentable, por tanto, que una figura de tan preclaro origen se haya petrificado hasta el punto al no acertar a adaptarse a los nuevos tiempos, haya terminado convirtiéndose en un factor de desequilibrio.-

No se trata sólo de la mudanza de los contextos políticos y sociales, es que hoy han aparecido formas de conductas ilícitas en las que no tiene entrada la presunción de inocencia de corte tradicional. Actualmente es una burla aplicar este principio a la criminalidad organizada, a las grandes empresas, en general a las estructuras capitalísticas anónimas y clandestinas, a los ilícitos sofisticados y a las conductas tecnológicamente desarrolladas. No es lo mismo investigar las irregularidades de elaboración cometidas

por un panadero artesano o las de manipulación de alimentos de un tendero de ultramarinos que las que realiza una multinacional o tienen lugar en una cadena comercial con miles de empleados y un sistema informático impenetrable. ¿Qué garantiza y a quién protege aquí la presunción de inocencia?¹⁸

El ataque de Nieto al meollo del principio de inocencia no puede ser más artero y sacude la esencia misma de la institución, pero sus mismas ideas aplican también al ámbito del derecho penal y la revisión de la institución debería extenderse también a la misma, pero en esa área los tratadistas y jurisprudencia actúan con mayor contundencia y fortaleza reprochando y censurando unánime y vigorosamente cualquier proceder en ese sentido.

Las ideas de Alejandro Nieto conducen al derecho administrativo sancionador a terrenos del derecho penal del enemigo patrocinado teóricamente por Günther Jakobs y en la práctica por George W. Bush.

Finalmente, la cuestión que preocupa radica en la duración de la presunción de inocencia. ¿Cuándo se entenderá destruida y el administrado deja de gozar de ella? En materia penal el punto no tiene discusión teórica ni práctica puesto que uniformemente la presunción de inocencia desaparece cuando se pronuncia la sentencia condenatoria que cause cosa juzgada.

Tratándose de las sanciones administrativas el punto tiene una variante, como se recordará existe un procedimiento administrativo sancionador tramitado a las autoridades administrativas y luego el proceso administrativo que conoce de la impugnación.

Una de las situaciones en que el debate nunca concluye referente a la presunción de inocencia, se finca en la extensión de la misma. ¿Cuándo opera y bajo qué circunstancias? En el área penal no presenta conflictividad. La inocencia se mantiene hasta ser

¹⁸ Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionado*, Cuarta Edición,, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2005.

aniquilada mediante sentencia condenatoria basada en autoridad de cosa juzgada.

En lo atinente al *ius puniendi* de las administraciones públicas se introduce un elemento distorsionador de la solución. En efecto, el trámite sancionador transita en dos fases, la primera en sede administrativa y la segunda en los recintos judiciales. La perduración de la presunción de inocencia del procedimiento administrativo sancionador no ofrece reparos ni resistencia alguna. Las diferencias afloran cuando se produce su impugnación jurisdiccional. En tal caso las posiciones son encontradas e irreductibles.

La jurisprudencia española se muestra dubitativa y la salvadoreña categórica y tajantemente desecha la inocencia del inculgado sin mayores consideraciones y niega sin más la suspensión de la ejecución del acto impugnado en vía administrativa, sin invocar al menos la autotutela de que disponen las administraciones públicas.

La destrucción de la inocencia que acompaña al administrado opera y se encuentra condicionada a la existencia de un acto firme, respecto del que no quepa recurso administrativo ni formas de impugnación jurisdiccional, mientras tanto la presunción de inocencia persiste y el Estado, tanto a nivel de administraciones públicas como en el orden judicial debe reconocerla y respetarla.

La pugna que pueda haber entre la autotutela y la presunción de inocencia debe resolverse necesariamente en beneficio de la libertad; jamás en su sacrificio. Adicionalmente debe estimarse que en la mayoría de países el principio de inocencia goza del reconocimiento constitucional y adicionalmente se incorpora en las declaraciones y convenciones relativas a derechos humanos.

Asistimos nuevamente a un debilitamiento de la presunción de inocencia, sin mayores justificaciones y producto de un inadecuado trasplante de la esfera penal a la administrativa.

VIII. CONCLUSIONES

Las conclusiones y consecuencias a las que podemos arribar son poco satisfactorias, para la libertad del individuo y su seguridad jurídica. El régimen de garantías del derecho penal sustantivo y adjetivo no pasa de ser una caricatura ó una deplorable imitación, tratándose de infracciones y sanciones administrativas. Nadie puede percibir que no será objeto de actos arbitrarios cuando la administración pública se apreste a castigarlo aperturando un procedimiento sancionador. Desaparece la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que cada uno tiene en su seguridad.¹⁹

En sede administrativa donde sabemos se residencia la cuna del desbordamiento del poder, el garantismo se minimiza y se bate en retirada, ante el sacrificio del interés del individuo en aras de un supuesto interés público impreciso y difuso, encarnado y personalizado en los titulares de los órganos administrativos. Y es que la potestad de castigar se presta a todo y para todo y cada día se convierte en más temible y poderoso. Paradójicamente las garantías tienden a desvanecerse, con la tolerancia y a veces complicidad de los tribunales de justicia. Cada vez con mayor acento el administrado siente y reciente el peso abusivo del poder del Estado. El enemigo de la sociedad no es el ciudadano desprovisto de garantías a quien se aplasta, sino el Estado que lo pulveriza y somete a sus designios en burla del Estado de Derecho.

Las administraciones públicas por otro lado, no satisfacen las necesidades básicas de los ciudadanos ni siquiera ejercen apropiadamente las funciones tradicionales como la policía. Los servicios públicos se han abandonado a manos privadas y sin embargo asume el de verdugo, que castiga inmisericordemente una y otra

¹⁹ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1982.

vez al ciudadano medio. Para la represión funciona adecuadamente y con el mayor éxito. Un verdadero leviathan.

Alejandro Nieto, ha develado en breves párrafos la utilidad que para la administración pública tiene el poder punitivo del que se encuentra dotado en abundancia en los términos siguientes: El uso que hace el Estado de tal supremacía no necesita ser imaginado, puesto que es de sobra conocido sobre todo cuando se trata de personas públicas y hay elecciones por el medio. El infractor es víctima de represalias que nada tienen que ver con la infracción. Se trata de dar un ejemplo o de obligarle al silencio o a la humillación o a la expoliación personal o política. Y todo ello de acuerdo con la ley. Este es el gran sarcasmo que quería poner de relieve: *el derecho administrativo sancionador se ha convertido en una coartada para justificar las conductas más miserables de los poderes públicos, que sancionan, expolian y humillan protegidos por la ley y a pretexto de estar ejecutando la ley con toda clase de garantías. Este es en verdad el escalón más infame a que puede descender el derecho*"

"La potestad sancionadora de la Administración –y su aparato técnico y jurídico, el derecho administrativo sancionado— es, en definitiva, un montón de despropósitos en el que todos los poderes están implicados. El legislativo es el primer pecador dado que ha establecido una red tan tupida –y tan opaca— de infracciones que es materialmente imposible conocerlas y, por supuesto, evitar su comisión. *El legislador ha colocado literalmente a todos los ciudadanos fuera de la ley. Pero, para mayor sarcasmo, esta red sancionadora presenta tantos desgarrones que es muy fácil escaparse al infractor hábil como resulta difícil en ocasiones manejarla con eficacia a la Administración de buena fe, que cree disponer de una buena arma y se encuentra en la mano con una espada de madera.-*

Ahora bien, *para las Administraciones públicas ofrece el derecho administrativo sancionador una cobertura ideal para el abuso y la arbitrariedad, para las represalias políticas y personales y para la extorsión más descarnada*"

En esta lamentable farsa tampoco está el Poder Judicial libre de culpa.- La doctrina de la no invocabilidad de la exacta igualdad con las garantías penales ha permitido el ejercicio arbitrario de la potestad en comento.-²⁰

Estimamos que las deficiencias o devaluaciones garantistas se acrecientan y hasta desaparecen por la ausencia de la que campea invariablemente en materia penal: la reserva de jurisdicción. Esta es la causa, a nuestro parecer, que ha desencadenado el panorama arbitrario y abusivo en el derecho sancionador, que en la actualidad se ha configurado. La garantía de reserva de jurisdicción, Don Luigi Ferrajoli, que nos honra con su presencia, le denomina Garantía Orgánica. El problema de la devaluación garantista tiene su origen y causa en la circunstancia inaudita que la administración pública acusadora promueve y tramita la imposición de sanciones y al mismo tiempo reviste el carácter de órgano sancionador y luego la de verdugo puesto que debido a la ejecutoriedad de los actos administrativos no requiere para su ejecución la intervención de los tribunales de justicia. El problema del derecho administrativo sancionador se reduce a la determinación de quien aplica el castigo.

Tradicionalmente se afirma que las autoridades administrativas desempeñan actividades de juez y parte, que inexorable y fatalmente conducen a que nadie pueda disponer de plenas garantías en tal sede. Las garantías transitan en un grado infinito de acierto en el Poder Judicial. Hecho incontrovertible.

El defecto más ostensible del Derecho Sancionador de las Administraciones Públicas se apoya en el sistema inquisitivo a que obedece la tramitación del procedimiento administrativo, extirpado en la justicia penal que ha reivindicado el sistema acusatorio, que

²⁰ González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, *Comentarios a la Ley del Régimen Jurístico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) II, Tercera Edición, Editorial Thomson, Civitas, 2004.

concibe al Juez como un tercero, imparcial e independiente separado de las partes, que cada una de ellas adopta un solo rol, el de acusación y el de defensa.

En el sistema inquisitivo la función del Juez no se separa la de acusar y juzgar, en desmembramiento de la imparcialidad. Tal es la situación del funcionario administrativo que tramita e impone la sanción.

Por lo demás, en el Derecho Administrativo Sancionador la amenaza y riesgo a la libertad se magnifica, debido a la circunstancia de la riqueza de sanciones que se imponen, que no se alojan en el Derecho Penal, que restringe las penas a la privación de la libertad y las multas. En cambio en el Derecho Administrativo Sancionador abunda la cantidad y calidad de los castigos que estriban en el decomiso, caducidad, cierre de establecimientos, multas millonarias, demolición de edificios u obras, inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos, expulsión de extranjeros del territorio del país, pérdida de determinados derechos, revocación de autorizaciones, destitución de cargos públicos, suspensión del ejercicio de determinadas profesiones, etc. La enumeración no tiene fin.

Todo lo expuesto ofrece a los constitucionalistas un desafío que necesariamente deben enfrentar en beneficio de las garantías que deben priorizarse en un Estado de Derecho.

Tenemos el imperativo de volver a los orígenes y fundamentos del derecho de castigar en el que se reservaba exclusivamente en el Poder Judicial. Que no se argumente la imposibilidad. El Derecho anglosajón no ha colapsado y observa la garantía orgánica en la imposición de toda suerte de castigos.

Definido el poder judicial como el conjunto de los espacios decisionales –la interpretación de las leyes, la inducción probatoria, la connotación equitativa y los juicios de valor discrecionales– reservados más o menos irreductiblemente a la actividad del juez. Según esto, identificado el *grado de garantismo* de un sistema penal con el conjunto de los vínculos normativos que minimizan tales espacios

y que dependen esencialmente de la semántica de los lenguajes legal y jurisdiccional. Estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad, aunque representen modelos límite y regulativos nunca plenamente realizables, han sido asumidos como las señas de identidad más características de todo sistema penal garantista en un «estado de derecho»²¹

Sin embargo dejo a la imaginación y fecundidad jurídica de este foro la búsqueda y organización de los mecanismos para que el derecho de castigar del Estado se someta, en todo caso, a los principios garantistas alojados primigeniamente en el derecho penal.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Bandeira de Mello, Celso Antonio, *Curso de derecho administrativo*, Primera Edición en Español, México, Editorial Porrúa, 2006.
- Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *Derecho administrativo argentino*, México, Editorial Porrúa, 2006.
- “Derecho administrativo sancionador”, *Cuadernos de derecho judicial*.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta.
- García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Tercera Edición, Madrid, España, Editorial Civitas, 1985.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón *Curso de derecho administrativo II*, Octava Edición, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 2002.

²¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, *Teoría del garantismo penal*, Editorial Trotta.

González Pérez, Jesús y González Navarro, Francisco, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) II*, Tercera edición, Editorial Thomson, Civitas, 2004.

Hernández Valle, Rubén, *El derecho de la constitución*, San José Costa Rica,

Editorial Juricentro, 2008, Tomo II.

Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, México, Editorial Porrúa, S.A., 1982.

Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Cuarta Edición, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2005.

Parada, Ramón, *Derecho administrativo I, parte general*, Novena Edición, Editorial Marcial Pons, 1997.

DISCURSO EN EL "DÍA DE LA INTEGRACIÓN CENTROAMERICANA"

Alfredo Martínez Moreno*

Señor Presidente de la Asamblea Legislativa, señores Diputadas y Diputados, Señor Secretario General de la SICA, Señoras y señores:

Centro América, nuestra "Santa Patria inmortal" que cantara Gavidia, ha tenido, a través de su convulsa historia, períodos de gloria y épocas de abyección; ha vibrado de amor a la humanidad en la arenga apostólica de José Simeón Cañas y se ha hundido en la brutales mazmorras de Estrada Cabrera; ha alcanzado ecos virgilianos en la lira de Landívar y se ha llenado de ignominia con el predominio del más oprobioso oscurantismo; ha iluminado al Istmo con la tea redentora de Juan Santamaría y ha tenido que encarar con denodada altivez al filibustero esclavista, ha elevado la lengua de Cervantes con el estro diamantino de Darío y ha mancillado su noble imagen con el baldón de una recua de tiranos y tiranuelos; ha forjado el espíritu unionista con el acero de la espada refulgente de Morazán y ha tenido que rendirse temporalmente ante el furor del nefasto separatismo.

* Abogado y Notario. Ha sido: Profesor de Derecho Internacional en varias Universidades; Subsecretario y Ministro de Relaciones Exteriores; Presidente de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador; Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (Ginebra); Juez y Presidente del Tribunal Administrativo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en Washington D.C.; Director de la Academia Salvadoreña de la Lengua correspondiente a la Real Academia Española; Delegado de El Salvador a numerosas conferencias internacionales; y Autor de obras jurídicas, literarias y humanísticas.

Si, Centro América, como en estrofa estupenda entonaba Gavidia, ha dormido

Silenciosa e inerme
El sueño del olvido de los mundos:
Sus pueblos son estériles llanuras,
Zarzales infecundos,
Temerosa y agreste espesuras
Que hincha de negras savia el egoísmo
Por esta selva lúgubre y sombría
Su horrible paso en las tinieblas guía
Leñador infernal, del despotismo.

Pero el noble poeta entrega luego visionariamente, cual profeta bíblico, convencido del alto destino de la región, el mejor de los consejos:

¡Oh, centroamericanos,
despertad ya de la tremenda calma!
y en vez del negro y gélido vacío
Que lleváis en el pecho,
Poned en él un corazón y un alma
Formados por la audacia y el derecho
¡Oh, centroamericanos!
No acabará la esclavitud si pronto
No os tomáis las manos
Ni avanzáis en unión estrecha y fuerte,
Poniendo un solo pecho como hermanos;

Es la advertencia solícita y paternal, la indicación patriótica de quien ostenta, por derecho propio, no sólo ser el bardo nacional por excelencia, sino uno de los más preclaros valores cívicos, intelectuales y morales de El Salvador, con sobrados títulos, de mentor y guía, por su vasta cultura y fervor ciudadano, para orientar el camino de la Patria, y ¿Cuál es su consejo?: avanzar “en unión estrecha y fuerte, poniendo un solo pecho como hermanos”.

Pero, ¿qué es lo que ha ocurrido en el curso de nuestra agitada vida histórica? Pues luego de ingentes esfuerzos patrióticos, a veces con derramamientos de sangre y otras por medio del diálogo fraterno y civilizado, se ha llegado hasta a plasmar consensualmente en respetables cartas magnas, como en la efímeras Repúblicas tripartitas de 1898 y de 1921, el anhelo popular, para que la bota militar usurpadora destrozara de un golpe el intento idealista de la unión.

Por ello, ante tanto fracaso en esas nobles tentativas de reconstruir la Patria grande, con criterios más realistas aunque menos ambiciosos, se pensó -como acertadamente lo dice un considerando de su Carta Constitutiva, en hacer uso de las nuevas y adecuadas fórmulas que el Derecho Internacional moderno pone a disposición para esta finalidad, mediante la institución de Organismos Regionales-en crear una entidad de esta índole, y así, un memorable 14 de octubre de 1951, hace ya media centuria, con la aclamación entusiasta, plena de esperanzas, de los pueblos de esta bendita región surgió la Organización de Estados Centroamericanos(ODECA).

La idea luminosa, al comprobar la labor constructiva de acercamiento y cooperación internacionales de las Naciones Unidas, de la Organización de los Estados Americanos (OEA), y en fin, de numerosos otros organismos, brotó en la mente de un ilustre funcionario y escritor guatemalteco, el Dr. Manuel Galich, Canciller de su patria, pero quien la llegó a concretar, con un entusiasmo convertido casi en frenesí patriótico, fue don Roberto Edmundo Canessa, de gráfisima memoria, a la sazón Ministro de Relaciones Exteriores de El Salvador, quien convocó a una Reunión de Cancilleres Centroamericanos, la que logró acuerdos de una trascendencia y dimensión insospechadas.

A esa conferencia asistieron, para gloria y prez de la región, además de los señores Canessa y Galich, el doctor Oscar Sevilla

Sacasa, de Nicaragua y el licenciado Mario Echando Jiménez, de Costa Rica (luego Presidente respetado de su patria), cuatro hombres en plena lozanía intelectual y madurez cívica, de una juventud prometedora, y un distinguido jurista hondureño, el doctor J. Edgardo Valenzuela, quien a su fecunda experiencia agregaba un espíritu morazánico auténtico.

Quien habla en estos momentos tuvo el honor de ser el Secretario General de la Reunión, y puede dar fe, después de asistir a casi una centena de congresos o asambleas internacionales, que nunca ha presenciado uno de mayor éxito que el que elaboró responsablemente la Carta de San Salvador.

Los Cancilleres procedieron dentro de una singular pero fructífera heterodoxia diplomática, haciendo a un lado los rigores del protocolo, para actuar conforme a la más genuina confraternidad.

Algún día he de tener la oportunidad de describir las innumerables anécdotas de ese memorable cónclave, en lo que la discreción y el comedimiento lo permitan. Por ahora sólo me limito a expresar que después de firmar, con unción patriótica, la mencionada Carta, los Cancilleres (sin la presencia del respetable doctor Valenzuela), fueron juntos a llevar serenatas a personas, amigar en compañía, nada menos, que del Coronel Oscar Osorio, Presidente de la República.

Para la Secretaría General fue un verdadero problema el desarrollo tan especial de la reunión y la preparación de las actas, ante la forma realmente sui géneris, poco ortodoxa, pero eficaz y exitosa, como actuaban los Cancilleres centroamericanos.

A medio siglo de distancia en el tiempo, con la serenidad que da la madurez de la vida, rindo homenaje de respeto a los creadores del organismo de integración regional, tres de los cuales, los recordados señores Canessa, Galich y Valenzuela, ya rindieron su tributo a la tierra que honraron con su actuación, y los otros dos, los señores Echandi y Sevilla Sacasa continúan su fecunda vida como ejemplos

de auténticos centroamericanos. Aparentemente, el Canciller Galich reposa con honores en la patria de Martí, pero sus restos deben ser traídos al suelo de la noble Guatemala que él dignificó.

La ODECA sufrió luego varias crisis que determinaron que el inicio de su prometedora labor se pospusiera, pero superadas aquéllas, creo que otro 14 de octubre, cuatro años después de 1985, tras largas pero fructuosas negociaciones, luego de ser ungido como primer Secretario General del organismo, tomó posesión de su cargo el doctor J. Guillermo Trabanino, uno de los legítimos herederos de Salvador Mendieta, el apóstol centroamericano. Y fue realmente providencial que un hombre de la estirpe espiritual de él, que siempre reclamó para sí el sencillo pero significativo título de ciudadano, condujera al principio la augusta nave de la cooperación regional. Su labor fue verdaderamente fecunda, pues actuó con pragmatismo a la vez que con visión, inspirado en el ideal morazánico y bolivariano, por lo que la Organización, durante su período, fue un modelo de trabajo responsable y eficaz, marcando el paso para que el nuevo Sistema de Integración Centroamericana (SICA) se inspire para adelantar la causa sacrosanta de la unidad.

Simultáneamente, a principios de los años cincuenta, bajo el liderazgo de El Salvador, la región había iniciado la suscripción de tratados bilaterales de libre comercio, y con la ayuda de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) -que en la tercera sesión, en 1950, había recomendado que en los proyectos de fomento económico que llevaran a cabo los Estados tuvieran "en cuenta las posibilidades de expansión de la demanda mediante el intercambio recíproco, a fin de lograr una mejor integración de sus economías y un más elevado desarrollo de su productividad y de su ingreso real"-dio comienzo el benemérito Programa de Integración Centroamericano, que en algunos aspectos, especialmente en la casi total libertad de comercio, se anticipó a mayores movimientos integracionistas de la época en otros continentes o regiones.

Corresponde parcialmente el mérito de tan visionario Programa a un salvadoreño de mente brillante y amplia cultura, doctor Jorge Sol Castellanos, Ministro de Economía, quien en el siguiente período de sesiones de la CEPAL, propuso un esbozo de integración a sus colegas de Guatemala y Nicaragua, doctores Manuel Noriega Morales y Enrique Delgado, quienes, animados del mismo espíritu visionario, respaldaron de inmediato la idea, y con el apoyo de los representantes de Costa Rica y Honduras, ingeniero Alfredo Hernández Valío y licenciado Marco Antonio Batres, aprobaron una laudable declaración que afirmaba fundamentalmente lo siguiente:

“el interés de sus gobiernos en desarrollar la producción agrícola e industrial y los sistemas de transporte de sus respectivos países, en forma que promueva la integración de sus economías y la formación de mercados más amplios mediante el intercambio de sus productos, la coordinación de sus planes de fomento y la creación de empresas en que todos o algunos de tales países tengan interés”.

En esta forma, dice el economista guatemalteco Alberto Fuentes Mohr, otro patriarca de la integración regional, “se definían con mayor claridad que en la resolución de 1950 cuáles podrían ser los métodos y objetivos de un programa de integración económica. Ya no se ponía un énfasis casi exclusivamente en el comercio; por el contrario, se destacaba la planificación coordinada de las actividades productivas y del transporte”.

No es éste el momento ni la ocasión para hacer un análisis detallado de ese Programa integracionista que indiscutiblemente determinó un progreso sustancial de la región, aumentó gradual pero significativamente el intercambio comercial, empezó el incipiente desarrollo industrial, facilitó el transporte de bienes y personas, generó el aumento del empleo, permitió el fomento de la inversión tanto regional como extranjera, en fin, incrementó la producción y las exportaciones, y preparó el terreno para una eventual unión aduanera.

Para darse cuenta del progreso logrado, basta citar que la Nomenclatura Uniforme Centroamericana (NAUCA) mejoró, en algunos aspectos, las reglas de la Clasificación de Bruselas y que en tanto, en esa época, el Mercado Común Europeo tenía que encarar las "guerras de las naranjas y de los pollos", casi el 98% de los productos naturales y manufacturados del Istmo gozaban de libre comercio absoluto.

Es interesante destacar el hecho, reconocido por los tratadistas regionales de la materia –Francisco Villagrán Kramer, Gautama Fonseca, Alberto Fuentes Mohr, entre otros- del aporte importante de nuestro país en la iniciación y fortalecimiento del proceso integracionista. El último de ellos, en su obra "la Creación de un mercado común" hidalgamente expresa con convicción:

"No fue por coincidencia que la idea de la integración económica, al menos en el aspecto inicial de la creación de mercados más amplios, tomó rápida raigambre en El Salvador.

Fuera de una condición geopolítica que hace que, más que ningún otro de los Estados del istmo, El Salvador no pueda aislarse del resto de Centroamérica, las condiciones socioeconómicas que allí han prevalecido, desde antes de la independencia constituyen una fuente de dinamismo histórico. En 1950 preocupaba a los nuevos gobernantes el problema de la superpoblación y, en consecuencia, consideraban la necesidad de industrializar al país. A la vez, era allí donde cobraba mayor fuerza una nueva clase empresarial, o más bien, un nuevo brote de clase dominante tradicional, a la vez que surgía, a la par suya, grupos técnicos de clase media. Por último, El Salvador tenía ya con Honduras ciertas relaciones de complementación económica, y esa experiencia lo inducía a buscar una relación mayor con el resto de Centroamérica, a fin de tener una base más amplia sobre la cual sustentar su desarrollo económico".

Esas expresiones de uno de los ideólogos guatemaltecos del movimiento integracionista son un reconocimiento del papel salvadoreño preponderante en la noble causa regional, y por ello, considero un deber de elemental justicia, en este día de fastos patrios, recordar los nombres de los compatriotas que prestaron preferentemente su contribución intelectual y su fervor cívico, en arduas negociaciones, para cimentar el Mercado Común Centroamericano, en su primera y decisiva etapa: aliado del doctor Jorge Sol Castellanos, el iniciador del proceso, los doctores Alfonso Rochac, Jaime Quesada, Pedro Abelardo Delgado, Alvaro Magaña, Abelardo Torres, Víctor Manuel Cuellar Ortiz y Mario Castrillo Zeledón y los licenciados Rafael Glower y Rolando Duarte, respaldados por contadores expertos como Julio Mariano Barillas y juristas competentes como Adolfo Oscar Miranda, Guillermo Chacón, Ricardo González Camacho y Juan Adalberto Menjívar. Es posible que haya omitido algún otro nombre digno de respeto, pero con la premura en que se han redactado estas páginas, es lógico y perdonable que ello haya ocurrido. ¡Que la patria recuerde los esfuerzos de tan meritorios ciudadanos! Nuestro movimiento unificador se encuentra todavía en etapas iniciales pero prometedoras de desarrollo. Los teóricos del derecho de integración consideran que para llegar a la meta final - como ahora lo está logrando, después de terribles luchas fratricidas, poco a poco, la vieja Europa, se requiere pasar, gradualmente, de una zona de libre comercio, a la unión aduanera y al mercado común, para ascender luego a la unión monetaria y la unión económica, con el objetivo final de alcanzar la ansiada unión política, o sea, en esta bendita región central del Hemisferio de Colón, a hacer realidad el sueño de Morazán.

Bien ha hecho el Foro de Presidentes de Poderes Legislativos de Centro América y la Cuenca del Caribe, en reciente sesión, y posteriormente la Asamblea Legislativa de El Salvador, de reconocer el significado histórico del 14 de octubre de 1951, fecha memorable

en que se constituyó la ODECA, y fijar ese día, todos los años, como "Día de la Integración Centroamericana", para su conmemoración cívica, "como herencia histórico-cultural para las futuras generaciones" y al mismo tiempo rendir un homenaje a la memoria del doctor J. Guillermo Trabanino, primer Secretario General del organismo regional, por su admirable labor de servicio a la comunidad centroamericana.

Pero la verdadera conmemoración en pro de la integración regional debe descender del templo de las aspiraciones al plano de las realidades, para lo cual se requiere fundamentalmente de decisión política, ya que la integración sólo se justifica cuando en verdad, efectivamente, se persiga el bien común, la elevación del nivel de vida del pueblo, que se debate, pese a tantos esfuerzos patrióticos, dentro del ignominioso círculo de la extrema pobreza, y cuando, en la satisfacción de las necesidades públicas, se dé clara prioridad, desde el punto de vista presupuestario, a la educación, a la salud y a la seguridad y a una pronta y cumplida administración de justicia, como lo establecía obligatoriamente la benemérita Constitución Política de 1950.

Convencido de ello, al colocarse la primera piedra del edificio de la Corte Suprema de Justicia, yo me permití manifestar que "no puede haber un disfrute verdadero de la libertad ni (un) auténtico desarrollo económico-social, en tanto la ignorancia, las enfermedades, la desnutrición y una defectuosa y lenta administración de justicia sean realidades de la vida pública nacional". Eso dije, como expresión de la más profunda convicción, cuando tenía la ingente responsabilidad de presidir el Órgano Judicial, que sobrevivía con los mismos reducidos medios de hacía veinte años, y agregué, luego de un examen de conciencia, que "en tanto la administración de justicia, con resabios ancestrales y recursos limitados, camina con muletas, con la lentitud con que lo hace un venerable anciano, la arbitrariedad y el abuso de autoridad se hacen presentes, en muchos casos, con celeridad sorprendente".

Ahora debo reconocer, con la misma franqueza, que el esfuerzo de superación presupuestaria ha sido ingente y patriótico, pero es obvio que el proceso de integración centroamericano, para su clara justificación histórica, debe contener indispensables elementos teleológicos y axiológicos, es decir, un fin primordial y unos valores básicos, y ellos no pueden ser sino la dignificación del ser humano y el pleno goce de sus derechos fundamentales.

Allá en 1822, en los albores de la independencia, cuando se cernía sobre América las amenazas de la Santa Alianza, para recuperar las antiguas colonias, el más erudito de los próceres centroamericanos, José Cecilio del Valle, quien se carteaba con filósofos de la talla de Jeremías Bentham, anticipándose a Bolívar, como precursor del Panamericanismo, propuso que "en la Provincia de Costa Rica o en León se formase un Congreso general, más espectable que el de Viena", para instituir un sistema de cooperación hemisférica, a fin de que América llegase a ser "grande como el continente por donde se dilata, rica como el oro que hay en su seno y majestuosa como los Andes que la elevan y la engrandecen".

El sabio Valle había estudiado el Proyecto de paz Perpetua de Abbé del St. Pierre, para el establecimiento de una Liga de Estados y una corte internacional, que promoviera la solución pacífica de los conflictos, y por ende, la paz en la comunidad de naciones, y así inició su célebre mensaje, que ahora pertenece al patrimonio espiritual de nuestra región, con esta frase estupenda:

"Soñaba el Abad de San Pedro;
y también yo sé soñar" ‘

Parodiando ese párrafo diamantino, este modesto ciudadano centroamericano se permite respetuosamente decir:

"Soñaba el Prócer del Valle;
y también yo sé soñar".

Sueño -evocando con ilusión- con una Centro América integrada y libre, cubierta por el manto majestuoso de la democracia y

la paz, en la que el niño, sano y nutrido, juegue y estudie, la mujer sea dignificada y redimida y el hombre tenga un empleo decoroso y la conciencia limpia; sueño con una patria en la que imperen la justicia, la solidaridad y el orden, y en que en su sagrado y cultivado territorio, citando el respetado adagio chino, se pueda orgullosamente proclamar que “el sable esta mohoso, el arado resplandeciente, vacía la cárcel y el granero lleno”.

Ese es el sueño que en este Día de la Integración Centroamericana, todos los ciudadanos de buena voluntad, pese a la crueldad lacerante de la realidad, implorando el auxilio de Dios, debemos evocar, pero procurando que nuestra conciencia cívica esté a la altura de la noble fantasía de tan edificante sueño.

San Salvador, 14 de octubre de 2002

Conferencia:

Vida y obra del Capitán General Gerardo Barrios

José Luis Lovo Castelar*

185

Señoras y señores

1. Introducción

Gerardo Barrios es el héroe que encarna el alma nacional salvadoreña.

No intentaré hacer gala de interpretación científica de los sucesos históricos en los que nuestro personaje brilla de manera admirable, pues me propongo concentrarme en trasladar un relato cronológico de los principales hechos de su vida y de sus circunstancias, como diría José Ortega y Gasset; y en forma sucinta, pues es un largo recorrido que cubre un espacio de más de treinta y cinco años de nuestra historia.

Dentro de las principales fuentes bibliográficas en que sustento este trabajo destaco a Ítalo López Vallecillos, en su obra en dos tomos “Gerardo Barrios y su tiempo”, a José Dolores Gámez en su libro “Gerardo Barrios ante la posteridad”, a Emiliano Cortés con su “Biografía del Capitán General Gerardo Barrios” y a José Alas García, en su “Historia de América Central”.

* Miembro de la Academia Salvadoreña de la Historia.

2. La cuna del héroe

José Gerardo Barrios Espinoza nació el 24 de septiembre de 1813 en la hacienda “El Espíritu Santo”, jurisdicción de Sessori, departamento de San Miguel, siendo el hijo mayor de los esposos don José María Barrios y doña Petrona Espinoza de Barrios. En esos días azolaba esa zona una epidemia, por lo que doña Petrona hubo de trasladarse de la hermosa casa en el casco de la hacienda a una casita de adobe, situada junto a una poza llamada “de la Juana” en el valle de el Izcanal, que hoy se ubica en la jurisdicción de Nuevo Edén de San Juan, antes San Juan Lempa, en donde dio a luz a José Gerardo, con la ayuda de una comadrona.

En esos tiempos de la colonia española, los registros de nacimiento los llevaba la Iglesia, la partida de nacimiento aparece asentada el 24 de octubre de 1813, firmada por el teniente de cura Francisco Paniagua, de la parroquia de Sessori, en el libro correspondiente a los años de 1804 a 1817, al folio 139, leyéndose en ella que éste hizo los exorcismos, puso óleo y crisma y bautizó solemnemente al infante José Gerardo, siendo su padrino don Tomás Castillo.

Nuestro máximo paladín nació circunstancialmente en precarias condiciones, si bien sus padres pertenecían a la clase de hacendados criollos, acaudalados y educados, que formaban a sus hijos en los principios religiosos del catolicismo. La familia Barrios además de El Espíritu Santo poseía las haciendas Candelaria, San Jorge, Managuara y El Carmen, en un total de 200 caballerías.

La hacienda El Espíritu Santo, donde nació Barrios, fue fundada por su abuelo paterno, don Pedro Joaquín Barrios, nacido en Francia de padres españoles; hermano de Claudio Barrios, un jefe de prestigio de la revolución francesa, vinculado a Robespierre, que falleció en el sitio de París, habiendo por ello emigrado sus hermanos a América, asentándose en San Miguel a fines del año 1792, donde formaron prósperas haciendas.

En ese tiempo la provincia de San Salvador comprendía el partido de San Miguel, que abarcaba todo el oriente de la república.

Gerardo Barrios tuvo dos hermanas legítimas, llamadas Petronila y María Josefa, la primera de las cuales fue casada con el que llegara a ser el famoso General Trinidad Cabañas; María Josefa se casó con Ignacio Díaz y en segundas nupcias, con N. Espinoza. Tuvo una hermana llamada Francisca, que murió en Estanzuelas y fue dueña de la hacienda Umaña.

3. La niñez y adolescencia

El niño Barrios fue educado por su abuelo Pedro Joaquín y por al menos dos preceptores, uno salvadoreño, Liberato Guerrero quien le enseñó a leer y otro francés, conocido como “El Noble”, radicado en San Miguel, de quien aprendió gramática, geografía, historia y matemáticas. Conoció desde su infancia el pensamiento revolucionario de Montesquieu, Voltaire y Rousseau, y se informó de las gestas que libraban en América, Bolívar, Hidalgo, San Martín y otros tantos luchadores de la independencia del continente.

A la muerte de su padre, Barrios fue protegido por don Jerónimo Quezada, que tenía telares, en donde se divertía con sus amigos.

De su adolescencia tenemos pocos datos: se afirma que en 1827, a los 14 años, trabajó en la comandancia de armas de San Miguel; se habla de viajes efectuados por Barrios a Guatemala y a León.

Entre sus amigos se contaba Marcos Villacorta, quien en cierta oportunidad, cuando llegó derrotado lo escondió en unas montañas.

Luego, por poco tiempo, fue secretario municipal de Cacahuatique, hoy Ciudad Barrios, donde también tuvo una casa que aún hoy se identifica, y acaso por esas circunstancias aparece en algunos autores que fue originario de ese lugar. También tuvo allí una finca de café, años después, en 1846. Siendo Presidente de la República la visitó varias veces y se dedicó a mejorarla, trazando él mismo una calle.

4. El medio político

Barrios fue testigo de la política española contraria al desarrollo económico de las colonias hispanoamericanas.

A los ocho años vio nacer, en 1821, a la República de Centroamérica.

Supo de la lucha de San Salvador contra la anexión al imperio del Iturbide, en 1822.

Conoció de la Asamblea Constituyente que el 22 de noviembre de 1824, bajo la presidencia del padre José Matías Delgado, promulgó la Constitución de la República Federal de Centroamérica, formada por cinco Estados, con capital en Guatemala.

Vio como se producía la elección presidencial de Manuel José Arce, quien tomó posesión el 25 de abril de 1825, después del gobierno federal provisional, constituido por el triunvirato de Arce, del Valle y Ohoran.

Se enteró del juramento de la Constitución dado por los jefes de los cinco Estados, Juan Barrundia, de Guatemala; Juan Vicente Villacorta de El Salvador; Dionisio Herrera, de Honduras; Juan Mora de Costa Rica; y Manuel Antonio de la Cerda de Nicaragua.

5. La primera Guerra Civil

En 1826 se inició la primera guerra civil en Centroamérica, que duraría hasta 1829, en la que fulgura la figura de Francisco Morazán, a cuyas gestas se uniría plenamente Barrios, hasta su muerte en 1842.

El general Arce, llevado por los liberales al poder federal, entró en choque con éstos y depuso al Jefe de Estado de Guatemala, Juan Barrundia; Arce emitió 2 decretos calificados por sus adversarios de inconstitucionales, del 10 de marzo y del 31 de octubre de 1826, lo que justificaba los alzamientos. El Salvador y Honduras,

regidos por liberales, se rebelaron. Frente a ello, el gobierno federal invadió a El Salvador y Honduras, para someterlos al orden.

Arce triunfó en Arrazola y fue vencido en Milingo por los salvadoreños. Las luchas de Morazán en Honduras, se iniciaron enfrentándose al coronel José Justo Milla, quien se había adueñado de la situación de ese país.

6. La Trinidad

En la batalla de “La Trinidad”, Morazán venció a Milla, el 11 de noviembre de 1827, y un día después ocupó Tegucigalpa. En El Salvador, el Jefe de Estado Mariano Prado, de línea liberal, se organizó para combatir al Poder Federal. El general Arzú derrotó al general Rafael Merino en Chalchuapa el 1º. de agosto de 1828 y puso sitio a San Salvador desde el 3 de marzo hasta fines de septiembre de 1828. El gobierno federal había logrado dominar la situación, especialmente por medio del coronel Vicente Domínguez, quien venció en Quelepa el 13 de abril de 1828. Domínguez también venció a los morazanistas, dirigidos por el coronel hondureño Márquez, en la batalla de Goascorán, el 25 de ese mismo mes.

En San Salvador, los patriotas José Matías Delgado, Mariano Prado y Juan Manuel Rodríguez luchaban por detener el avance de los federalistas.

La llegada de Vicente Domínguez al departamento de San Miguel y su movilización por Quelepa, San Jorge y El Espíritu Santo, a pesar de las advertencias de la familia, impulsó al joven Gerardo Barrios, de sólo 15 años de edad, a alistarse como soldado de Morazán, que había acampado en Lolotique, con las fuerzas hondureñas que venían a apoyar al jefe Mariano Prado; Barrios desde entonces y por espacio de quince años formó parte de la base guerrera del ejército de Morazán.

Gualcho

Su primera batalla tuvo lugar el 5 de julio de 1828, en Gualcho, en la que se batió al lado de los texiguats hondureños y leoneses nicaragüenses. La batalla de Gualcho fue un trascendental triunfo de Morazán, -el arrojo y valentía de Barrios hicieron que éste fuera incorporado desde ese instante al grupo de oficiales.

San Antonio

En el transcurso de la guerra civil tuvo lugar la batalla de San Antonio, la segunda gran batalla en que participó Barrios, el 9 de octubre de 1828. La caballería en la que iba el Teniente efectivo Gerardo Barrios, se destacó por su movimiento efectivo en el combate.

Morazán entró en San Salvador el 23 de octubre de 1828, siendo recibido con júbilo por el pueblo, que vitoreó al vencedor de los enemigos del Estado salvadoreño. Entre los oficiales que lo acompañaban, venía el Teniente Gerardo Barrios.

Campaña de Guatemala

Continuando la guerra, Morazán invadió Guatemala, con tropas hondureñas y salvadoreñas, produciéndose las batallas de Mixco el 15 de febrero de 1829 y de San Miguelito y de Las Charcas, el 6 de marzo de 1829. El 11 de abril de 1829 culminó la toma de Guatemala por el ejército protector de la ley. En la campaña de Guatemala el joven Barrios, de 16 años, actuó ya como Capitán.

Años de 1829-1830

Concluida la guerra, en los años de 1829-1830, Barrios permaneció en Guatemala, conociendo de cerca los desarrollos de la política regional y el restablecimiento del orden en la gestión liberal.

En 1830, en lugar de continuar con Morazán, escuchó el llamado de su padre, don José María, quien lo reclamaba en San Miguel para que se hiciera cargo de la explotación añilera.

Barrios regresó a San Miguel, ocupándose de los asuntos familiares, pero mantenía correspondencia con Cabañas y otros liberales con quienes había hecho amistad.

El 16 de septiembre de 1830, Morazán subió a la Primera Magistratura de la nación centroamericana, habiendo vencido a José Cecilio del Valle. En San Salvador triunfó como Jefe de Estado José María Cornejo. En Guatemala era Jefe de Estado el Dr. Mariano Gálvez.

7. Segunda Guerra Civil

Frente a conspiraciones constantes, Morazán decidió trasladar la capital federal a San Salvador en 1832, pero se encontró con la oposición del jefe salvadoreño José María Cornejo. La asamblea ordinaria de El Salvador rechazó la propuesta y el primero de enero de 1832 lo comunicó a Morazán, que estaba en camino a San Salvador con 28 acompañantes. El general Villaseñor, enviado de Cornejo, lo esperó en Santa Ana, pidiéndole abandonar el territorio, lo que hubo de efectuar.

Morazán, con el apoyo de los jefes de Guatemala, Honduras y Nicaragua, trazó un plan de ataque contra Cornejo. Morazán invadió por San Miguel; el general Salazar ocupó Santa Ana. En fin, se abrieron cuatro frentes de guerra.

El presidente Cornejo envió al general Vicente Villaseñor al pueblo de Jocoro a oponerse a Morazán. La batalla de Jocoro, del 15 de marzo de 1832, fue una nueva victoria para Morazán. Morazán se trasladó a San Miguel donde se le unieron voluntarios liberales para derrocar a Cornejo. Entre ellos, el capitán Gerardo Barrios, quien era buscado desde antes por el Gobernador departamental.

Cornejo se fortificó en San Salvador, que fue sitiada por Morazán, quien atacó por La Chacra. Después de la batalla, Cornejo, prisionero, fue conducido a Guatemala. Morazán asumió la jefatura de El Salvador interinamente. Después, en elecciones, resultó electo como Jefe de Estado Mariano Prado.

Barrios participó en el sitio y toma de San Salvador del 28 de marzo de 1832, al lado de Morazán.

Morazán retornó a Guatemala, en tanto Barrios volvió a San Miguel. La tranquilidad cundió en la región, pero duró poco tiempo.

En 1833, en Santiago Nonualco, fue el alzamiento del indio Aquino, quien fue pasado por las armas el 24 de julio de ese año.

8. La Tercera Guerra

En 1834 de nuevo estalló la guerra entre el Gobierno Federal y el salvadoreño, presidido por el general José María San Martín, venciendo el Gobierno Federal.

9. Barrios en política

En 1834 Gerardo Barrios aceptó su postulación y fue electo diputado por el distrito de San Miguel y en la asamblea del Estado de El Salvador, reunida en San Vicente, sede del gobierno estatal, fue designado diputado secretario, teniendo apenas 24 años, cargo que ocupó por espacio de dos años.

A principios de 1834 las autoridades federales se trasladaron a Sonsonate y el año siguiente a San Salvador, como distrito federal. En 1835 terminó Morazán su período y se procedió a verificar las elecciones, saliendo electo Valle, pero como éste falleció, el congreso reeligió a Morazán.

En 1836 resultó electo Diego Vigil como Jefe de Estado salvadoreño y Barrios, que había cesado en sus funciones de diputado,

fue nombrado por éste como gobernador y jefe militar de San Miguel. (1836-1838).

En 1837 surgió la siniestra figura de Rafael Carrera, en Guatemala, quien encabezó una insurrección en el distrito de Mita, que tomó auge en 1838, poniendo en crisis a la Federación.

En 1838 Barrios, de 25 años, fue nombrado Presidente de la Asamblea Salvadoreña, en la que luchó por mantener la unidad de Centroamérica.

10. La Cuarta guerra

El Salvador era el único Estado donde existían autoridades federales. Por eso Nicaragua y Honduras en la línea conservadora se unieron en contra de El Salvador, mediante un pacto del 18 de enero de 1839 y trajeron la guerra separatista en su contra. Timoteo Menéndez era el Jefe de Estado y encargó a Morazán la defensa del país. Invadieron el país, por el lado de San Miguel, 1000 nicaragüenses, al mando de Bernardo Méndez, combinado con el General Francisco Ferrera, viniendo de Honduras.

Morazán se enfrentó a estas fuerzas. Barrios se incorporó al ejército protector de la federación, dejando la presidencia de la asamblea.

11. El Espíritu Santo

El 6 de abril de 1839 se produjo la batalla del Espíritu Santo, en la hacienda propiedad del Capitán Gerardo Barrios y con su auxilio, Morazán en hábil estratagema venció completamente a las tropas que conducía el General Francisco Ferrera, su terrible enemigo.

En tanto, Rafael Carrera dominaba a Guatemala, que se separó de la federación, Morazán fue electo Jefe del Estado de El Salvador y de nuevo es atacado por Nicaragua, Honduras y Guatemala.

12. San Pedro Perulapán

En la batalla de San Pedro Perulapán, el 25 de septiembre de 1839, un día como hoy, hace 163 años, Morazán venció de nuevo a Ferrera. Barrios, quizá por su heroica acción en la toma del campamento, fue ascendido a Teniente Coronel en esa batalla, en la que fue herido en una pierna, lesión que lo dejó renco de por vida.

13. Derrota en Guatemala

Con ese triunfo, y en procura de la unión centroamericana, Morazán decidió invadir Guatemala, con 1400 soldados, tomándola el 19 de marzo de 1840. Pero al día siguiente, el 20 de marzo de 1840, con refuerzos en hombres y armas, Carrera retomó la ciudad, habiendo forzado la retirada de Morazán, quien con grandes pérdidas regresó a El Salvador. Después de esa derrota toda Centroamérica se coaligó contra El Salvador.

14. En el exilio

Morazán para evitar a la nación nuevos sacrificios decidió relevarse del cargo de Jefe del Estado salvadoreño y dejó el mando en Antonio José Cañas, quien fue sucedido por Norberto Ramírez, después por Juan Lindo, en 1841, e interinamente por el General Escolástico Marín, en 1842. Morazán partió al exilio el 5 de abril de 1840, a bordo de la goleta Izalco, siendo acompañado por 36 de sus fieles amigos, entre ellos el Teniente coronel Gerardo Barrios, de 27 años de edad.

Solicitaron estos valerosos combatientes asilo en Costa Rica, que fue concedido parcialmente, por lo que muchos exiliados continuaron con Morazán hacia el sur (Panamá y Perú). Barrios se quedó en Costa Rica con otros patriotas. Era la época del dictador don Braulio Carrillo.

15. Extinción de la República Federal

El pacto federal estaba roto. Cada Estado asumió soberanía. Nicaragua, Honduras y Costa Rica en 1838. Guatemala en 1839. El último fue El Salvador, que emitió decreto el 1º. de febrero de 1841 siendo Jefe de Estado el hondureño Juan Lindo, declarándose nación libre e independiente y tomando el nombre de República de El Salvador. Promulgó su constitución el 18 de febrero de 1841.

16. Retorno de Morazán

En enero de 1842, del sur retornó Morazán a Centroamérica, en el bergantín “Cruzador”, acudiendo a un llamado del gobierno de Pablo Buitrago, a fin de ofrecer sus servicios contra la penetración inglesa en el norte de Nicaragua.

En Costa Rica se le juntaron algunos salvadoreños, entre ellos Gerardo Barrios, dirigiéndose hacia costas salvadoreñas, desembarcando en La Unión.

Morazán, acompañado del General Saget, del Coronel Gerardo Barrios y otros se dirigió a San Miguel, en donde recibió respuesta rechazando su colaboración. Morazán hubo de embarcarse de nuevo hacia el sur, en “el Cruzador”, seguido de 4 naves más. Partió con el grueso de sus tropas, desde la isla Martín Pérez, en el golfo de Fonseca, dirigiéndose a Costa Rica.

17. Campaña de Costa Rica

En Costa Rica, mediante un pacto con el General Vicente Villaseñor, salvadoreño, que era jefe del ejército de ese Estado, asumió el poder como Jefe Provisorio, entrando en San José el 13 de abril de 1842.

El 15 de julio de 1842 la Asamblea de Costa Rica nombró al General Morazán como Presidente Constitucional de ese país y lo proclamó benemérito y libertador del Estado.

Morazán organizó 4 batallones para sostener la guerra, planteada frente a los demás países del istmo, estando éstos a cargo del Cnel. Máximo Cordero, del Gral. Trinidad Cabañas, del Gral. Nicolás Ángulo y del Cnel. Gerardo Barrios.

En tales circunstancias se produjo una sublevación en Costa Rica en contra de Morazán, que concluyó con la captura de éste y su fusilamiento el 15 de septiembre de 1842, junto con el Gral. Villaseñor.

18. Los Coquimbos

Gerardo Barrios, junto con los otros morazanistas cae en Costa Rica prisionero de guerra, pero lograron que El Salvador les concediera asilo, siendo gobernante interino del país el Dr. Juan José Guzmán, lo que granjeó a este la oposición del Ministro de Guerra, General Francisco Malespín.

Los morazanistas salieron hacia El Salvador el 3 de diciembre de 1842, de Puntarenas, en el vapor Coquimbo, nombre que los bautizó en el futuro. Su llegada a la libertad fue a fines de 1842.

El Cnel. Barrios, se dirigió a San Miguel, reuniéndose con sus hermanas y amigos, gozando de un gran prestigio, como un ser de leyenda, contando apenas con 29 años. Un joven guerrero, ya un caudillo; heredero político de Morazán.

Durante 1843 Barrios se dedicó a trabajar sus propiedades en San Miguel, incorporándose además a la vida social de la ciudad.

Ese mismo año, el 16 de diciembre de 1843, contrajo matrimonio con Adelaida Guzmán, de 17 años, hija de Joaquín Eufrasio Guzmán.

19. Conflicto de 1844 con Guatemala

En 1844, el 7 de febrero, asumió la presidencia de El Salvador, el General Francisco Malespín, siendo Vice Jefe el mencionado suegro de Barrios, General Joaquín Eufasio Guzmán.

Por diferencias con Rafael Carrera, que apoyaba al General Manuel José Arce, que penetró hasta Atiquizaya y fue derrotado en Coatepeque, Malespín invadió a Guatemala, en mayo de 1844, acompañado de Trinidad Cabañas y Gerardo Barrios, por Chiquimula. Barrios era el jefe divisionario del ejército salvadoreño, que avanzó sobre Jutiapa, donde se desistió el avance ante el poderío de Carrera y la falta de provisiones de Quezada.

20. Insurrección en San Miguel

El 16 de junio de 1844, Malespín nombró a Barrios como Comandante General de San Miguel.

El 5 de septiembre de 1844 Cabañas organizó una insurrección en San Miguel, logrando el apoyo de Barrios, siendo derrotados. No encontrando apoyo se refugiaron en Nicaragua, que les dio asilo.

El hondureño Francisco Ferrera se alió con Malespín y exigieron a Nicaragua la entrega del grupo Coquimbo, que el presidente Emiliano Madrid se negó a considerar.

21. Sitio de León

Es así que el 14 de noviembre de 1844 Malespín invadió Nicaragua, con tropa salvadoreña, y se le unió tropa hondureña, al mando del General Santos Guardiola. Para llevar adelante la campaña depositó el mando en el Vice Jefe, Joaquín Eufasio Guzmán.

Durante 59 días sitiaron León, donde se refugiaban Barrios y Cabañas, que traicionados por el General Isidoro Saget, fue tomada la ciudad, masacrando a la población, el 22 de enero de 1845.

22. Derrocamiento de Malespín

Antes de la toma, Cabañas y Barrios habían sido obligados a dejar León, en procura de un Acuerdo de Paz, Barrios, adelantado en su regreso a El Salvador, astutamente regó la especie de la derrota en Nicaragua de Malespín, convenciendo al General Joaquín Eufasio Guzmán a asumir la jefatura del Estado.

El 10 de febrero de 1845 regresó Malespín a tratar de recuperar el poder. Venció a Cabañas en Quelepa, pero fue derrotado por el presidente Guzmán en la jornada de Montero el 22 de febrero de 1845.

23. Guerra con Honduras

Con apoyo de Honduras, Malespín penetró en territorio salvadoreño a fines de abril de 1845 y en represalia El Salvador invadió Honduras el 2 de junio de 1845, con resultados fallidos. Barrios dirigió las operaciones en San Miguel, como ayudante militar de Guzmán.

Guzmán nombró al General Nicolás Ángulo como jefe de sus tropas y el 15 de agosto de 1845 este venció a Santos Guardiola, que ya había tomado La Unión y San Miguel, en la batalla de El Obrajuelo.

El 27 de noviembre de 1845 se concertó la paz entre Honduras y El Salvador.

24. Viajes a Europa

El 16 de enero de 1846, Barrios y doña Adelaida viajaron a Estados Unidos y Europa. De sus 33 a 37 años estuvo fuera del país.

Del 10 al 26 de abril de 1846 visitó España.

De mayo de 1846 a marzo de 1848 visitó Italia.

De marzo de 1848 a 1849 visitó Bélgica, Holanda, Inglaterra y Francia.

Se relacionó con altas personalidades europeas (Isabel III, Napoleón III). A su regreso a El Salvador, a fines de 1849, Barrios compró casa en San Salvador en la calle del Calvario, a inmediaciones de la Catedral, en la esquina formada hoy por la 6ª. Calle poniente y la 6ª. Avenida sur. Se dedicó al cultivo del café en Cacahuatique.

En 1851 y 1855 también se registran viajes a Europa.

25. Batalla de La Arada

En 1851 se desarrolló guerra de El Salvador y Honduras contra Rafael Carrera, siendo Presidente de El Salvador Doroteo Vasconcelos. El 2 de febrero de 1851 en la batalla de la Arada vence Guatemala. Gerardo Barrios ya como General, fue uno de los jefes militares liberales, junto con Cabañas y Saget. El General Barrios tomó el Chingo con 250 soldados migueleros.

26. La campaña nacional

Invadida Nicaragua por los filibusteros capitaneados por William Walker, el Presidente de El Salvador, don Rafael Campo, confió al General Gerardo Barrios la delicada misión diplomática de concertar con el General Carrera, Presidente de Guatemala, los

convenios del caso para que ambos países acudieran en defensa de la hermana República en desgracia. Barrios y Carrera se entrevistaron el 7 de marzo de 1857.

En mayo de 1857 Barrios salió al frente de batalla como General en Jefe del Ejército expedicionario de El Salvador, para liberar a Nicaragua, en donde su presencia tuvo un efecto directo en la conclusión de la guerra, al precipitar la capitulación de Walker.

27. De nuevo en la política nacional

El 8 de junio de 1857, Barrios ingresó triunfalmente a San Salvador, en donde fue recibido jubilosamente.

Superó diferencias surgidas con el Presidente Campo, a cuya autoridad se sometió en la ciudad de Cojutepeque, entonces capital de El Salvador.

Bajo el régimen del Presidente Santín del Castillo, Gerardo Barrios fue Ministro de Relaciones Exteriores, del 31 de marzo al 24 de junio de 1858.

Fungió, siendo Senador, del 24 de junio al 20 de septiembre de 1858, como Encargado de la Presidencia de la República, período durante el cual trasladó la capital de Cojutepeque a San Salvador.

Del 20 de septiembre de 1858 al 8 de enero de 1859 fue de nuevo Ministro de Relaciones Exteriores.

Habiendo sido nombrado Comandante General de las Armas, renunció a ese cargo el 10 de enero de 1859, para ocupar un asiento en el senado.

Como Senador, de nuevo ocupó la Primera Magistratura del país, del 9 de marzo a octubre 1859.

El 24 de enero de 1860 fue nombrado Capitán General por decreto de la Asamblea Legislativa.

Fue electo Presidente Constitucional del país del 28 de enero de 1860, para el período 1860-1865, fungiendo como tal hasta el mes de octubre de 1863.

28. Barrios Presidente

Barrios ejerció el cargo de Presidente Constitucional, del 1° de febrero de 1860 hasta el 26 de octubre de 1863.

28. Obra administrativa

Su obra administrativa es sorprendente, por su calidad, cantidad y variedad, teniendo en cuenta el reducido tiempo de su gestión presidencial y los bajos presupuestos de la época.

Como lo podemos comprobar, fue notable en los campos de la hacienda pública, la cultura e instrucción popular, obras públicas, justicia, salud, comercio, industria, agricultura, bellas artes y fuerza armada; distinguiéndose por su probidad, energía y eficiencia.

En un medio caracterizado por sistema y estructura coloniales, Barrios lucha por crear una nueva sociedad fundada en el derecho y encaminada a la justicia y el progreso, enfrentándose a la oposición interna profundamente conservadora y a intereses de los países vecinos, que defendían los sistemas caducos y medievales.

Es así que bajo su mandato se modernizan las leyes de El Salvador. Se estableció un juez letrado en cada uno de los departamentos de la República y se instauró el jurado.

Se estimularon todas las actividades económicas, sobre todo en el campo agrícola, en donde se impulsó el cultivo del café, concediendo premios a los caficultores, y éste llegó a constituirse el principal patrimonio de los salvadoreños; se fomentó el cultivo de la morera para la industria de la seda; se apoyó la industria del añil. (Se fundó un hospital en San Salvador y hospitales en las princi-

pales ciudades del país). Se impulsó el cultivo de la caña de azúcar. Se fomentó la extracción del hule en El Salvador.

Se volvió pionero de la defensa de los recursos naturales y sentó las bases para la preservación de los bosques.

Veló por el buen manejo de las cuentas del Estado.

Se introdujo el agua potable en San Salvador.

En el campo de la educación, decretó que hubiera una escuela por cada 500 habitantes, aumentó en más de 100 el número de las escuelas existentes y fundó las tres primeras escuelas normales, en Santa Ana, San Salvador y San Vicente, bajo la dirección de los profesores Santiago Barberena padre, don Manuel Andrade y don Alejandro Arrué Jiménez.

Fundó la escuela de música y bellas artes, dirigida por el profesor Dorat, gran pintor francés, impulsando en especial el teatro y la pintura.

Fundó la primera escuela de artes y oficios.

Se empeñó por traer al país hombres ilustres y virtuosos para profesores de la universidad, (como Bellegarigue, Bouineau, Bonald, San Clemente y otros).

Pidió a Europa un fuerte lote de libros de instrucción general y se dio principio a una biblioteca que se instaló en un aula del colegio nacional, bajo el cargo del director del establecimiento, don Diego O'meany.

Barrios abrió al tráfico universal el Puerto de La Libertad, de lo cual el país ha reportado incalculables beneficios.

Se construyeron carreteras para el Puerto de la Unión, San Vicente y Cojutepeque.

Se construyeron puentes y acueductos. Se concluyó la carretera de Santa Ana a Acajutla.

Se construyó el puente de hierro sobre el río San Miguel.

Se compraron edificios para la Corte Suprema de Justicia y oficinas de Hacienda.

Se dio un decreto prohibiendo la venta e introducción de licores fuertes extranjeros y disponiendo el expendio por cuenta del Estado.

Se concluyó la organización del ejército proveyéndolos de nuevos armamentos y vestidos.

Se introdujo la técnica europea al contratar una misión francesa que enseñó la táctica y la fortificación.

Se fundaron las bandas regimentales.

Organizó la sociedad de obreros La Concordia.

Puso la primera piedra de la Catedral de San Miguel.

Fundó un hospicio para niños huérfanos en la capital.

En el orden sanitario, se introdujo la vacuna contra la viruela.

En el orden dietético se introdujo la harina de trigo, por decirlo así, nos trajo el pan francés.

En el orden político, separó la Iglesia del Estado, de acuerdo con la ideología liberal y se estableció para los sacerdotes la obligación de jurar la constitución.

La libertad de asociación, de reunión y de sufragio, fueron efectivas, así como la libertad de imprenta, estableciendo así las bases de una naciente democracia.

Se incrementaron las rentas nacionales.

30. Barrios y el unionismo

La obra de Gerardo Barrios, relacionada con los destinos de Centroamérica se vincula estrechamente al pensamiento morazánico y del Partido Liberal, hermanándose ideológicamente con Trinidad Cabañas, Máximo Jerez y Rafael Mora, partidarios de la reconstrucción nacional.

Barrios puso su vida al servicio de la unión, la que consideraba necesaria para que Centroamérica tuviera una estatura de dignidad frente al resto de Estados del mundo, puesto que nuestros

elementos geográficos divididos resultan risibles frente a las demás naciones.

Barrios exclamó: “por la unión centroamericana romperé en mil pedazos el bastón de mando de El Salvador, y la seguiré con el sacrificio de mi vida y de mis intereses. Quiero morir envuelto en el hermoso Pabellón Nacional que nos legaron nuestros antepasados, y no en el triste pañal que cubre la miseria de las cinco secciones de Centroamérica”.

31. La caída de Barrios

Barrios, encarnación genuina del ideal unionista alcanzó la muerte por ese empeño.

Su trágico destino se relaciona con el Pacto de San Miguel, suscrito el 10 de julio de 1862 con Máximo Jerez, para unir en primera providencia los Estados de El Salvador, Honduras y Nicaragua, lo que causó la enemistad del General Carrera, en Guatemala, seguida de un cambio de posición del General Tomás Martínez de Nicaragua. Llevó las hostilidades contra El Salvador, quien sostuvo una guerra doble, que después se volvió triple, pues a las fuerzas de Guatemala se sumaron las de Nicaragua y Honduras, en la guerra de 1863.

Los enemigos del ideario unionista, en connivencia con el Presidente Rafael Carrera de Guatemala, invadieron a El Salvador, Gerardo Barrios los vence en la batalla de Coatepeque el día 24 de febrero de 1863.

Recuperados de la derrota y merced a la traición del General Santiago González, quien estaba al frente del ejército en Santa Ana y se proclamó Presidente Provisional de El Salvador, las tropas del General Carrera avanzaron hasta sitiar la ciudad de San Salvador en septiembre de 1863.

Del 29 de septiembre al 26 de octubre de 1863 San Salvador resistió el sitio.

Barrios rompió el cerco infernal de 3 ejércitos y bajo la persecución del enemigo logró salir por el camino de Mejicanos, hasta que logró embarcarse el 18 de noviembre del mismo año, disfrazado de marinero, a bordo de un barco inglés que lo condujo a Panamá.

32. Barrios exilio y muerte

En su expatriación se instaló en los Estados Unidos y en Costa Rica, habiéndole otorgado asilo político Costa Rica. La Cancillería salvadoreña reclamó su extradición, y ante la negativa de ese hermano país se suspendieron las relaciones diplomáticas.

Habiendo sido llamado por el General Cabañas, quien intentó un alzamiento el 15 de mayo de 1865, Gerardo Barrios zarpó a bordo del velero Manuela Planas y se internó en el Golfo de Fonseca, pero en la Isla de Meanguera recibió la noticia de que Cabañas había sido derrotado.

Barrios decidió retornar a Panamá en el mismo navío, bajo una fuerte tempestad y cuando pasaba frente al volcán de Cosigüina un rayo fulminó el palo de mesana y el velero naufragó.

Al llegar a tierra, Barrios fue reducido a prisión. El presidente de Nicaragua Tomás Martínez, en un pacto de la infamia extraditó a Gerardo Barrios a El Salvador, entregándolo a su enemigo mortal, Francisco Dueñas, quién irrespetó el convenio que prohibía ejecutarlo.

Barrios esposado, arribó a la libertad el día 28 de julio de 1865. Después de un mes de martirio fue condenado a muerte por un Consejo de Guerra que presidía el General Santiago González.

Barrios fue fusilado el día 29 de agosto de 1865, en horas de la madrugada, en el cementerio de San Salvador. El pueblo disputó a los verdugos el cadáver del héroe.

En la última carta a su esposa Adelaida manifestó perdón a sus asesinos.

33. Cierre

Gerardo Barrios, símbolo de autonomía y de la dignidad nacional, representa la responsabilidad moral y patriótica tanto en el hogar como en la sociedad y en el cargo público, en defensa de la libertad y la justicia.

Constructor hábil y honrado, incorruptible, luchó contra los servilismos, la opresión y el peculado. Su coraje y amor a Centroamérica se anidan en el espíritu salvadoreño y en la marcha que aquel nombre ha inmortalizado.

La figura de Barrios es para los salvadoreños más que un tema histórico, es el símbolo de la grandeza del destino nacional.

Barrios fue un hombre superior, tanto por su carácter como por su intelecto e ideales y enfrentado a una época y medio ambiente de retraso, se perfiló como un elemento hostil para aquella sociedad añeja. Barrios tenía el carisma del caudillo, la sabiduría del estadista y la visión del reformador. Por eso se le venera.

Los cambios y adelantos que propició crearon el país en que vivimos. Su esfuerzo se dirigió al establecimiento de la igualdad política y civil y para ello implantó los principios republicanos con un evangelio democrático.

Concluyo con una de tantas frases célebres de Gerardo Barrios: **“Para que puedan triunfar nuestros enemigos será necesario que pasen sobre millares de ilustres víctimas, y mi mayor gloria será que se ponga mi nombre en la lista de ellas”**.

Gracias

III

Jurisprudencia

“61-2009 INCONSTITUCIONALIDAD

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las nueve horas con treinta minutos del día veintinueve de julio de dos mil diez.

El presente proceso de inconstitucionalidad ha sido promovido por el ciudadano Félix Ulloa hijo, abogado y notario, del domicilio de San Salvador, a fin de que este Tribunal declare la inconstitucionalidad de los arts. 211. -215. 216. 218, 239, 250 inc. 1º y, 262 inc, 6º del *Código Electoral (CE)*, emitido mediante el Decreto Legislativo nº 417, de 14-XII-1992, publicado en el Diario Oficial nº 16, tomo 318, de 25-I-1993, y reformado mediante: el Decreto Legislativo nº 666, de 29-IX-1993, publicado en el Diario Oficial nº 183, tomo 321, de 1-X-1993; el Decreto Legislativo nº 855. de 21-IV-1994, publicado en el Diario Oficial nº 74, tomo 323, de 22-IV-1994; el Decreto Legislativo nº 669, de 22-VII-1999, publicado en el Diario Oficial nº 158, tomo 344, de 27-VIII-1999; el Decreto Legislativo nº 843, de 13-X-2005, publicado en el Diario Oficial nº 203, tomo 369, de 1X1-2005; y el Decreto Legislativo nº 502, de 6-XII-2007, publicado en el Diario Oficial nº 1, tomo 378, de 3-I-2008, por la supuesta violación a los arts. 72 ord. 3º, 78, 80 inc. 1º y 126 de la Constitución (Cn.).

Las disposiciones impugnadas establecen:

Código Electoral.

“Art. 211.- En la solicitud de inscripción de planillas totales para Candidatos a Diputados al Parlamento Centroamericano, se hará mención expresa del Partido o Coalición contendientes

* “En la presente edición se han respetado íntegramente la estructura y el estilo gramatical de la Corte Suprema de Justicia.

por los cuales se postula, con el objeto de ser registrados en el libro debidamente legalizado, que para tal efecto llevará el Tribunal. Los partidos políticos podrán solicitar la inscripción de candidaturas de una misma persona para el cargo de Diputados al Parlamento Centroamericano y Diputados a la Asamblea Legislativa, *pero* en ningún caso podrán ejercerse ambos cargos simultáneamente.

Art. 215.- La solicitud de inscripción de planillas y todos los documentos necesarios se presentarán al Tribunal, dentro del período de inscripción. Son documentos necesarios para la inscripción: 1) Certificación de la partida de nacimiento del Candidato postulado o el documento supletorio en su caso; 2) El carné electoral o fotocopia del mismo o constancia de inscripción en el Registro Electoral; 3) Certificación del punto de acta en el que consta la designación del Candidato postulado hecha por el Partido Político o Coalición postulante, de conformidad con sus estatutos o pacto de coalición; 4) Certificación de la partida de nacimiento o documento supletorio del padre o de la madre del Candidato postulado o de la resolución en que se concede la calidad de salvadoreño (a) cualquiera de los mismos; y 5) Constancia de afiliación extendida por el representante legal del Partido Político proponente. Los candidatos antes mencionados contarán con un plazo de sesenta días a partir de la fecha de la toma de posesión para presentar ante el Tribunal Supremo Electoral la Solvencia de Impuesto de Renta, en su caso, finiquito de la Corte de Cuentas de la República y Solvencia Municipal del domicilio del candidato; en caso no las presentaren dejarán de ejercer sus funciones siendo sustituidos por sus respectivos suplentes hasta que cumplan con los requisitos mencionados.

Art. 216.- El conjunto de candidatos inscritos para Diputados por las quince circunscripciones, forman las planillas totales

respectivas de los Partidos Políticos o Coaliciones contendientes a favor de las cuales se emite el voto.

Art. 218.- En la solicitud de inscripción de planillas totales de candidatos postulados; se hará mención expresa del Partido o Coalición de Partidos por los cuales se postula. No podrá inscribirse la candidatura de una misma persona para el cargo de Diputado, más que por una sola circunscripción.

Art. 239.- El Tribunal elaborará el modelo de las papeletas conforme a las candidaturas inscritas, separando en el frente, claramente, el espacio correspondiente a cada uno de los Partidos Políticos o Coaliciones contendientes, en el que se imprimirá el nombre del Partido o Coalición, sus respectivos colores, siglas, distintivos o emblemas, las cuales en sus tonalidades y diseños serán previamente aprobados por los Partidos Políticos Coaliciones contendientes, a más tardar cuarenta y cinco días antes de la celebración de las elecciones. En este mismo frente se imprimirá el tipo de elección de que se trate. En el reverso, las papeletas llevarán impresos el sello del Tribunal, el escudo de la República, un número correlativo de orden por papeleta y un número que coincida con el de la Junta Receptora de Votos a que corresponde, con un espacio para la firma del Secretario y el sello de la Junta Receptora de Votos correspondiente. Los espacios destinados en la papeleta para cada Partido Político o Coalición, serán sorteados entre los Partidos Políticos o Coaliciones contendientes, con la presencia de los representantes de éstos ante el Tribunal, en la fecha que indique éste. Los últimos tres dígitos del número correlativo correspondiente al número de orden de las papeletas, impreso en el reverso de éstas deberá ser retirado al ser entregadas al votante. Para tal efecto se perforará la esquina en que estén impresos los últimos tres dígitos de dicho número. El Secretario de la Junta Receptora de Votos

será quien desprenda la esquina perforada en que aparezcan los referidos dígitos del número correlativo, y los colocará en un depósito especialmente destinado para ello. Las papeletas de votación para los diferentes tipos de elección deberán estar impresas a más tardar veinte días antes de la celebración de las elecciones de que se trate y en la medida en que se vayan imprimiendo se irá poniendo a disposición, de los Partidos y Coaliciones contendientes así como de la Junta de Vigilancia, un modelo de cada una de ellas [sic] para Presidente y Vicepresidente, Diputados y Concejales Municipales, según el caso, a fin de que éstos constaten que en dichas papeletas estén los símbolos y divisas de los Partidos o Coaliciones contendientes y que no hayan demás [sic] o falte alguno en la papeleta de que trate.

Art. 250 [inc. 1º].- El ciudadano emitirá su voto haciendo cualquier marca, en el espacio del Partido Político o Coalición de su simpatía, que evidencie inequívocamente el voto.

Art. 262 [inc. 6º] - Cuando un partido político o coalición obtenga uno o más Diputados, se entenderán electos los inscritos por orden de precedencia en la planilla.”

Han intervenido en el proceso, además del demandante, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos y considerando:

I. En el trámite del proceso, los intervinientes expusieron lo siguiente:

1. A. Los motivos de inconstitucionalidad alegados por el ciudadano Félix Ulloa hijo pueden resumirse de la siguiente manera:
a. Violación a los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn. por parte de los arts. 211 y 215 inc. 2º núm. 3 del CE.

El demandante manifestó que en el texto de los arts. 72 ord. 3º, 126, 151 y 202 Cn. quedan claramente establecidos los requisitos constitucionales que deben reunir los candidatos que se presenten

a cada uno de los tres tipos de elecciones para optar a cargos electivos que contempla nuestro sistema político en el art. 80 Cn.

Cumpliendo con el mandato constitucional -continuó-, todo candidato al cargo de Presidente de la República, además de reunir los requisitos de pertenecer al estado seglar, edad, moralidad e instrucción notarias y el estar en el ejercicio de sus derechos ciudadanos, debe estar afiliado a uno de los partidos políticos reconocidos legalmente.

A los candidatos a miembros de los concejos municipales -siguió- se les exige ser mayores de 21 años de edad y ser originarios o vecinos del municipio, no así el requisito de estar afiliados a uno de los partidos legalmente reconocidos. Sin embargo, el mismo art. 202 Cn. dejó al legislador secundario la potestad de adicionar dicho requisito cuando en su inc. 2º parte final concluye: “[...] y sus demás requisitos serán determinados por la ley”.

Diferente a los dos casos anteriores -observó- son los requisitos exigidos por nuestra Constitución para ser candidato a diputado (de la Asamblea Legislativa o del Parlamento Centroamericano (PARLACEN)). No se demandan el estar afiliado a uno de los partidos políticos reconocidos legalmente ni se deja al legislador secundario la facultad de adicionarle más requisitos, como en el caso de los concejos municipales.

Los arts. 211 y 215 inc. 2º núm. 3 del CE, al exigir la postulación por un partido político para ser candidato a diputado al PARLACEN y a la Asamblea Legislativa, violan el art. 126 Cn., que establece de manera taxativa los requisitos que se deben reunir para ser inscrito en dicha candidatura. Por tanto, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de ambas disposiciones del CE.

Aclaró que, con lo expuesto, no estaba expresando ninguna opinión en contra de que los partidos políticos puedan y deban presentar sus propios candidatos. Dichos candidatos los pueden presentar a los electores por medio de planillas totales o parciales.

Su opinión es que los candidatos a diputados deben ser inscritos, tanto si los presentan los partidos políticos en sus listas o planillas como si se presentan por cualquier otro medio expresamente regulado en la ley.

Luego pasó a explicar porque --en su opinión-, además de los anteriores argumentos, el art. 85 Cn. no puede ser invocado para justificar que no se pueda optar a cargos de elección popular sin ser propuesto por un partido político.

(i) Argumento histórico.

La Constitución vigente *-reseñó-* mantuvo el rango constitucional reconocido a los partidos políticos desde las Constituciones de 1950 y 1962, pero de una manera muy peculiar, al establecer aquella en su art. 85 que el sistema político es pluralista y se expresa por medio de los partidos políticos, que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno”.

Una interpretación exegética “antihistórica” de tal disposición -cuestionó- ha generado un monopolio en la representación de la soberanía popular por parte de los partidos políticos, creando una partidocracia constitucionalmente garantizada, en perjuicio de otras formas asociativas, cuya legitimidad y capacidad de organización y representación está fuera de toda duda.

Explicó que en el periodo 1982-1983, cuando existía la real posibilidad de acceder al gobierno mediante acciones armadas de grupos insurrectos, plasmar en el texto constitucional la exclusividad de los partidos políticos como únicos instrumentos para la representación del pueblo dentro del gobierno era un esfuerzo por deslegitimar aquellas opciones.

Para ilustrar lo anterior, citó el Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución (IUCEPC): “para la defensa del sistema democrático y conforme a las realidades nacionales, la Comisión incluye *un concepto adicional de limitación*: Circunscribe a los partidos políticos la expresión de ese pluralismo democrático

representativo, de manera que no se permita que otra clase de instituciones con distintas finalidades, se arroguen la representación popular y la participación en el quehacer gubernamental” (resaltado por el demandante).

Según los constituyentes -explico-, las instituciones que se podían arrogar la representación eran la “multiplicidad de instituciones que sin formar parte de la estructura gubernamental, influyen en la formulación de las decisiones políticas”, de las cuales forman parte “las asociaciones profesionales, gremiales, sindicales y políticas”, las cuales “pueden inclusive llevar a concepciones totalitarias como la de los estados *[sic]* corporativistas” (IUCEPC).

Finalizado el conflicto e integradas en partidos políticos las organizaciones armadas y las que les servían a éstas de base social, no tiene ningún sentido reclamar ese privilegio para los partidos políticos, y negar la participación de otros grupos de ciudadanos que deseen participar con candidatos propios, con fines eminentemente democráticos y representativos, alejados de cualquier propósito reivindicativo, gremial o corporativo, pero que no quieren pasar por las estructuras de los partidos políticos vigentes, por no aceptar las prácticas ni las formas de hacer política de la actual partidocracia.

Por otro lado, argumentó que la Constitución señala, entre los requisitos para ser candidato a Presidente o Vicepresidente de la República, el “estar afiliado a uno de los partidos políticos reconocidos legalmente” (art. 151), y que, en cambio, cuando se refiere a los diputados al PARLACEN y a la Asamblea Legislativa, no establece tal condición para optar a cualquiera de dichos cargos.

Los mismos constituyentes -insistió- nos confirman que su temor de que el gobierno cayera en manos de organizaciones con vocación totalitaria o corporativista les hizo poner el cerrojo para evitar el acceso al gobierno de personas que no fuesen miembros de un partido político en los requisitos para ser candidato a la Presidencia y a la Vicepresidencia de la República.

Ilustró lo anterior con el siguiente pasaje del IUCEPC: “A los requisitos ya establecidos en la Constitución de 1962 se ha agregado el de estar afiliado a uno de los partidos políticos reconocidos legalmente. Este agregado está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 85 del proyecto que estatuye que los partidos políticos son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno. La Comisión estima que el Presidente ejerce una alta representación popular y que, por consiguiente, debe pertenecer a un partido político [...]”.

Consideró que la concepción presidencialista de los constituyentes les limitó la perspectiva, al entender “gobierno” como sinónimo de Órgano Ejecutivo. Por ello, al resto de cargos de elección popular, como los diputados, no les exigieron tal requisito, pues en ese momento no recordaron que el gobierno está compuesto de tres órganos fundamentales: el legislativo, el ejecutivo, y el judicial.

(ii) El gobierno de El Salvador.

Manifestó que cuando el constituyente se refiere al “gobierno” en el art. 85 Cn., lo entiende como sinónimo de Órgano Ejecutivo, considerando que se debía blindar la “alta representación popular” que ejerce el Presidente de la República, imponiendo como requisito para presentarse como candidato a ese cargo el pertenecer a uno de los partidos políticos reconocidos legalmente.

Los constituyentes sabían arar bien que el único cargo electivo que exigiría la afiliación a un partido político era el de Presidente de la República, pero cometieron el error de escribir “gobierno” cuando estaban pensando en el máximo representante del Órgano Ejecutivo. Esta situación ha permitido que el legislador secundario violente el derecho político de los ciudadanos a optar a cargos públicos que consagra el art. 72 ord. 3º Cn., al obligar mediante las normas del Código Electoral impugnadas a afiliarse a un partido político para optar al cargo de diputado.

Y la violación a este derecho constitucional -insistió- se muestra claramente cuando, interpretando incorrectamente el art. 86 inc. 2° Cn., el legislador exige a los candidatos a diputados su afiliación partidaria, pero no a los miembros del Órgano Judicial, que según el art. 86 inc. 2° Cn. es uno de los tres órganos fundamentales del gobierno. Por lo que la disyuntiva queda palmariamente “desnuda”; o se exige a los candidatos que se presentan para optar a cargos de los tres órganos fundamentales del gobierno el estar afiliados a un partido político -lo cual sería una “lectura exegética” y ajena al espíritu de la norma constitucional, o no se hace tal exigencia a los aspirantes al cargo de diputado o de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, entendiendo que la misma es exclusivamente para el cargo de Presidente de la República tal como consigna el art. 151 Cn.

(iii) El Derecho Internacional y la protección de los derechos humanos.

El derecho a elegir y a ser electo -dijo- es un derecho humano fundamental. Seguidamente, citó el art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Por diversas razones -manifestó- algunos Estados condicionan o limitan el ejercicio pleno de tal derecho, como es el caso de nuestro país. En la protección de derechos fundamentales que las normas del Derecho interno -por las razones que fuere- no garantizan plenamente, el Derecho de los derechos humanos provee herramientas interpretativas que son aplicables a la protección de derechos políticos y electorales. Entre ellos citó el principio “*pro homine*”, según el cual, siempre que haya una relación conflictual entre el Estado y el ciudadano, se presume que el Estado violenta los derechos del particular.

Por otro lado, manifestó que era conveniente examinar a nivel de Derecho comparado cómo otros sistemas jurídicos han evolucionado, favoreciendo la participación ciudadana en la vida política

e institucional de la sociedad democrática. Citó el caso de México, que incluyó el principio de la interpretación expansiva en su reforma constitucional de 2007. Además, comentó el Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 6-VIII-2008, Serie CN° 184, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló que el Estado mexicano debía modificar su legislación interna, a manera de garantizar los derechos políticos-electorales de sus ciudadanos que, por no pertenecer a un partido político, se sienten afectados en los mismos. Por último, mencionó que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, para el Estado de Yucatán, que la Constitución no prohíbe las candidaturas independientes para cargos de elección popular.

Siguió diciendo que el art. 144 Cn., obliga a modificar las normas infraconstitucionales del CE que contravengan lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Al respecto, mencionó que el art. 23.2 de la CADH, que regula los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal". Es decir que, dentro del marco regulatorio de los derechos políticos a elegir y a ser electo, no se considera la obligación de afiliación partidaria que ha impuesto el CE. Además, consideró que se debía tomar en cuenta el compromiso asumido por los Estados signatarios de la CADH de adecuar sus normas de Derecho interno a la misma (art. 2).

Por las razones anteriores, solicitó a esta Sala que declare la inconstitucionalidad de los arts. 211 y 215 inc. 2º núm. 3 del CE. Agregó que, las candidaturas de los ciudadanos que desee postularse como candidatos a diputados a la Asamblea Legislativa y al PARLACEN pueden presentarlas tanto a los partidos políticos como cualquier otra entidad u organización de conformidad con la

ley, garantizándoles el derecho a optar a cargos públicos (art. 72 ord. 3° Cn.).

b. Violación a los arts. 78 y 80 inc. 1° Cn. Por parte de los arts. 215,216,218,239,250 inc. 1° y 262 inc. 6° del CE.

Manifestó que el art. 78 Cn. establece que el voto será libre, directo, igualitario y secreto. De estas cuatro características, cuya observancia es la base misma de nuestro sistema de democracia representativa, la segunda –el carácter directo- está siendo violada por los artículos mencionados del CE, relativos a elecciones de diputados a la Asamblea Legislativa y al PARLACEN. Concretamente, se obliga a los ciudadanos a votar por un partido o coalición, no por los candidatos, que son los depositarios de la voluntad popular delegada por el pueblo soberano al momento de emitir su voto.

Por otro lado, señaló que el art. 239 inc. 1° del CE interpone al partido político o coalición contendiente entre el elector y los candidatos inscritos, violentando la naturaleza directa del voto, o sea, de poder votar por el candidato de la preferencia del elector; hecho que se consuma con el art. 262 inc. 6° del CE. Es decir que la elección ya fue realizada por el partido político o coalición, y cuando el ciudadano marca en la papeleta de votación las siglas y emblema del partido político o coalición, lo que hace es validar o legitimar la elección hecha previamente por ambas entidades. El ciudadano no vota por su representante, sino por un sujeto intermediario llamado “partido político” o “coalición”, quien a su vez, ya hizo la elección del orden en que los candidatos ocuparán los puestos que gane el partido político o coalición.

Añadió que con el sistema actual de planillas, establecido en los arts. 215,216 y 218 del CE, los partidos políticos se han vuelto intermediarios de la presentación popular, base fundamental de la democracia representativa. Son ellos los que eligen y priorizan el orden de prelación mediante el actual sistema de planillas cerradas y bloqueadas.

Sin desconocer –acotó– el derecho que tienen los partidos políticos y coaliciones de proponer candidatos a diputados y a concejos municipales mediante listas electorales, es necesario, en relación con la característica del voto de ser directo, que se cambie el sistema inconstitucional de planillas bloqueadas y cerradas y se devuelva a los ciudadanos la facultad soberana garantizada por nuestra Constitución y los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por nuestro país de elegir libremente a nuestros representantes. Ello sólo será posible si se permite la elección de diputados mediante listas abiertas, para que el elector vote directamente por el candidato de preferencia.

Por las razones anteriores, pidió a esta Sala que declare inconstitucionales las mencionadas disposiciones del CE que violan el derecho constitucional a votar de forma libre y directa.

B. a. Mediante auto pronunciado el 8-I-2010, este Tribunal previno al demandante para que: (i) manifestara si el art. 80 inc. 1º Cn. era invocado como parámetro de control y, de ser así, atribuyera el contenido necesario y estableciera cuál de las disposiciones impugnadas era la que lo vulneraba, así como los argumentos que hicieran evidente la supuesta vulneración, y (ii) manifestara si impugnaba los arts. 215, 216 y 250 del CE, y en caso de ser así, les atribuyen el contenido normativo, expresara el parámetro de control supuestamente vulnerado y las razones que hicieran evidente la confrontación normativa.

b. Por medio de escrito presentado el 21-I-2010, el ciudadano Félix Ulloa intentó subsanar las anteriores prevenciones, manifestando –con respecto a la primera– que el art. 80 Cn. es la norma que determina quiénes son los funcionarios que sustentan su origen en la voluntad popular. Quiere decir que el resto de normas constitucionales que regulan los procesos en los cuales se materializa la elección popular están vinculadas con aquella “norma esencial”, sin la cual tales normas no tendrían ningún “sustento político” ni

“constitucional”. Entonces, si la “norma genérica” del art. 80 Cn. es la que da lugar a otras regulaciones normativas que materializan lo preceptuado en ella, la vulneración por el legislador secundario –a través de los arts. 211, 215, 216 y 218 del CE de las normas constitucionales que desarrollan sus preceptos como el art. 126 Cn. de igual manera violentan el art. 80 Cn.

En relación con la segunda prevención, manifestó que impugnaba el art. 250 inc. 1º del CE porque obliga al ciudadano a emitir su voto por un partido político o coalición, privándolo de dar su voto en forma directa, como ordena el art. 78 Cn.

Finalmente, expresó que impugnaba el “sistema de planillas” que establecen los arts. 215, 216 y 218 del CE. Dicho sistema obliga al ciudadano a votar por una planilla inscrita por un partido político o una coalición, no permitiendo votar por un candidato determinado; lo que viola el art. 78 Cn., según el cual el voto debe ser directo. Agregó que los arts. 215, 216 y 218 del CE son contradictorios entre sí, ya que, mientras el art. 215 del CE exige en forma exagerada que el candidato personalice su identidad –supuestamente con el propósito de que se cumpla con el requerimiento constitucional del voto directo-, el art. 216 del CE anula totalmente tal posibilidad por el hecho de que el candidato ingresa a una lista cerrada en la que su nombre ha desaparecido. Así, en el momento de la emisión del sufragio por parte de los ciudadanos, el candidato ha desaparecido como persona, habiendo sido sustituido por la bandera de un partido.

También señaló que, cuando el ciudadano llega a una mesa de votación, le ofrecen una papeleta que contiene unos signos convencionales que identifican a los partidos y se le exige que marque tales signos, aquél no sabe quién o quiénes son las personas que están escondidas detrás de esos signos. Su voto no es libre ni directo. Si la libertad consiste en que a nadie se le puede constreñir más allá de lo legítimo y razonable, el ciudadano no es libre cuando se

le exige que avale a una persona que no conoce, y si, además, no encuentra a la persona que desea que la presente, su voto no es directo. O sea que la figura central del sistema político salvadoreño, que es la democracia representativa, desaparece.

C. Por medio de Auto de 24-III-2010, esta Sala declaró improcedente la supuesta violación de los arts. 211, 215, 216 y 218 del CE al art. 80 inc. 1º Cn, la cual el actor fundamentaba en que, si esta disposición constitucional era la “norma primaria” en cuanto al origen popular de los cargos de gobierno, violar aquellas disposiciones legales el art. 126 Cn. –que es desarrollo del art. 80 inc. 1º Cn. también violen a éste.

El rechazo de este Tribunal se basó en que ninguna disposición constitucional puede ser considerada como un rango superior o como “norma primaria” de la cual derivan otras normas constitucionales. Otra cosa es que se pueda comparar el grado de apertura o de abstracción de una disposición constitucional respecto a la otra.

2. La Asamblea Legislativa rindió el informe que establece el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (L. Pr. Cn.) en los siguientes términos:

A. Consideró que no existe la inconstitucionalidad de los arts. 211 y 215 del CE por violación a los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn., ya que el art. 85 Cn. expresa claramente que los partidos políticos son el único medio para el ejercicio de la representación del pueblo. En consecuencia, los requisitos exigidos en los arts. 211 y 215 del CE son un desarrollo expreso del art. 85 Cn. Por consiguiente, ni la mención expresa del partido político o coalición por la cual se postulan los candidatos a diputados al PARLACEN, ni la certificación del punto de acta en el que consta la designación del candidato postulado a diputado para la Asamblea Legislativa, son inconstitucionales.

B. En cuanto a la inconstitucionalidad de los arts. 239 y 262 inc. 6º del CE por supuesta violación al art. 78 Cn., invocó nuevamente

el art. 85 Cn., en el sentido de que el sistema político pluralista se expresa por medio de los partidos políticos, no por los hombres en forma individual. Por consiguiente, si se aceptara la lista abierta que propone el demandante, donde el elector, además de poder excluir candidatos y variar el orden, puede introducir nuevos nombres, se violentaría el art. 85 Cn.

C. En relación con la inconstitucionalidad del art. 250 inc. 1º del CE por la supuesta violación al art. 78 Cn., opinó que la misma no existe, ya que aquella disposición está acorde con el art. 79 Cn., el cual en ningún momento habla de persona en particular.

D. Finalmente, sobre la inconstitucionalidad de los arts. 215, 216 y 218 del CE por supuesta violación al art. 78 Cn., se limitaron a manifestar que la misma no existe, invocando nuevamente el art. 85 Cn. Por las razones anteriores, concluyeron que no existen las vulneraciones constitucionales atribuidas a los arts. 211, 215, 216, 218, 239, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE.

3. El Fiscal General de la República emitió su opinión, reuquerida de conformidad con el art. 8 de la L. Pr. Cn., en los siguientes términos:

Violación a los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn. por parte de los arts. Manifestó que las disposiciones impugnadas contemplan los requisitos que debe cumplir todo ciudadano para optar a cargos públicos (derecho al sufragio pasivo (art. 72 ord. 3º Cn.)). Al respecto, explicó que todo ciudadano, siempre que cumpla con los requisitos que para tal efecto se han señalado, se puede representar como candidato a ocupar un cargo público.

En ese sentido, por elección popular se elige entre otros a los diputados a la Asamblea Legislativa y al PARLACEN según el art. 80 Cn., lo cual implica que, para optar a un cargo, no puede accederse si no es a través de un partido político y por voto popular como lo regula el art. 85 Cn. -. Como se trata de cargos caracterizados por un alto poder de mando y decisión, se encuentran sujetos al

principio de representatividad, propio de un régimen constitucional democrático y pluralista.

Siguiendo el criterio jurisprudencial de la Sentencia de 26-VII-1999, Inc. 2-99, relativo a la libertad de configuración del legislador para un adecuado ejercicio del derecho a optar a un cargo público no contraviene los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn., pues cualquier ciudadano, cumpliendo dichos requisitos, puede ejercer el derecho a optar a un cargo público.

Violación al art. 78 Cn. Por parte de los arts. 215, 216, 218, 239, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE.

Comentó que el art. 262 inc. 6º del CE potencia la autonomía de los partidos políticos, ya que les permite postular a aquellos candidatos que consideran reúnen las condiciones y aptitudes necesarias para ocupar un puesto en el parlamento; situación que no se convierte en obstáculo para que los electores tengan la verdadera oportunidad de elegir a las personas que por sus méritos consideran que deben ocupar el cargo. Los partidos políticos son los medios por los que se canaliza la participación y voluntad de los ciudadanos en los actos estatales, sin que esto implique que los partidos políticos son los órganos del Estado que resuelven en nombre de éste.

Señaló que el constituyente consideró necesario elevar a categoría constitucional a los partidos y citó la Sentencia de 26-VI-2000, Amp. 34-A-96 (Considerando II.1). se trata, entonces, de que únicamente por medio de un partido político se está constitucionalmente legitimado para ingresar a un cargo público; “no existiendo” las denominadas candidaturas independientes.

Por las razones anteriores, solicitó a esta Sala que declare que no existen las inconstitucionalidades de los arts. 211, 215, 216, 218, 239, 250 inc. 1º y 62 inc. 6º del CE por violación a los arts. 72 ord. 3º, 78 y 126 Cn.

II. Habiendo expuesto los argumentos de los sujetos intervinientes en el presente proceso, se precisarán, depurarán y orde-

narán los motivos de inconstitucionalidad señalados en la demanda (II.1.A), luego se enunciarán aquellos motivos que son susceptibles de ser resueltos en el fondo (II.1.B), y por último, se indicará el orden lógico que seguirá esta Sala para fundamentar su fallo (II.2).

A. a. Advierte esta Sala que el ciudadano Ulloa ha sometido a control de constitucionalidad los arts. 211 y 215 inc. 2º núm. 3 del CE, por considerar que violan el derecho a optar a cargos públicos, al exigir más requisitos que los establecidos en los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn, para los cargos de diputado a la Asamblea Legislativa y al PARLACEN.

Ahora bien, teniendo en cuenta los motivos de impugnación, una mera interpretación gramatical indica que en el caso del art. 211 del CE la impugnación realmente va dirigida únicamente en contra de su inc. 1º. Mientras que en el caso del art. 215 inc. 2º del CE la impugnación se dirige no sólo en contra de su núm. 3, sino también en contra de su núm. 5.

Por consiguiente, en el presente proceso, esta Sala conocerá y se pronunciará sobre la supuesta inconstitucionalidad de los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núms. 3 y 5 del CE, por violación a los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn. En cambio, deberá sobreseerse la supuesta inconstitucionalidad del art. 211 inc. 2º del CE por la supuesta violación a los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn.

b. El demandante también ha impugnado los arts. 215, 216, 218, 239, y 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE por estimar que vulneran el art. 78 Cn., ya que el sistema de listas obliga a los ciudadanos a votar por un partido político, y no puede hacerse por los candidatos individualmente considerados, lo cual contradice el carácter libre y directo del derecho al sufragio activo.

(i) Sin embargo, una interpretación gramatical de los arts. 215, 218 y 239 del CE, aunado al motivo de impugnación llevan a la conclusión inequívoca de que sólo una parte de aquéllos se está sometiendo a control: en el caso del art. 215 CE sólo su inc. 2º

núms. 3 y 5; en el caso del art. 218 CE sólo su inc. 1º y en el caso del art. 239 CE sólo su inc. 1º.

Por lo anterior, deberá sobreseerse la supuesta inconstitucionalidad de los arts. 215 inc. 1º, inc. 2º núms. 1, 2 y 4 e inc. 3º, 218 inc. 2º y 239 incs. 2º, 3º, 4º y 5º del CE, por la supuesta violación al art. 78 Cn.

(ii) Por otro lado, se advierte que el actor, en su libelo, plantea la violación de los arts. 215 inc. 2º núms. 3 y 5, 216, 218 inc. 1º, 239 inc. 1º y 269 inc. 6º CE al art. 78 Cn. aparentemente por diversos motivos.

No obstante, estudiando cada uno de los argumentos por los cuales se someten a enjuiciamiento constitucional dichos preceptos, se concluye sin mucha dificultad que a todos ellos se les efectúa el mismo reproche: la violación al carácter libre y directo del derecho al sufragio activo, en la medida en que aquéllos establecen el sistema de lista, el cual obliga a los electores a votar por un partido político, y no pueden hacerlo por candidatos individualmente considerados.

En razón de lo anterior, no tiene sentido e iría en contra de la economía procesal, analizar por separado cada disposición impugnada con respecto al parámetro de control comúnmente propuesto. Por ello, esta Sala conocerá y resolverá sobre la supuesta inconstitucionalidad de los arts. 215 inc. 2º núms. 3 y 5, 216, 218 inc. 1º, 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE, que configuran el sistema de lista para elecciones de diputados a la Asamblea Legislativa y al PARLACEN, por violación al art. 78 Cn.

c. Finalmente, también se observa que el demandante ha impugnado los arts. 215, 216, 218, 239, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE, por considerar que establecen un sistema -el de "lista cerrada y bloqueada"- que no permite a los ciudadanos expresar preferencias con respecto a los candidatos a diputados.

(i) ahora, si bien el reproche aludido lo hace el actor de forma genérica -tanto en su demanda como en el escrito de subsanación

de prevenciones-, esta Sala advierte que no todas las disposiciones legales antedichas son constituidas de ese sistema de candidatura, por lo que es necesario delimitar el objeto de control en ese punto.

Haciendo una interpretación gramatical y sistemática de las disposiciones aludidas, se concluye que únicamente los arts. 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE regulan el sistema de lista cerrada y bloqueada, no así los arts. 215, 216 y 218 inc. 1º del CE, que se refieren al sistema de lista en general sin especificar el tipo de lista, y los arts. 218 inc. 2º y 239 incs. 2º, 3º, 4º y 5º del CE, que atañen a otros aspectos del sistema electoral.

En razón de lo anterior, deberá sobreseerse la supuesta inconstitucionalidad de los arts. 215, 216, 218 y 239 incs. 2º, 3º, 4º y 5º del CE, en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada, por violación al art. 78 del CE.

(ii) Por otro lado, hay que hacer notar que el sistema de lista cerrada y bloqueada lo configuran varias disposiciones, formando un todo coherente y sistemático. Por ende, no es posible ni tendría sentido tomar alguna de dichas disposiciones aisladamente, sino que, para apreciar los términos de impugnación del actor, es forzoso referirse a ellas en bloque.

Ahora bien, entre ellas la disposición que establece el sistema de lista cerrada y bloqueada es el art. 262 inc. 6º del CE.

En virtud de lo anterior, por economía procesal, el análisis deberá circunscribirse a determinar si el art. 262 inc. 6º del CE viola el art. 78 Cn. y sólo en caso de estimarse la alegación, se pasaría a determinar si, por su conexión material con el art. 262 inc. 6º del CE, también debe declararse la inconstitucionalidad de los arts. 239 inc. 1º y 250 inc. 1º del CE por violación al art. 78 Cn.

Habiendo precisado, depurado y ordenado la pretensión, y teniendo en cuenta el auto pronunciado por esta Sala el 24-III-2010, mediante el cual se admitió la demanda, los motivos susceptibles de ser resueltos en el fondo se circunscriben a :

La supuesta inconstitucionalidad de los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núms. 3 y 5 del CE, por establecer más requisitos que los señalados en los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn., para optar a los cargos de diputado a la Asamblea Legislativa y al PARLACEN.

La supuesta inconstitucionalidad de los arts. 215 inc. 2º inc. 2º núms. 3 y 5, 216, 218 inc. 1º, 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE, que establecen el sistema de lista para elecciones de diputados a la Asamblea Legislativa y al PARLACEN, ya que dicho sistema contradice el carácter libre y directo que debe tener el derecho al sufragio activo según el art. 78 Cn., en la medida en que obliga al ciudadano a votar por partidos políticos, sin que pueda hacerlo por candidatos individualmente considerados.

La supuesta inconstitucionalidad del art. 262 inc. 6º del CE (y disposiciones conexas), que establece el sistema de lista cerrada y bloqueada para elecciones de diputados, ya que en dicho sistema los partidos políticos establecen el orden de los candidatos, lo cual impide a los ciudadanos expresar preferencias entre ellos, contradiciendo así el carácter “libre” y “directo” que debe tener el derecho al sufragio activo según el art. 78 Cn.

Esta Sala, a fin de establecer un marco conceptual adecuado para resolver la cuestión de fondo, con base en la doctrina y la jurisprudencia constitucional, comenzará haciendo una breve exposición de los siguientes tópicos: el principio de soberanía popular.

(III.1), la representación política (III.2), el derecho al sufragio activo y pasivo (III.3 y III.4) y la función de los partidos políticos en la democracia representativa (III.5).

Finalizada esta exposición, pasará a resolver las cuestiones de fondo sometidas en esta oportunidad a su conocimiento: primero, si los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núms. 3 y 5 del CE, violan los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn. (IV); segundo, si el sistema de lista, establecido en los arts. 215 inc. 2º núms. 3 y 5, 216 Cn. (IV); segundo, si el sistema de lista, establecido en los arts. 215 inc. 2º núms. 3 y 5,

216, 218 inc. 1º, 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE, viola el carácter libre y directo del sufragio (V), y tercero, si el sistema de lista cerrada y bloqueada, establecido en el art. 262 inc. 6º del CE (y disposiciones conexas), viola el carácter libre y directo del sufragio (VI); tras lo cual se emitirá el fallo que constitucionalmente corresponda.

III. 1. El principio de soberanía popular se encuentra consagrado en la segunda frase del art. 83 Cn., el cual establece: “La soberanía reside en el pueblo [...]”. Esto significa que pueblo es el titular del poder soberano, en el sentido de que todas las normas jurídicas y cargos públicos que ejercen poder real emanan directa o indirectamente de la voluntad popular.

La soberanía popular implica que la gestión de los asuntos públicos afecta a la generalidad, y en esa medida, tiene interés en la misma. Por ello, el destino de la sociedad debe ser decidido por todos sus integrantes, debiendo reconocerse a cada ciudadano un voto con el mismo valor. En otras palabras: (i) las decisiones generales que afectan el destino colectivo debe tomarlas el pueblo; (ii) todos los cargos que ejercen poder público deben ser de elección popular o derivados de los cargos de elección popular; y (iii) las decisiones las toma la mayoría, atendiendo a sus intereses, pero con respeto a las minorías.

2. A. En los Estados modernos, con amplios territorios y poblaciones, así como con variados y complejos asuntos a decidir, el ejercicio continuo del poder por parte del pueblo –o democracia directa– es imposible en la práctica, ya que requeriría de una comunicación recíproca perfecta y la actuación simultánea de todos. Esto obliga a recurrir a personas que se dediquen enteramente a ello. Se dice, por tal razón, que la representación política surge de la actuación conjunta del principio democrático y del principio y del principio de la división del trabajo.

Así se llega al concepto de democracia representativa (art. 85 ines. 1º y 2º Cn.)

Pero no sólo razones técnicas y sociológicas militan a favor de este modelo de democracia, sino también razones teóricas, a saber la representación es la que permite que el gobierno pueda armonizar diversos intereses en juego en una sociedad plural, que haya una actividad permanente de integración de la población en el Estado y que se garantice la libertad a través de la separación efectiva entre gobernantes y gobernados.

En todo caso, la democracia representativa no es incompatible con ciertas formas semidirectas, como las consultas populares (referéndum o plebiscito [por ejemplo, el art. 89 inc. 3º Cn.]) en las que el pueblo se manifiesta directamente. Pero –se recalca- la forma ordinaria de ejercicio actual de la soberanía es indirecta: a través de elecciones periódicas en las cuales los ciudadanos eligen representantes, que son los que realmente toman las decisiones sobre los asuntos públicos en nombre de aquéllos.

Con base en lo anterior, podemos afirmar que los componentes de la democracia representativa son los siguientes: (i) elección libre: que todo aquél que desee ser electo a un cargo público pueda aspirar a serlo, y que todo el que quiera botarlo pueda hacerlo; lo que dota de validez a la representación; (ii) mandato libre: que el representante pueda elegir sin influencia u orientación alguna entre distintas opciones (sobre este punto se profundizará seguidamente); (iii) regla de la mayoría: prevalece la decisión que cuenta con más apoyos, aunque respetándose los derechos de las minorías; y (iv) imputación: aunque la decisión la tome la mayoría, se atribuye y obliga a la generalidad.

B. La teoría clásica de la representación política postula que los ciudadanos –iguales entre sí- eligen con total y absoluta libertad a sus representantes, sin otra guía más que su criterio y en perfecto aislamiento. El Estado no debe interferir en el libre juego de las

fuerzas sociales, ni puede permitir que éstas mediaticen las decisiones de los individuos, ya que la voluntad política de éstos es legítima, sólo cuando actúan como ciudadanos.

Algo parecido a lo anterior sucede con los representantes, quienes –según dicho enfoque tradicional de la representación- se dice que no están sometidos a mandato imperativo alguno (primera frase del art. 125 Cn.) sino que resuelven según su criterio, solos y en completa libertad. En otras palabras, ninguna instrucción de los ciudadanos que lo eligieron vincula al representante. En otras palabras, ninguna instrucción de los ciudadanos que lo eligieron vincula al representante al poder, éste es representante de todos y deben actuar como tal. De lo contrario, la voluntad que se expresa con la representación no sería la voluntad de todo el pueblo.

El representante tampoco está vinculado jurídicamente a las decisiones del partido político que lo postuló. Esto explica que los partidos no pueden despojar a un representante de su mandato, sino sólo excluirlo de la lista de candidatos en futuras elecciones. De esa manera, se pone un límite formal a la tendencia en la práctica de que los representantes obedezcan las decisiones del partido al que pertenecen, garantizándose así de manera formal que decidan libremente y que actúen en forma directa en interés de los electores.

3. Pasemos ahora –según el orden propuesto- a analizar con mayor detalle el derecho al sufragio activo (art. 72 ord. 1º Cn.)

A. El derecho al sufragio descansa sobre tres elementos: el principio de soberanía popular; la democracia como forma de gobierno; y la representación política. Lo anterior se afirma porque la elección popular de los gobernantes sirve, tanto para que el pueblo pueda participar en el gobierno, como para que los gobernantes ejerzan la calidad de representantes del mismo.

El sufragio también se justifica en la necesidad de conferir a la población un procedimiento organizado de expresión política. Así concebido, el sufragio se puede definir como un procedimiento

institucionalizado mediante el cual el cuerpo electoral se manifiesta políticamente, a fin de designar a los titulares del poder político (sufragio electoral).

En el cuerpo electoral debemos entender comprendidos a todos los salvadoreños aptos para votar, esto es, los mayores de edad, inscritos en el registro electoral y en el pleno goce de sus derechos políticos (arts. 71-77 Cn.).

B. En la Sentencia de 26-VI-2000, Inc. 16-99, se señaló que el derecho al sufragio tiene un sentido subjetivo y un sentido objetivo.

Según el primero, el sufragio aparece como una facultad del ciudadano (derecho de libertad) garantizada por el ordenamiento jurídico. También son expresión de este sentido subjetivo las facultades de elegir y de presentarse como candidato. Conforme al segundo, el derecho al sufragio es un principio básico del ordenamiento democrático. Visto como principio, el sufragio es un principio básico del ordenamiento democrático. Visto como principio, el sufragio tiene una dimensión institucional indiscutible que radica en el hecho de que sin sufragio no hay democracia.

Pero para considerar, además que el ejercicio del sufragio es democrático, debe garantizarse que éste sea popular, directo, libre, igual y secreto (art. 78 Cn.).

a. Popular (o universal).

Significa que el derecho al sufragio se reconoce a todos los miembros del cuerpo electoral, sin que pueda hacerse ninguna distinción por razón de raza, sexo, religión o cualquier otro motivo de diferenciación arbitraria. Son compatibles con el carácter universal del sufragio las regulaciones o restricciones a su ejercicio que atiendan a circunstancias objetivas, tales como: la inscripción en el registro electoral, la edad, la capacidad o el pleno goce de los derechos políticos.

b. Directo (o de primer grado).

Implica que los ciudadanos eligen a sus representantes (a la mayoría, por lo menos) sin intermediación alguna. Se contrapone

al voto indirecto (o de segundo grado), en el cual los ciudadanos eligen a un colegio electoral, que determina finalmente la elección de los representantes (en la que podrían haber más de dos grados). El carácter indirecto del voto podría ser formal (la decisión de los electores primarios vincula al colegio electoral) o material (la decisión de los electores primarios no vincula al colegio electoral).

c. Libre

Supone que los ciudadanos votan sin que intervenga recompensa, castigo o presión alguna por el sentido de su voto y con plena capacidad de opción (votar sí o no, en caso de referéndum; por uno u otro candidato, en caso de elecciones; y abstenerse o votar en blanco, en cualquier caso). Pero para hablar de elecciones libres se requiere de otras condiciones, tales como: un sistema de derechos fundamentales (libertad de expresión e ideológica, derechos de asociación, información, reunión y manifestación, etc.), pluralismo político, acceso abierto al proceso electoral, partidos en competición, libre presentación y concurrencia entre las candidaturas, libre desarrollo de la campaña electoral y la posibilidad real de decidir sobre la permanencia o sustitución de los titulares del poder público.

d. Igual

Postula que el voto de todos los ciudadanos tiene la misma influencia (“igualdad cuantitativa”). Se opone el voto de clase (subdivisión del electorado en grupos de desigual composición que eligen números fijos de representantes) y al voto plural (otorgamiento a una persona de más de un voto en razón de su pertenencia a un grupo). La igualdad tiene incidencia en la organización electoral, específicamente en lo relativo al tamaño de las circunscripciones electorales. Como regla general, para garantizar la igualdad del voto, las circunscripciones deben distribuirse de tal forma que se logre una relación entre la decisión del electorado y el número de representantes que se asignan a cada circunscripción territorial, tomando como base la población.

e. Secreto

Mediante esta garantía se hace efectiva la libertad del voto, y consistente en que bajo ninguna circunstancia debe revelarse el sentido del voto de nadie. Esta característica se opone a toda forma de voto abierto (por escrito) o público (cantado o a mano alzada). Se asegura mediante la utilización de papeletas oficiales, cabinas oscuras, urnas selladas, etc., y su violación también se encuentra penada (art. 295 letra h) del Código Penal).

4. Habiéndonos referido a la dimensión activa del derecho al sufragio, se procede ahora a examinar su dimensión pasiva.

El derecho al sufragio pasivo o derecho a optar a cargos públicos se encuentra formulado de una manera amplia en el art. 72 ord. 3° Cn., por lo que -como se dijo en la Sentencia de 20-VIII-2009, Amp. 535-2004 (Considerando II.3.A.a)- habrá de entenderse como “cargos públicos”, tanto los que deben ocuparse por decisión directa del cuerpo electoral, como los de elección secundaria o indirecta a través del órgano competente.

Enfocado en los cargos de elección popular, el derecho al sufragio pasivo consiste en el derecho a ser elegible. Ahora bien, como para ser elegible es necesario ser proclamado candidato, el derecho en análisis supone primeramente el derecho a presentarse como candidato en las elecciones.

En todo caso, el aspecto central del sufragio pasivo y que lo hace democrático –al igual que en el sufragio activo- es que todo los ciudadanos, sin distinción alguna, tengan la oportunidad de ejercerlo. Ello no es incompatible con el cumplimiento de determinados requisitos de origen constitucional o legal. Pero, obviamente, tanto los requisitos a cumplir como la forma de acceder a los cargos varían, dependiendo del tipo de funciones a desempeñar en cada caso.

Establecido lo anterior, puede decirse que el reconocimiento constitucional del derecho al sufragio pasivo va encaminado a

la protección, por un lado, de la oportunidad de todo ciudadano a participar en la gestión democrática de los asuntos públicos, y por otro lado, indirectamente, a la protección de la regularidad de los procesos electorales.

5. De acuerdo con el orden propuesto, el último punto a abordar dentro del marco conceptual es el de la función de los partidos políticos en la democracia representativa.

A. Como punto de partida, podemos definir a los partidos políticos como una asociación de individuos unidos por la defensa de unos intereses, organizada internamente mediante una estructura jerárquica y de reparto de funciones, con vocación de permanencia y cuya finalidad es la de alcanzar el poder, ejercerlo y desarrollar un programa político.

En Teoría Política existe consenso de que los partidos políticos son necesarios para el funcionamiento de la democracia en las condiciones actuales de las sociedades. Primero, porque obviamente los partidos en general no pueden dejar de existir, pues siempre habrá partidarios de opciones diversas de las distintas de opciones diversas de las distintas corrientes de pensamiento, que se asocian y coordinan. Segundo, porque –en las sociedades de hoy- los individuos no pueden influir en el poder ni ejercerlo aisladamente; para ello es necesario contar con una organización homogénea de personas que actúan con cierta unidad, al menos en el nivel donde se toman las decisiones.

Por lo anterior, puede afirmarse que los partidos políticos son instrumentos cualificados de la representación política, en el sentido de que sirven para recoger las demandas de los individuos y grupos sociales y presentarlas a toda la población, para que ésta vote a favor o en contra. Esto explica el porqué las Constituciones democráticas reconocen a los partidos políticos.

B. Entonces, los partidos políticos son necesarios en las sociedades contemporáneas para que el pueblo pueda manifestar

su voluntad dentro de un proceso organizativo, que formalmente se realiza a través del Derecho Electoral y materialmente a través de la acción de los partidos políticos. Éstos concretan el principio democrático realizando las siguientes funciones específicas:

a. Agrupan las propuestas de solución sobre la problemática nacional que vienen de toda la población; sólo así es posible elegir entre dichas propuestas.

b. Canalizan las aspiraciones y pretensiones de los ciudadanos y de los distintos sectores sociales, dándoles la forma de un programa político coherente y realizable. Además, provocan actividades y participación políticas en la población.

c. Formulan programas políticos que compiten con otros y tienen por objeto, tanto darles más criterios a los ciudadanos para analizar los problemas sociales –formando así opinión pública– como inspirar las acciones del Estado desde el gobierno o la oposición. Además, los programas sirven para armonizar los intereses parciales de los distintos sectores, reduciendo así la fragmentación social que puede generar rupturas en el sistema político.

d. Elaboran listas de candidatos, de las cuales saldrán los futuros representantes, seleccionando y formando así a las élites del sistema político. Además, la presentación de candidaturas facilita la elección, en cuanto permite conocer la ideología de los partidos y los distintos candidatos.

e. Informan comprensiblemente a la población sobre los complejos asuntos nacionales y advierten a la ciudadanía sobre la conveniencia o no de determinadas acciones de gobierno; todo a fin de que el voto sea más racional.

f. Ofrecen al electorado su capacidad organizativa, lo cual permite que los deseos de la población se realicen en mayor medida y en proporción a los resultados electorales.

g. Todos los partidos, sean de gobierno o de oposición, refuerzan el sistema político, haciéndolo estable y garantizando de esa manera su propia supervivencia.

h. Propician la defensa del sistema democrático pluralista y representativo.

C. Las Constituciones democráticas contemplan la figura de los partidos políticos desde dos perspectivas:

Por un lado, como una concreción del derecho fundamental a asociarse (art. 72 ord. 2º Cn.), que se ejerce con la finalidad de colaborar en la formación de la voluntad política, con base en una tendencia ideológica o un conjunto de creencias sobre aspectos políticos y socioeconómicos –entre otros-, que aspiran a influir en la formación de la voluntad estatal (Sentencia de 25-IV-2006, Inc. 11-2004 [Considerando VII.2.A]). En tal derecho se aprecian dos vertientes: una individual, relativa al derecho de cada persona aisladamente considerada, y otra colectiva, que implica el libre desenvolvimiento de la asociación como persona jurídica dentro de la licitud de sus fines. Ello hace de los partidos políticos asociaciones con restricciones en cuanto a sus objetivos, pero también con ventajas (por ejemplo, monopolio para la presentación de ciertas candidaturas [art. 210 Cn.], etc.)

Por otro lado, el partido se mira como un componente esencial del sistema democrático, cuya finalidad es la de contribuir a la formación de la voluntad política del pueblo. Como se expresó en la Inc. 11-2004 citada (Considerando VII.3), cuando el art. 85 inc. 2º Cn. señala que los partidos políticos “son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno”, ello implica que son los medios por los que se canaliza la participación de los ciudadanos en la configuración de la voluntad del poder estatal. Además, los partidos políticos son los que, con su condición de mediadores, llevan el pluralismo político hacia las instituciones.

Desde luego, la regulación constitucional de los partidos políticos también es objeto de desarrollo legal, el cual, con mayor o menor detalle, se ocupa de los derechos y obligaciones de los partidos políticos, las relaciones entre afiliados y partidos y la conformación de sus órganos de gobierno.

Pues bien, la regulación tanto constitucional como legal de los partidos políticos conforma su estatus de libertad externa e interna. El primer estatus se refiere a la autonomía de los partidos políticos frente al Estado y a los demás partidos en cuanto a su creación, existencia y actividades. El segundo estatus alude a que un proceso genuinamente democrático debe ser libre desde su origen (frase 2ª del inc. 2º del art. 85 Cn.).

En cuanto a la naturaleza jurídica de los partidos políticos, se ha dicho que son órganos que cumplen una función constitucional (la de contribuir a formar la voluntad política del pueblo.), pero no son órganos del Estado. Son, más bien, grupos libremente formados que enraizan en la esfera sociopolítica, llamados, por ello, a cooperar en la formación de la voluntad política del pueblo y a incidir en la estatalidad institucionalizada. Debe recalcar que, para que los partidos cumplan su función, es importante que se asienten sobre los valores de un orden democrático, libre y pluralista.

IV. Habiendo establecido las anteriores premisas normativas, jurisprudenciales y doctrinales, se pasará ahora a resolver la primera cuestión de fondo: si los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núms. 3 y 5 del CE son inconstitucionales, en la medida en que, para elecciones establecidos en los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn.

El ciudadano Ulloa fundamenta la supuesta inconstitucionalidad de las disposiciones legales antedichas –entre otros– en los siguientes argumentos: (i) la Constitución, en sus arts. 72 ord. 3º y 126, no exige estar afiliado o ser postulado por un partido político para ser candidato a diputado de la Asamblea Legislativa y el PARLACEN, ni faculta al legislador secundario a adicionar más

requisitos que los que ella misma establece; (ii) mientras que para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República la Constitución previó expresamente el requisito de estar afiliado a un partido político (art. 15° Cn.), para el cargo de diputado no lo hizo (art. 126 Cn.); (iii) debido a su concepción sinónimo de Órgano Ejecutivo, y (iv) el art. 23 de la CADH no permite reglamentar el ejercicio del derecho al sufragio pasivo por razón de afiliación partidaria. Conforme al examen de las confrontaciones internormativas propuestas por el actor, se estudiará también cada uno de los anteriores argumentos.

2. Se comenzará por analizar el contenido normativo de la frase 1ª del inc. 2º del art. 85 Cn., en virtud de que éste se integra con las disposiciones constitucionales invocadas como parámetro de control.

A. La disposición precitada establece que: “[e]l sistema político es pluralista y se expresa por medio de los partidos políticos, que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno”. Aquí el término “gobierno” se utiliza, no en un sentido restrictivo, relativo a la actividad institucional del Órgano Ejecutivo- como sostiene el ciudadano Ulloa-, sino en un sentido amplio, como “el aparato de dirección jurídica y política del Estado en sus instancia de decisión, acción y sanción, en el que confluyen el conjunto de órganos o individuos investidos de autoridad a los fines del cumplimiento de la actividad del Estado” (Inc. 16-99 citada [Considerando V.I]. Igualmente, el art. 86 inc. 2º Cn. Emplea el vocablo “gobierno” en dicho sentido amplio, en lo que sí coincide el actor. No es, por lo tanto, una identificación de “gobierno” con Ejecutivo lo que explica que el constituyente únicamente haya contemplado el requisito de afiliación partidaria para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República.

B. El siguiente aspecto a dilucidar, entonces, sería porqué el constituyente contempló expresamente el requisito de la afiliación

partidaria para el cargo de Presidente de la República en el art. 151 Cn. y guardó silencio con respecto al cargo de diputado en el art. 126 Cn.

Tal circunstancia no obedece –como ya se descartó– a que el art. 85 inc. 2º frase 1ª Cn. se refiere exclusivamente al Órgano Ejecutivo. Cuando en el IUCEPC se dice que el requisito de afiliación contemplado en el art. 151 Cn. “está en consonancia” con lo dispuesto en el art. 85 Cn. se pone en evidencia que éste es más general, que no se refiere sólo al cargo de Presidente de la República.

En realidad, el requisito de afiliación establecido en el art. 151 Cn. se explica porque –como el propio actor manifiesta– el constituyente consideró que, dado que el Presidente de la República “ejerce una alta representación popular”, debía “pertenecer a un partido político cuya ideología, finalidades y programas” conociera el pueblo (IUCEPC). Esa preocupación explicaría la especificidad del art. 151 Cn. respecto a la previsión más general del art. 85 inc. 2º frase 1ª Cn.

El art. 72 ord. 3º Cn. dispone: “Los derechos políticos del ciudadano son: [...] [o]ptar a cargos públicos cumpliendo con los requisitos que determinan esta Constitución y las leyes secundarias”. Esto implica que “todo ciudadano, siempre que cumpla con los requisitos que para tal efecto se hayan prescrito, se puede presentar como candidato a ocupar un cargo público”, y “presentarse como candidato conlleva el cumplimiento de otros requisitos que previamente se señalan ya sea por la Constitución o por la leyes” (Inc. 16-99 citada [Considerando IV.1]).

Estamos ante un derecho de carácter general, en el sentido de que los derechos específicos de optar a otros cargos –consagrados en otras disposiciones constitucionales– son manifestaciones de aquél. Tal es el caso del derecho a optar al cargo de diputado, adscrito al art. 126 Cn.; lo cual significa que, aun cuando esta dispo-

sición establece ciertos requisitos, ello no obsta para que el legislador secundario regule otros –como le autoriza el art. 72 ord. 3º Cn. Ahora bien, el derecho al sufragio pasivo (art. 72 ord. 3º Cn) y el derecho a optar al cargo de diputado (art. 126 Cn.) –como concreción de de él–, al ser configurados por el legislador, deben tomar en cuenta lo establecido en la frase 1ª del inc. 2º del art. 85 Cn., en cuanto a que “los partidos políticos son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno”.

Según la última norma citada, los partidos políticos deben cumplir su función mediadora cuando se trate de cargos públicos representativos –como el de diputado–, pero no prescribe medios específicos. La finalidad de dicha exigencia, desde un punto de vista objetivo, podemos decir que es la mejor organización del proceso electoral y la propia representación, lo que refuerza a los partidos políticos, por considerárseles instrumentos fundamentales de la democracia representativa.

Ahora bien, la norma referida, que exige que los partidos políticos cumplan su función mediadora en elecciones de diputados, no tiene carácter absoluto. Ya que admite excepciones en virtud del propio texto constitucional. Ese carácter relativo. Además, permite darle recepción a otra excepción proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, contenida en el art. 23.1.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

a. Respecto de la frase 1º del inc. 2º del art. 85 Cn., es pertinente recordar el IUCEPC, en el cual se expresa: “El pluralismo político, propiamente dicho, consiste en el multiplicidad de instituciones que sin formar parte de la estructura gubernamental, influyen la formulación de las decisiones políticas. Estos grupos, generalmente, están organizados para la defensa de sus propios intereses y defienden o propugnan la ideología más conveniente para los mismos. Así, forman parte del sistema pluralista las asociaciones profesionales, gremiales, sindicales y políticas. [...] ----Los excesos

de un pluralismo político pueden inclusive llevar a concepciones totalitarias como la de los [E]stados corporativistas que surgieron en la década de 1930. Por eso es que en el proyecto se califica y se limita y este concepto. El sistema político no es sólo pluralista, es democrático y además representativo. ----Pero hay algo más, para la defensa del sistema democrático y, conforme a las realidades nacionales, la Comisión incluye un concepto adicional de limitación: Circunscribe a los partidos políticos la expresión de ese pluralismo democrático representativo, de manera que no se permita que otra clase de instituciones con distintas finalidades, se arroguen la representación popular y la participación en el quehacer gubernamental” (resaltado nuestro).

Teniendo en cuenta lo expresado en dicho informe –el cual, según el art. 268 Cn., tiene el valor de “documento fidedigno” para la interpretación de la Constitución-, se concluye que la intención de la norma que prescribe la mediación de los partidos políticos en la representación política –estatuida en la 1º frase del inc. 2º del art. 85 Cn.-actualmente, es la de excluir que grupos, asociaciones, organizaciones o cualquier otro tipo de entidades colectivas que de hecho posean o se hayan constituido jurídicamente con una finalidad diferente a la de los partidos políticos –que es la de alcanzar el poder político, ejercicio de la representación política. Y es que como se dijo en la Inc. 16-00 citada (Considerando VI.3)- “cualquier asociación, trátase de partidos políticos o de otro tipo, deben cumplir con los estatutos o finalidades que antes de surgir a la vida jurídica sus integrantes acordaron desarrollar, esto es, el giro –o mejor, la finalidad- que deseaban les fuera autorizada por la autoridad correspondiente”.

Sin embargo, la 1ª frase del inc. 2º del art. 85 Cn. de ninguna manera excluye que los ciudadanos como tales, ya sea individualmente (candidaturas independientes) o colectivamente (movimientos cívicos), puedan optar al cargo de diputado sin la mediación de los partidos políticos.

Primero, porque en tales casos la finalidad de dichos ciudadanos coincide plenamente con la de los partidos políticos. Segundo, porque la frase 1ª del inc. 2º del art. 85 Cn, excluye que otras entidades diferentes a los partidos políticos medien entre los ciudadanos y sus representantes; pero, cuando los ciudadanos ejercen su derecho al sufragio pasivo directamente, no existe mediación alguna.

El fundamento de esta apertura descansa en que el ciudadano y su participación en la vida pública constituyen la esencia de la democracia, por encima de los partidos políticos y de grupos con intereses particulares. Además, la Constitución asegura también la participación de los ciudadanos que no se sienten representados por los partidos políticos.

b. Por otro lado, es necesario examinar cómo se encuentra regulado el derecho al sufragio pasivo en el sistema interamericano de derechos humanos.

El derecho mencionado lo contempla el art. 23.1.b de la CADH: “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: [...] de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores”. Y en su párrafo 2 añade: “La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado las anteriores disposiciones diciendo que: “No existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político. No se desconoce la importancia que revisten los partidos políticos como

formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, pero se reconoce que hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes...” ([Caso Yatama vs Nicaragua, Sentencia de 23-VI-2005, Serie C N° 127, párr. 215] resaltar nuestros).

Agrega el tribunal internacional que: “[L]a participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos [...] es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación” (Caso Yatama vs. Nicaragua citado, párr.. 217).

Respecto a la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho interno, esta Sala, en la Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003 (Considerando V.3), explicó que los tratados de derechos humanos y el catálogo de derechos fundamentales guardan entre sí una relación que no es de jerarquía, sino de compatibilidad o –como en una decisión posterior se precisó– de “coordinación” (Auto de 18-XI-2009, Inc. 47-2007 [Considerando II.1.B]). Ello significa que los derechos fundamentales y los tratados internacionales de derechos humanos se concentran y reparten sus ámbitos de aplicación conforme a una finalidad común: realizar la concepción humanista del Estado y de la sociedad.

Recapitulando, entonces: Si hemos dicho que el derecho a optar a cargos públicos de elección popular (art. 72 ord. 3° Cn.), que se integra con la norma que prescribe la mediación de los partidos políticos (frase 1ª del inc. 2° del art. 85 Cn), incluyendo el derecho de todo ciudadano a postularse, individualmente o asociado con otros, como candidato independiente, también, en virtud de la recepción del art. 23.1.b de la CADH en el Derecho interno salvadoreño, los miembros de grupos específicos de la sociedad, a quienes la propia exigencia de la mediación de los partidos políticos pueden excluir

de la participación política, tienen derecho a postularse como candidatos, conforme a la ley, sin la mediación de los partidos políticos.

4. Habiendo determinado el contenido de las disposiciones propuestas como parámetro de control, procede examinar la confrontación advertida por el actor entre los arts. 211 inc. 1° y 215 inc. 2° núms. 3 y 5 del CE y aquéllas.

De acuerdo con éstos, se exige a los candidatos a diputado del PARLACEN la postulación por un partido político (art. 211 inc. 1° CE) y a los candidatos a diputado de la Asamblea Legislativa, además de la postulación por un partido político (art. 215 inc. 2° núm. 3 CE), la afiliación a éste (art. 215 inc. 2° núm. 5 CE).

Puesto que la postulación y la afiliación son diferentes –como se verá-, se analizarán por separado, primero, las inconstitucionalidades atribuidas a los arts. 211 inc. 1° y 215 inc. 2° núm. 3 del CE, que exigen postulación (A); y luego, la inconstitucionalidad atribuida al art. 215 inc. 2° núm. 5 del CE, que exige afiliación (B).

a. Para comprender este punto, es necesario mencionar la diferencia que existe entre postulación y afiliación, tal como se explicó en la Inc. 16-99 citada: “la postulación no es sinónimo de afiliación. Postulación [...] es un concepto que está relacionado con la presentación de una persona para un cargo público, es decir, hacer la propuesta para que alguien en el ejercicio pleno de sus derechos políticos alcance un cargo público –Diputado de la Asamblea Legislativa-; en tanto que afiliación a un partido político es un acto formal [...] de la que se [derivará] la relación jurídica entre el partido, persona jurídica, y un ciudadano, persona natural. La afiliación no es sino un acto formal meramente declarativo y no constitutivo...” (Considerando VI.2.A).

Así, se puede aseverar que, en el contexto de la mediación de los partidos políticos en la representación política, la postulación supone el grado de mediación más leve entre electores y represen-

tantes: mientras que la afiliación supone el grado más intenso de mediación.

Pues bien, hemos dicho que el derecho a optar al cargo de diputado (art. 126 Cn.), como concreción del derecho al sufragio pasivo (art. 72 ord. 3º Cn.), es un derecho de configuración legal, en el sentido de que el constituyente encomienda al legislador regular las condiciones para su ejercicio.

En virtud de lo anterior, es necesario apartarse del criterio sostenido en la Inc. 16-00 citada (considerando VI.2), en cuanto a que la exigencia de postulación contemplada en los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núm. 3 del CE constituye un límite externo al derecho a optar al cargo de diputado (art. 126 Cn.). En realidad, tal exigencia es una mera configuración del derecho en cuestión por parte del legislador, en ejercicio de la competencia que le confiere el art. 72 ord. 3º Cn. integrado con la frase 1º del inc. 2º del art. 85 Cn.

El argumento de que los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núm. 3 del CE contradicen el art. 23.2 de la CADH tampoco es válido, pues mientras aquéllos –como hemos dicho– sólo configuran el derecho a optar al cargo de diputado, es decir, establecen condiciones para su ejercicio, la norma internacional citada se refiere a limitaciones a los derechos políticos de difícil o imposible superación (edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad o mental, condena penal); por lo que estamos ante diferentes supuestos.

El anterior planteamiento coincide en lo esencial con la postura adoptada por la Corte Interamericana de Derecho Humanos en el Caso Castañeda Guzmán vs. Estados Unidos Mexicanos. En lo pertinente, ese tribunal manifiesta –en los párrafos 156, 157 y 161–: Para que los derechos políticos puedan “ejercerse directamente o por medio de representantes libremente elegidos, se impone al Estado una obligación positiva, que se manifiesta con una obligación de hacer, de realizar ciertas acciones o conductas, de adoptar medidas, que se derivan de la obligación de garantizar

el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción (artículo 1.1 de la convención) y de la obligación general de adoptar medidas en el derecho interno (artículo 2 de la Convención). --- Esta obligación positiva consiste en el diseño de un sistema que permita que se elijan representantes para que conduzcan los asuntos públicos. En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el art. 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado. ---*Como se desprende de lo anterior, la Corte estima que no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana” (resaltados nuestros).*

Por todas las razones anteriores, se concluye que los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núm. 3 del CE admiten una interpretación conforme con los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn. en el sentido de que: (i) la mención expresa del partido político postulante o la certificación del punto de acta en el que conste la postulación por el partido político correspondiente sólo se exigirán a los candidatos a diputados de la Asamblea Legislativa y del PARLACEN también pueden presentarse en su condición de ciudadanos, individualmente (“candidatos independientes”) o asociados con otros (movimientos cívicos), o, tratándose de miembros de grupos específicos de la sociedad, pueden presentarse como candidatos sin la mediación de los partidos políticos, conforme lo establezca la ley. En consecuencia, los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núm. 3 del CE, interpretados de la forma expuesta, no son inconstitucionales, y así deberá declararse en esta sentencia.

Ahora bien, se ha insistido que el derecho al sufragio pasivo y el derecho a optar al cargo de diputado –como concreción de él- son derechos de configuración legal. Por tal razón, la Asamblea Legislativa deberá reformar los arts. 211 y 215 del CE, a fin de permitir que, en las elecciones a diputados de la Asamblea Legislativa y del PARLACEN, los ciudadanos puedan presentar candidaturas independientes o que –bajo las condiciones antes mencionadas- puedan prescindir de la mediación de los partidos políticos. Para tal efecto –entre otras cosas-, deberá regularse por ley: (i) un determinado número de firmas (basándose, por ejemplo, en cierto porcentaje de los votos válidos de la anterior elección de diputados en la circunscripción territorial respectiva) que apoyen las candidaturas referidas, para asegurar su representatividad; y (ii) mecanismos de control, supervisión y rendición de cuentas que garanticen que los recursos de las campañas tengan un origen y uso lícito, lo cual también es aplicable a los partidos políticos.

Se analiza ahora el supuesto diferente del art. 215 inc. 2º núm. 5 del CE, que exige la afiliación del candidato a diputado al partido político correspondiente.

En este punto es necesario recordar lo que esta Sala sostuvo en la Inc. 16-99 citada (adecuado al criterio que ahora se establece): “el señalamiento de violación al derecho de libertad de asociación es impropio si se confunde [la postulación] con la afiliación” [...] “[L]a exigencia de afiliación va más allá de la atribución [...] concedid[a] a los partidos políticos para la presentación de candidaturas, ya que [ésta] no impediría desde todo punto de vista la inclusión de candidaturas independientes [o de otro tipo], mientras que la exigencia de afiliación partidista sí lo impediría. Con lo cual la afiliación a un partido político es un requisito criticable en la medida que estable el monopolio absoluto de los partidos sobre la vida política democrática, lo cual es llevar a sus límites la idea del Estado de partidos. Y es que la exigencia de afiliación a un partido político trasciende hasta

un ámbito que limita la no prohibición de mandato para el diputado, pues en este caso, prácticamente se estaría aceptando que el cargo de Diputado es del partido y no del ciudadano, lo cual es inaceptable en el conjunto de unidad de la Constitución” [(Considerando VI.2.A).

Admitido, pues, que la exigencia de afiliación partidaria limita el derecho de asociación en su vertiente negativa (art. 7 Cn.), elimina el derecho a participar en las elecciones de diputados sin la mediación de los partidos políticos (art. 72 ord. 3º, frase 1ª del inc. 2º del 85 y 126 Cn.), y limita la efectividad de la prohibición de mandato imperativo (Art. 125 Cn.), se concluye que el art. 215 inc. 2º núm. 5 del CE es inconstitucional por contener una violación a los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn., y así deberá declararse en esta sentencia.

Con respecto a la anterior conclusión, debe aclararse que el fallo se limitará a declarar la inconstitucionalidad del art. 215 inc. 2º núm. 5 del CE por violación a los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn., manteniendo así la congruencia con la pretensión planteada.

Sin embargo, también se ha afirmado que la afiliación partidaria obligatoria para postularse como candidato a elecciones de diputados limita el derecho de asociación en su vertiente negativa (art. 7 Cn.), y la prohibición de mandato imperativo (art. 125 Cn.).

Tales aseveraciones se retoman de la Inc. 16-99 citada (Considerando VI.2.A) y se hacen con base en el siguiente criterio jurisprudencia: “[La] congruencia [...] no debe entenderse como plena pasividad o abdicación de la Sala de lo Constitucional ante evidentes actuaciones inconstitucionales de las entidades estatales; ya que la congruencia, en los procesos constitucionales, presenta perfiles más amplios que en los procesos comunes, a tal grado que –como ha señalado reiterada jurisprudencia constitucional del país- ella no impide que la Sala pueda “hacer consideraciones o análisis de disposiciones constitucionales que son un complemento necesario de los formulados por el quejoso, o van implícitos dentro del mismo”; y esto es así porque las normas constitucionales no

pueden ser interpretadas aisladamente, sino en armonía con el resto del texto constitucional” (Sentencia de 14-XII-1995, Inc. 17-95 [Considerando II.3]).

V. El ciudadano Ulloa ha impugnado también los arts. 215 inc. 2ª núms. 3 y 5, 216, 218 inc. 1º, 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE, que establecen el sistema de lista para elecciones de diputados, por considerar que este sistema viola el carácter libre y directo del derecho al sufragio activo (art. 78 Cn.).

Según lo antes expuestos, el sistema de lista –como forma de candidatura- es una consecuencia lógica de la postulación de los candidatos a diputados de la Asamblea Legislativa por parte de los partidos políticos, exigencia que constituye una regulación constitucionalmente admisible de los arts. 72 ord. 3º, 85 inc. 2º frase 1ª y 126 Cn., como se vio anteriormente.

En sistemas como el nuestro que, por un lado, consagran el sistema de representación proporcional (art. 79 inc. 2º Cn.), y por otro lado, contemplan –entre otras formas de participación- la mediación de los partidos políticos en la representación política (art. 85 inc. 2º frase 1ª Cn.), el sistema que el Derecho Electoral comparado para tales efectos ofrece es el de lista o planilla.

En virtud de lo anterior, se puede aseverar que los arts. 215 inc. 2º núms. 3 y 5, 216, 218 inc. 1º, 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE no limitan, sino que configuran el derecho al sufragio activo, es decir que, lejos de afectarlo negativamente, lo que hacen es posibilitar su realización. Y es que, en virtud del derecho al sufragio activo, el ciudadano tiene la potencialidad de producir ciertos efectos jurídicos con respecto al Estado, mediante el acto de votar; pero además tiene derecho a que el Estado, por medio de la legislación ordinaria, facilite los procedimientos que posibiliten una participación en la formación de la voluntad estatal.

Nuevamente, recordamos la postura adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castañeda

Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos citado, ya que coincide con la interpretación que aquí sostenemos del derecho al sufragio. En lo atinente, dicho tribunal internacional sostiene –párr. 159- que: “En el ámbito de los derechos políticos la obligación de garantizar [del Estado] resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros en el establecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el artículo 23 de la Convención. Sin esa acción del Estado, los derechos a votar y a ser votado, simplemente, no podrían ser ejercidos. [...] [S]i no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, [etc.] registros de electores, partidos políticos, [etc.] para el ejercicio del sufragio, éste sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza”.

Por las razones anteriores, se concluye que los arts. 215 inc. 2º núms. 3 y 5, 216, 218 inc. 1º, 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE no son inconstitucionales, en cuanto a la supuesta violación al art. 78 Cn., y así deberá declararse en esta sentencia.

No obstante, en virtud de la interpretación de los arts. 211 inc. 1º y 215 inc. 2º núm. 3 del CE conforme con los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn. que esta Sala ha efectuado supra en el Considerando IV.4.A de esta sentencia, la Asamblea Legislativa deberá reformar los arts. 215 inc. 2º núms. 3 y 5, 216, 218 inc. 1º, 238, 239 inc. 1º, 250 inc. 1º y 262 inc. 6º del CE, a fin de armonizar el sistema de lista con el derecho de los ciudadanos de presentar candidaturas sin la mediación de los partidos políticos.

VI. El último asunto de fondo a dilucidar es si la forma de candidatura para elecciones de diputados de lista cerrada y bloqueda, que establece el art. 262 inc. 6º del CE, viola el carácter “libre” y “directo” del sufragio (art. 78 Cn.). Dado que estas dos características del sufragio –como se vio anteriormente- tienen distinto significado, se

analizarán por separado- en orden de sencillez-: primero la violación al carácter directo del sufragio (VI.1), y luego la violación a su carácter libre (VI.2).

El ciudadano Félix Ulloa considera que el sistema de lista cerrada y bloqueada, en la medida en que impide a los electores marcar preferencias entre los candidatos, viola el carácter “directo” que el derecho al sufragio activo debe tener, de acuerdo con el art. 78 Cn.

El carácter directo del voto –tal como se explicó supra Considerando III.3.B.b- consiste en que el ciudadano vota sin intermediarios a sus gobernantes o representantes, es decir que éstos resultan ganadores en las elecciones respectivas por el conteo de los votos de los ciudadanos.

El voto directo –se dijo- se contrapone a aquél mediante el cual el pueblo elige compromisarios, quienes, a su vez, realizan una elección, de la que surgen finalmente los representantes electos. Aquí, entonces, existen intermediarios entre el elector y el representante; no son los votos de los ciudadanos los que se cuentan para determinar a los ganadores.

De acuerdo con el art. 80 Cn., en relación con el art. 78 Cn., las elecciones para diputados son “directas”, o sea, se deciden por el voto de los ciudadanos, sin necesidad de procedimiento ulterior alguno.

El Código Electoral ha respetado por completo el voto directo en su art. 13. La forma de la candidatura (lista cerrada y bloqueada) no afecta al voto directo, puesto que no introduce la participación de compromisarios para la elección de diputados; los resultados se siguen definiendo por el voto de los ciudadanos, sin más.

Por la anterior razón, se concluye que no existe la inconstitucionalidad del art. 262 inc. 6º del CE por la supuesta violación al art. 78 Cn. (voto directo), en los términos planteados en la demanda, y así deberá declararse en esta sentencia. Consecuentemente, en virtud de su conexión material con el art. 262 inc. 6º del CE, tampoco

existe la inconstitucionalidad de los arts. 239 inc. 1º y 250 inc. 1º del CE por la supuesta violación al art. 78 Cn. (voto directo), y así se deberá declarar también.

2. No obstante, corresponde ahora analizar si el sistema de lista cerrada y bloqueada, establecido en el art. 262 inc. 6º del CE, en la medida en que impide que los ciudadanos expresen preferencias por los candidatos, viola el carácter “libre” del derecho al sufragio activo (art.78 Cn.)

A. previo a resolver el fondo de la cuestión, es necesario aclarar concretamente qué se entiende por “lista cerrada y bloqueada.”

En el caso de las elecciones de diputado, los votos tienen que convertirse en escaños para determinar cuáles de los candidatos votados son elegidos. Para ello existen dos sistemas: el mayoritario, donde sólo se asigna un escaño por circunscripción y lo consigue obviamente el partido que obtuvo más votos; y el sistema proporcional, donde hay varios escaños en cada circunscripción y se adjudican en proporción a los resultados.

Asimismo, las candidaturas pueden adoptar dos formas: la candidatura unipersonal o la lista de candidatos. Mientras que la primera forma es la utilizada para el sistema mayoritario (por ejemplo, nuestro país, para elecciones de Presidente de la República); la segunda es la que se suele emplear para elecciones de diputados bajo sistema de representación proporcional (como es también el caso de nuestro país).

Las listas pueden a ser a su vez, según lo establezca la ley, de tres tipos: cerradas bloqueadas, cerradas desbloqueadas y abiertas. En la lista cerrada y bloqueada –sistema adoptado por el legislador secundario salvadoreño (art.262 inc. 6º CE)- el partido político decide el orden de los candidatos y éstos van obteniendo un escaño a medida que el partido suma votos, según ese mismo orden. Esto significa que el elector no puede votar por los candidatos individualmente considerados, sino que debe hacerlo “en bloque” por un partido político.

En cambio, en la lista cerrada y desbloqueada los electores pueden modificar total o parcialmente el orden de candidatos propuestos por un partido, ya sea mediante el voto preferencial (a favor de uno o más candidatos), tachando algunos nombres o colocando un orden numérico en los nombres de los candidatos.

Por último, en la lista abierta el elector puede escoger candidatos de diferentes partidos políticos y determinar el orden de preferencia entre ellos. Es decir, el elector configura su propia lista, pudiendo apartarse por completo de las propuestas de los partidos políticos.

Habiendo explicado los tres tipos de listas, se puede deducir con facilidad que la opción por uno u otro tipo afectan la relación entre elector y candidato, así como la relación entre el candidato y el partido político que lo propuso.

En los sistemas de la lista cerrada y bloqueada los candidatos se vuelven más dependientes de sus partidos, pero se alejan de los electores. Por su parte, en los sistemas de lista cerrada y desbloqueada los candidatos dependen menos de sus partidos, ya que cuentan con el respaldo directo de los electores, con quienes la relación se hace más cercana.

B.a. El análisis respecto del art. 262 inc. 6º del CE consistirá en determinar si la norma jurídica contenida en tal disposición contradice la garantía del sufragio libre estatuida en el art. 78 Cn. El anterior contraste informativo –y en este punto se sigue el planteamiento del demandante- se puede examinar desde la perspectiva de una intervención en un derecho fundamental.

Del art. 262 inc. 6º del CE se deduce que para elecciones de diputados (i) los partidos políticos establecen el orden de sus respectivos candidatos en las listas; y (ii) los candidatos van obteniendo un escaño en ese orden a medida que el partido político al que pertenecen acumula votos. Ello se traduce, en términos electorales, en la forma de candidatura conocida como “lista cerrada y bloqueada”.

Dicha regulación implica –en el entender del actor- una intervención en el derecho de todo ciudadano a ejercer el sufragio libremente –que se extrae del art. 78 Cn.-, ya que ellos le impide expresar preferencias por los candidatos de manera individualizada.

Admitido, pues, que el contraste internormativo planteado es susceptible de ser analizado como una intervención en un derecho fundamental, procede efectuar un juicio de proporcionalidad. Concretamente, esta Sala debe verificar si las ventajas que se obtienen con la norma prevista en el art. 262 inc. 6° del CE, compensan los sacrificios que dicha norma implica para el derecho de todo ciudadano a ejercer el sufragio libremente.

b. El examen de constitucionalidad debe comenzar por determinar cuál es el fin de la medida impugnada.

Tal extremo no se puede inferir de la propia disposición ni de los considerandos del Código Electoral. Es necesario, entonces, remitirse al informe que el órgano Legislativo rindió, conforme al art. 7 L. Pr. Cn., para justificar desde el punto de vista constitucional el precepto controvertido.

De dicho informe se puede colegir que el fin que el legislador tuvo en cuenta para adoptar la medida cuestionada fue permitir a los partidos políticos planificar la futura composición de su fracción en la Asamblea Legislativa. Podríamos decir que éste es el fin inmediato de la medida, y es un fin legítimo, ya que no está prohibido por la Constitución.

Pero dicho fin, a su vez –como también se desprende del informe del Legislativo-, persigue la realización de una norma constitucional estatuida en la frase 1° del inc. 2° del art. 85 Cn.-, en virtud de la cual los partidos políticos son “el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno”.

Según la jurisprudencia de esta Sala (Incs. 16-99 y 11-2004 citadas), dicha norma constitucional atribuye a los partidos políticos una función mediadora o articuladora en la representación política. Los partidos, en tanto que medios por los que se canalizan la parti-

cipación de los ciudadanos en la configuración de la voluntad de los actos estatales, cumplen una función auxiliar, son sólo instrumentos de la democracia. Es decir, la democracia tiene como sujetos tanto a los ciudadanos como a los partidos y a otros actores.

Entonces, a partir de lo expresado por la Asamblea Legislativa en su informe y el contenido atribuido al art. 85 Cn. por la jurisprudencia constitucional, este Tribunal interpreta que el fin mediato de la medida impugnada es el fortalecimiento de los partidos políticos -entes jurídicos reconocidos constitucionalmente- en su función de mediadores en la representación política:

Establecidos sus presupuestos, corresponde ahora realizar el juicio de proporcionalidad, siendo lo primero a analizar la idoneidad de la medida impugnada para contribuir a la realización de su fin inmediato. Traducido al caso sub iudice, esta Sala deberá determinar si el sistema de lista cerrada y bloqueada, como forma de las candidaturas para las elecciones de diputados, es idóneo para que los partidos políticos puedan planificar la composición de su fracción parlamentaria.

En este punto es pertinente señalar que el juicio de idoneidad que realizan los tribunales constitucionales debe ser respetuoso con la libertad de configuración del legislador. Por ello, dichos tribunales sólo pueden llegar a la conclusión de que la medida impugnada no es idónea si ella no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato.

El sistema de la lista cerrada y bloqueada, considerando en abstracto, puede contribuir de alguna forma a que los partidos políticos planifiquen la integración de su grupo parlamentario, ya que estimado aproximadamente el número de escaños que van a conseguir (con base en encuestas, sondeos de opinión, etc.), pueden ubicar en los primeros lugares de las listas de las diferentes circunscripciones a aquellos candidatos que más les interesa que ganen una diputación, por distintos motivos: mejor preparación académica, más experiencia política, representación de alguna

minoría (mujeres, personas con capacidades especiales, grupos étnicos, etc.) o de algún sector, gremio o grupo de presión, especialidad en algún tema complejo, trayectoria más larga en el partido político correspondiente, etc.

Como se dijo, basta que la medida impugnada fomente de alguna manera el fin inmediato que persigue para estimar satisfecho el juicio de idoneidad, por lo que, siendo así en el presente caso, se proseguirá con el siguiente paso del juicio de proporcionalidad.

(ii) Establecida la idoneidad de la medida impugnada, debe pasarse a comprobar si la misma era la menos lesiva para el derecho fundamental intervenido entre todas las medidas alternativas que tuvieran mayor o igual idoneidad para contribuir a la realización del fin perseguido.

Aplicado lo anterior al presente proceso, se trataría de suponer otras medidas alternativas al sistema de lista cerrada y bloqueada que tuvieran, por lo menos, una idoneidad equivalente a dicho sistema para que los partidos políticos pudieran planificar la composición de su grupo parlamentario y que intervinieran con menor intensidad en el derecho a sufragar libremente.

De igual manera que en el juicio de idoneidad, el reconocimiento de un margen de apreciación al Órgano Legislativo supone que los Tribunales Constitucionales deben autorrestringirse en esta parte del test. Por ello, el juicio de necesidad no podría concluir en la inconstitucionalidad de la medida si existiera un medio menos lesivo que el impugnado, pero que ostentara una menor idoneidad para lograr el fin propuesto; ello implicaría que el tribunal constitucional efectuara una suerte de juicio de perfección.

Pues bien, en el asunto sub examine los sujetos intervinientes en el proceso no han alegado ningún medio alternativo al impugnado. Este Tribunal tampoco imagina alguna medida que, con mayor o igual idoneidad que el sistema de lista cerrada y bloqueo, permita

que los partidos políticos planifiquen (con el obvio margen de error propio de todo evento electoral) la composición de su fracción.

Si la lista se desbloquea o, peor aún, si se abre –que son los medios alternos en cuanto a formas de candidatura que ofrece el Derecho electoral comparado en la actualidad-, la dirigencia del partido perdería el control en cuanto a la integración concreta que desea lograr en el Parlamento. Los sistemas de lista cerrada desbloqueada y de lista abierta tienen precisamente el efecto contrario: la composición del grupo parlamentario depende de las preferencias de los electores, no de una cúpula partidaria.

Por lo anterior, se concluye que la medida impugnada era necesaria para la obtención del fin propuesto; circunstancia que hace procedente verificar el cumplimiento del último subprincipio del juicio de proporcionalidad.

(iii) Habiendo admitido que la medida es idónea y necesaria, este Tribunal debe evaluar ahora si ella es proporcionada (en sentido estricto), es decir, si la importancia de la realización del fin mediato perseguido por la medida justificaba la intensidad de la intervención en el derecho fundamental correspondiente:

Ahora bien, que sea posible una comparación entre la realización de un fin y la intervención en un derecho es dudoso. Por ello, la ponderación consiste en la comparación de la intensidad de la medida respecto del fin legítimo que ella persigue.

Como consecuencia del principio pro homine, que se deduce el Preámbulo y del art. 1 Cn. [Inc. 52-2003 citada (considerando V.39)], en la ponderación existe una carga argumentativa a favor de los derechos fundamentales. Por ello, cuanto mayor sea la intensidad de la intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la intensidad con que se realiza el fin perseguido por la medida impugnada.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que son leves las ventajas que el sistema de lista cerrada y bloqueada supone para

el fortalecimiento de los partidos políticos en su función de mediadores en la representación política, de acuerdo con el contenido que la jurisprudencia constitucional le ha atribuido al art. 85 inc. 2º Cn. (supra VI.2.B.b). En efecto, la disposición precitada se ha interpretado como atributiva a los partidos políticos de una función mediadora en la representación política. Esto significa que los partidos políticos tienen un carácter instrumental: están al servicio de los ciudadanos, quienes son los sujetos fundamentales de la democracia.

Por ello, si bien los partidos políticos son entes reconocidos constitucionalmente, su naturaleza instrumental explica que la determinación del orden de las candidaturas que hacen los partidos en las listas tiene una importancia leve para el fortalecimiento de su papel en el gobierno representativo, que acoge el art. 85 inc. 1º Cn. En otras palabras, su naturaleza instrumental no es realmente afectada si no pueden decidir el orden de las candidaturas en las elecciones, delimitada aquélla naturaleza desde el punto de vista de su función constitucional: contribuir a la formación de la voluntad política del pueblo.

En cambio, la intensidad de la afectación al derecho a ejercer el sufragio libremente que provoca el sistema de lista cerrada y bloqueada, es intermedia. A esta conclusión se llega por varias razones:

En primer lugar, recordemos que una de las exigencias constitucionales para considerar plenamente democrático al sufragio es su ejercicio en libertad (supra III.3.B.c). Tal requisito implica que el ciudadano pueda votar sin presión alguna y que el sentido de su decisión no sea objeto de castigo o premio. Nada de esto lo afectan las listas cerradas bloqueadas.

Pero el voto libre también implica que el ciudadano tenga plena capacidad de opción a la hora de votar, o sea, que pueda elegir entre uno u otro candidato. Esta dimensión del derecho se ve

claramente anulada con la lista bloqueada, ya que el ciudadano no puede expresar preferencia o rechazo alguno por los candidatos, sino que está obligado a votar por las listas, tal como las ordenan los partidos políticos.

En segundo lugar, mientras el voto genuinamente libre (con plena capacidad de opción) da a los electores la posibilidad de expresar preferencias y potencia la autonomía de los individuos, el voto parcialmente libre (como el que supone el sistema de lista cerrada y bloqueada) anula esas propiedades de los electores.

Además, el sufragio como derecho fundamental contribuye a la preservación de un ámbito libre de intervenciones de terceros –en este caso, los partidos políticos- propio de una comunidad política que parte de la libertad de los individuos, en la que toda limitación es la excepción y por ello, debe estar justificada.

En tercer lugar, entre las funciones del derecho al sufragio encontramos la de producir representación, es decir, garantizar procedimentalmente la representación política, y la de legitimar al Estado. Para el cumplimiento de ambas funciones es de vital importancia el reconocimiento del derecho al sufragio con plena capacidad de opción. No podemos hablar de verdadera representación política si el sufragio no se ejerce democráticamente, es decir, de manera libre y directa. Y, por otro lado, la afirmación de que la soberanía reside en el pueblo (art. 83 Cn.) se hace realidad en la medida en que se garantiza el derecho al sufragio genuinamente libre.

En cuarto lugar, el derecho al sufragio libre (con plena capacidad de opción) contribuye a la realización de otros principios constitucionales: (i) principio democrático (art. 83 Cn.), pues asegura mejor que los cargos públicos emanen directamente de la voluntad popular, (ii) democrática interna de los partidos políticos (frase 2ª del inc. 2º del art. 85 Cn.), ya que impide que las cúpulas de los partidos decidan verticalmente e impongan a sus afiliados y bases qué candidatos deben tener prioridad en la asignación de escaños;

y (iii) respeto y promoción del mandato representativo (art. 125 frase 1ª Cn.), ya que, al gozar los candidatos del apoyo personal y directo de los electores, su vinculación con el partido político disminuye y, por ende, pueden tomar sus decisiones con mayor libertad.

Por todo lo anterior, se concluye que la afectación que el sistema de lista cerrada y bloqueada produce en el derecho a sufragar libremente es intermedia, mientras que la contribución que dicho sistema hace al fortalecimiento de los partidos políticos, en su función de mediadores en la representación política, es leve.

Según el juicio de ponderación, la realización leve de un fin no justifica una afectación intermedia en un derecho fundamental. En consecuencia, la intervención que el art. 262 inc. 6º del CE ocasiona en el derecho fundamental consagrado en el art. 78 Cn. es desproporcionada y por ende, inconstitucional; debiendo así declararse en esta sentencia.

Debido a su conexión material con el art. 262 inc. 6º del CE, se concluye que los arts. 239 inc. 1º y 250 inc. 1º del CE también son inconstitucionales por violar el art. 78 Cn. y así deberá declararse en esta sentencia.

Además, tal como se dijo en las Inc. 52-2003 citada (Considerando IX.6): “como excepción al principio de congruencia, la inconstitucionalidad por conexión o derivada tiene por objeto expulsar del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones cuya ilegitimidad constitucional se deriva como consecuencia de la decisión adoptada”. Se añade en el mismo precedente que: “Tal consecuencia, puede darse en caso que la supervivencia de las disposiciones, hacia las cuales se extiende el pronunciamiento estimatorio, plantee la incompatibilidad con la resolución estimatoria, y sobre todo con las finalidades que con la misma se han querido alcanzar, ya sea por contener el mismo reproche de inconstitucionalidad o por constituir disposiciones, cuya única razón de ser, es dictar una regu-

lación instrumental o complementaria, en relación con la declarada inicialmente inconstitucional.”

Con base en lo anterior, este Tribunal somete a control constitucional los arts. 238 y 253-C inc. 3° del CE (este último adicionado al Código Electoral mediante el Decreto Legislativo n° 843, de 13-X-2005, publicado en el Diario Oficial n° 203, tomo 369, de 1-XI-2005).

El primero dispone que: “Los ciudadanos emitirán su voto por medio de papeletas oficiales, que las respectivas Juntas Receptoras de Votos pondrán a su disposición en el momento de votar, marcando en ellas el espacio correspondiente al Partido Político o Coalición por el cual emiten el voto”.

Por su parte, el segundo artículo dispone que: “Se entenderán como votos válidos a favor de cada Partido Político o Coalición contendiente, los que reúnan los requisitos de la ley y que la voluntad del votante esté claramente determinada por cualquier marca sobre la bandera de cada Partido Político o Coalición”.

Por tanto, las normas contenidas en estas disposiciones constituyen regulaciones complementarias del art. 262 inc. 6° del CE, que establece el sistema de lista cerrada y bloqueada. En consecuencia, se concluye que los arts. 238 y 253-C inc. 3° del CE, debido a su conexión material con el art. 262 inc. 6° del CE, también violan el art. 78 Cn., y así deberá declararse en esta sentencia.

Las anteriores declaratorias de inconstitucionalidad tendrán como consecuencia jurídica la invalidación de las disposiciones impugnadas, es decir, su expulsión del ordenamiento jurídico salvadoreño. Por tal razón, a fin de evitar un vacío legal y respetando esta Sala la libertad de configuración de la Asamblea Legislativa, este Órgano del Estado deberá emitir una nueva legislación, en la que la forma de la candidatura para elecciones de diputados asegure el derecho al sufragio activo con plena capacidad de opción. Para tal efecto –entre otros aspectos- las papeletas de votación deberán

diseñarse de tal forma que permitan a los electores identificar claramente a los candidatos de cada partido político y a los candidatos independientes, y les posibiliten manifestar su preferencia a rechazo por uno o varios de los candidatos de los diferentes partidos políticos y candidatos independientes.

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, jurisprudencia constitucional citada y arts. 72 ord. 3º, 78, 85 y 126 de la Constitución y arts. 9, 10, 11 y 31 ord. 3º de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. Declárese que el art. 215 inc. 2º núm. 5 del Código Electoral, emitido mediante el Decreto Legislativo nº 417, de 14-XII-1992, publicado en el Diario Oficial nº 16, tomo 318, de 25-I-1993, reformado mediante el Decreto Legislativo nº 502, de 6-XII-2007, publicado en el Diario Oficial nº 1, tomo 378, de 3-I-2008, es inconstitucional por violar los arts. 72 ord. 3º y 126 de la Constitución, ya que la exigencia de afiliación a un partido político al candidato a diputado limita el derecho de todos los ciudadanos a optar a dicho cargo.

2. Declárese que el art. 262 inc. 6º del Código Electoral es inconstitucional por violar el art. 78 de la Constitución, ya que la afectación que el sistema de lista cerrada y bloqueada ocasiona en el derecho de los ciudadanos a ejercer el sufragio activo libremente, con plena capacidad de opción, es desproporcionada.

3. Declárese que los arts. 239 inc. 1º y 250 inc. 1º del Código Electoral únicamente en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada son inconstitucionales por violar el art. 78 de la

Constitución (sufragio libre), en virtud de la conexión material de aquellas disposiciones con el art. 262 inc. 6° del Código Electoral.

4. Declárese que los arts. 238 y 253 C inc. 3° del Código Electoral, reformado mediante el Decreto Legislativo n° 843, de 13-X-2005, publicado en el Diario Oficial n° 203, tomo 369, de i-XI-2005 -únicamente en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada- son inconstitucionales por violar el art. 78 de la Constitución (sufragio libre), en virtud de la conexión material de aquellas disposiciones con el art. 262 inc. 6° del Código Electoral.

5. Declárese que en los arts. 211 inc. 1° y 215 inc. 2° núm. 3 del Código Electoral no existe la inconstitucionalidad alegada, pues aquellos admiten una interpretación conforme con los arts. 72 ord. 3° y 126 de la Constitución, en el sentido de que la acreditación de postulación partidaria sólo es exigible a los candidatos que opten por esa vía pero éstos también podrán presentarse como candidatos independientes o, en otros supuestos especificados en esta sentencia, presentarse sin necesidad de la intermediación de un partido político.

6. Declárese que en los arts. 215 inc. 2° núms. 3y 5, 216, 218 inc. 1°, 239 inc. 1°, 250 inc. 1° y 262 inc. 6° del código Electoral no existe la inconstitucionalidad alegada, consistente en la supuesta violación al art. 78 de la Constitución, ya que el sistema de lista establecido en aquellos facilita la realización del derecho al sufragio activo en el marco de la organización electoral.

7. Declárese que en art. 262 inc. 6° del Código Electoral –en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada- no existe la inconstitucionalidad alegada, consistente en la supuesta violación al art. 78 de la Constitución, ya que los ciudadanos ejercen el derecho al sufragio activo directamente, como la disposición constitucional prescribe.

8. Declárese que en los arts. 239 inc. 1° y 250 inc. 1° del Código Electoral –en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada- no

existe la inconstitucionalidad alegada, consistente en la supuesta violación al art. 78 de la Constitución (sufragio directo), en virtud de la conexión material de aquellas disposiciones con el art. 262 inc. 6º del Código Electoral.

9. Sobreséese el presente proceso respecto de la inconstitucionalidad del art. 211 inc. 2º del Código Electoral, emitido mediante el Decreto Legislativo nº 417, de 14-XII-1992, publicado en el Diario Oficial nº 16, tomo 318, de 25-I-1993, y reformado mediante el Decreto Legislativo nº 666, de 29-IX-1993, publicado en el Diario Oficial nº 183, tomo 321, de 1-X-1993, por la supuesta violación a los arts. 72 ord. 3º y 126 Cn., ya que el objeto de control no es idóneo para efectuar el examen de constitucionalidad.

10. Sobreséese el presente proceso respecto de la inconstitucionalidad de los arts. 215 inc. 1º, inc. 2º núms. 1, 2 y 4 e inc. 2º y 239 incs. 2º, 3º, 4º y 5º del Código Electoral, reformado mediante el Decreto Legislativo nº 855, de 21-IV-1994, publicado en el Diario Oficial nº 74, tomo 323, de 22-IV-1994 y Decreto Legislativo nº 669, de 22-VII-1999, publicado en el Diario Oficial nº 158, tomo 344, de 27-VIII-1999 en lo relativo al sistema de lista, por la supuesta violación al art. 78 Cn., ya que el objeto de control no es idóneo para efectuar el examen de constitucionalidad.

11. Sobreséese el presente proceso respecto de la inconstitucionalidad de los arts. 215, 216, 218 y 239 incs. 2º, 3º, 4º y 5º del Código Electoral en lo relativo al sistema de lista cerrada y bloqueada, por la supuesta violación al art. 78 Cn., ya que el objeto de control no es idóneo para efectuar el examen de constitucionalidad.

12. Notifíquese la presente resolución a todos los intervinientes.

13. Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial, dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial.

J. B. JAIME F. MELÉNDEZ E. S. BLANCO R.R.E. GONZÁLEZ B.
PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO
SUSCRIBEN E. SOCORRO C. RUBRICADAS".

No doy mi voto favorable a la sentencia que antecede específicamente en los numerales:

1, 2, 3 y 4 del fallo por contradecir disposición expresa contenida en el artículo 85 Inc. 2 de la Constitución, que prescribe como único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno a los Partidos Políticos.

...J. N. CASTANEDAS. PROVEIDO POR EL SEÑOR MAGISTRADO
QUE LO SUSCRIBE...E. SOCORRO C. -RUBRICADAS".

Inconstitucionalidad

"1-2010/27-2010/28-2010

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las catorce horas con quince minutos del día veinticinco de agosto de dos mil diez.

Los presentes procesos acumulados han sido promovidos: el primero –1-2010–, por los ciudadanos Ramiro Peña Marín y Wilmer Humberto Marín Sánchez, ambos abogados y de este domicilio, y los restantes –27-2010 y 28-2010–, por el ciudadano Enrique Borgo Bustamante, abogado, del mismo domicilio, a fin de que este Tribunal declare la inconstitucionalidad, por vicios en su contenido, de los arts. 2 y 6 del Decreto Legislativo n° 167, de 6-XI-2009, publicado en el Diario Oficial n° 233, Tomo 385, de 11-XII-2009, que contiene la *Ley de Presupuesto para el ejercicio financiero fiscal 2010 (LP 2010)*, y art. 45 inc. 2° del Decreto Legislativo n° 516, de 23-XI-1995, publicado en el Diario Oficial n° 7, Tomo 330, de 11-I-1996, que contiene la *Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado (LOAFI)*, por supuesta contradicción con los arts. 86 inc. 1°, 131 ord. 8°, 167 ord. 3°, 227 inc. 1° y 229 Cn.

Las disposiciones impugnadas prescriben:

Ley de Presupuesto para el ejercicio financiero fiscal 2010:

“Art. 2.- Facúltase al Órgano Ejecutivo para que, por medio de Acuerdo en el Ramo de Hacienda, refuerce la asignación de la Unidad Presupuestaria 10, Provisión para Atender Gastos Imprevistos, con cargo a las economías obtenidas en remuneraciones y en otros rubros de agrupación, durante la ejecución de las asignaciones

presupuestarias correspondientes a las Unidades Primarias de Organización e Instituciones Descentralizadas no Empresariales que reciban recursos del Fondo General. Asimismo, facúltase para que por medio de Acuerdo en el Ramo de Hacienda, autorice transferencia de recursos para las asignaciones del Presupuesto General del Estado, con cargo a la Unidad Presupuestaria 10 Provisión para Atender Gastos Imprevistos, a fin de cubrir necesidades prioritarias.”

“Art. 6.- Facúltase al Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda para que, mediante Acuerdo respectivo pueda reforzar las asignaciones presupuestarias consignadas en la parte III Gastos de la Ley de Presupuesto del ejercicio financiero fiscal del presente año, con los montos que se perciban en exceso durante cada mes, de las estimaciones de las distintas fuentes de ingresos incluidas en la parte II Ingresos de la referida Ley de Presupuesto.”

Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado:

“Art. 45. Las modificaciones presupuestarias que resulten necesarias durante la ejecución del presupuesto votado quedan reguladas de la siguiente manera: a) Las transferencias entre asignaciones de distintos ramos u organismos administrativos de la administración pública, excepto las que se declaren intransferibles, serán objeto de Decreto Legislativo a iniciativa del Presidente de la República, por medio del Ministro de Hacienda; b) El Órgano Ejecutivo, en el Ramo de Hacienda, autorizará las transferencias entre créditos presupuestarios de un mismo Ramo u organismo administrativo, excepto las que se declaren intransferibles. --- No obstante lo establecido en los incisos anteriores, en la Ley de Presupuesto General del Estado de cada ejercicio financiero fiscal, podrán ser normadas, en forma general, modificaciones presupuestarias necesarias para una gestión expedita del gasto público.”

Han intervenido en el proceso, además de los demandantes, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos, y considerando:

I. En el trámite del proceso, los intervinientes expusieron lo siguiente:

1. Los ciudadanos Ramiro Peña Marín y Wilmer Humberto Marín Sánchez, en el *proceso 1-2010*, argumentaron que las disposiciones impugnadas contradicen los arts. 85 inc. 1º, 86 inc. 1º, 87 inc. 3º, 121, 125, 131 ord. 8º, 167 ord. 3º párrafo 2º, 227, 229 y 246 Cn., de la manera siguiente:

A. El art. 167 ord. 3º Cn. establece que corresponde al Consejo de Ministros la elaboración del proyecto de presupuesto de ingresos y egresos y presentarlo a la Asamblea Legislativa por lo menos tres meses antes de que inicie el nuevo ejercicio fiscal; mientras que el ord. 8º del art. 131 Cn. dispone la atribución de la Asamblea Legislativa de decretar el presupuesto de ingresos y egresos de la Administración Pública, al igual que sus reformas. Así, la Constitución establece un equilibrio de potestades entre los Órganos Legislativo y Ejecutivo, en lo que respecta al presupuesto de la Administración Pública.

B. Asimismo, se refirieron a los principios presupuestarios que fundamentan su pretensión de inconstitucionalidad.

a. En relación con el *principio de legalidad presupuestaria*, los demandantes se refirieron primero a la *función financiera*, por la cual se entiende la potestad de la Asamblea Legislativa de aprobar la estructura de los ingresos y gastos del Estado, la cual comprende la potestad tributaria y la facultad de aprobar el presupuesto de la Administración Pública y sus reformas.

En nuestro país –indicaron– el principio de legalidad presupuestaria postula que la aprobación del presupuesto y sus reformas

corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa y debe hacerse por ley formal; es decir, que existe *reserva de ley* al respecto –art. 131 ord. 8° Cn.–. Tal reserva –añadieron– significa que el legislador debe establecer su regulación y no puede remitirla a otras fuentes formales del Derecho distintas de la ley y, menos aún, a actos de naturaleza administrativa como un decreto o acuerdo emanado del Presidente de la República o del Consejo de Ministros.

En El Salvador –expusieron– la Constitución ubica a los tres Órganos fundamentales del Estado en un plano de igualdad y, habida cuenta de que el sistema de gobierno es “presidencialista”, tanto los titulares del Legislativo como los del Ejecutivo son funcionarios de elección popular, por lo que cuentan con legitimación democrática directa y representan al pueblo. Esta legitimación de los diputados es el fundamento de la reserva de ley en materia presupuestaria.

Además –continuaron–, otros factores relacionados con el proceso de toma de decisiones de la Asamblea Legislativa que fundamentan dicha potestad son: (i) la fase central o constitutiva del proceso de elaboración de la ley la lleva a cabo un organismo que representa la pluralidad de opciones políticas y procura la representación proporcional de las minorías; y (ii) el procedimiento legislativo estructurado por la Constitución posibilita el contraste y la libre discusión.

En atención a lo anterior –reflexionaron–, en un Estado Democrático de Derecho el principio democrático conlleva el reconocimiento de que las decisiones deben alcanzarse a partir de la pluralidad de opiniones, la regla de la mayoría y la publicidad. Al principio democrático –continuaron– ha hecho referencia esta Sala, señalando que al interior de la Asamblea Legislativa los procedimientos legislativos deben dotarse de mecanismos efectivos que posibiliten que todas las posiciones políticas puedan expresarse libremente en la discusión de los intereses de la colectividad. Ello porque se asume que la voluntad parlamentaria sólo puede formarse por medio del libre debate y la contradicción (Sentencia de 6-IX-2001, pronunciada en el proceso de Inc. 27-99).

En la misma sentencia –agregaron– se sostiene que el proceso legislativo garantiza que las decisiones se adoptarán por voluntad de la mayoría de los grupos parlamentarios, pero con la participación de minorías en el debate, pues la democracia como principio obliga a mantener abierto el pluralismo, reconociendo los derechos de participación de los sectores disidentes.

Tal situación –opinaron– nos lleva a un segundo estadio, en el que no basta con los votos del Órgano Legislativo para que haya ley, sino que, además, tiene que haber deliberación. A través del debate se exponen y defienden las distintas opiniones en el seno de la Asamblea, con el fin de madurar la decisión definitiva.

Sin la libre discusión –siguieron– no hay posibilidad de parlamentarismo democrático que refleje la pluralidad de voces dentro del espectro social, y, para que esta discusión sea libre, es necesario que se reconozca a las distintas fracciones legislativas el derecho de opinar en la discusión. Lo anterior –expresaron– se relaciona con las dos imensiones básicas del principio de pluralismo –la ideológica y la política–, abordadas en la sentencia pronunciada en la Inc. 27-99.

Los pretensores recalcaron que en las discusiones de la Asamblea se debe cumplir con el *principio audiatur et altera pars*, conforme al cual todos los que participan en un asunto deben ser oídos, ya que el proceso de legislación afecta a todos; situación que es importante fundamentalmente para las minorías, ya que el procedimiento legislativo constituye la garantía de su participación democrática en la elaboración de la ley.

De hecho –reflexionaron–, el pluralismo es incompatible con la regla de la mayoría, si ésta se entiende como tiranía, aun cuando no se niegue el principio de mayoría como técnica para la adopción de decisiones. Citaron en este punto las Sentencias de 30-VII-1999 y de 13-XI-2001, pronunciadas en los procesos de Inc. 8-96 y 41-2000, respectivamente, en cuanto a que la consagración constitucional de

los principios democrático y pluralista –art. 85 Cn.– determinan en gran medida la configuración del procedimiento de elaboración de las leyes.

Esta característica del procedimiento legislativo –opinaron– contrasta con el proceso de toma de decisiones del Presidente de la República, ya que en este ámbito no caben el debate y la libre discusión, siendo lo decidido producto de un solo criterio. También se diferencia de lo que ocurre en el Consejo de Ministros, donde, por su naturaleza, no existe un sistema que procure sistemáticamente la presencia de un órgano colegiado de personas con diversas opiniones, y en la práctica lo usual es que todos sus miembros pertenezcan a un solo partido político o sean los más allegados al Presidente de la República.

Otras características legitimadoras y fundamentales del procedimiento legislativo –siguieron– son: que sus decisiones no son producto de una sola voluntad, sino de un cuerpo colegiado; que para resolver requiere, al menos, el voto favorable de la mayoría de sus miembros; y la publicidad, que deriva de la calidad de representante que ostenta el Órgano Legislativo.

En la sentencia relacionada –continuaron– se formularon otras consideraciones sobre el debate parlamentario, por ejemplo: que al ser públicas las discusiones se rompe el carácter secreto de la política; se hacen retroceder ideas dictatoriales o absolutistas; y se establece un mecanismo de control de las arbitrariedades, corrupción o injusticia del legislador.

Junto a tales finalidades –indicaron–, el principio de publicidad también sirve para reducir la distancia entre representantes y representados, en el sentido de que la elección de los diputados no sea una decisión ciega, sino teniendo en cuenta sus actuaciones.

Citaron nuevamente la Inc. 41-2000, manifestando que esta Sala ha matizado el principio de publicidad, y precisando que éste opera en una doble dirección: de la Asamblea Legislativa hacia los

ciudadanos, y de los ciudadanos hacia el Órgano Legislativo. Así, la publicidad cumple tres funciones básicas, que son: la educación política de la ciudadanía; el fortalecimiento y potenciación del principio representativo; y el control social sobre el órgano de Gobierno que mejor refleja el principio democrático. Por tanto, a través de la publicidad los ciudadanos pueden ver proyectadas sus opiniones en los criterios de sus representantes.

b. El *principio de especialidad presupuestaria* –según los actores– postula que al Órgano Legislativo no sólo le corresponde aprobar el monto global del gasto público, sino que debe especificar las diferentes líneas de gasto. Como sostiene Juan Martín Queralt, dicho principio condensa el sentido de la autorización parlamentaria al Ejecutivo, en cuanto a que ésta no se consigue en forma genérica e indeterminada, sino concretando el monto máximo que pueden alcanzar los fondos dirigidos a cubrir cada finalidad.

De conformidad con este principio –afirmaron–, la autorización legislativa implica limitaciones que operan en el curso de la ejecución presupuestaria, entre las cuales, según la doctrina, se encuentran la cualitativa y la cuantitativa.

(i) *Limitación cualitativa*. Según Fernando Pérez Royo, el Parlamento autoriza la cuantía del gasto a realizarse por el Ejecutivo mediante el presupuesto, con una conveniente desagregación, indicando las líneas concretas de gasto. Así, el Ejecutivo, al disponer de los créditos presupuestarios, ha de hacerlo con la finalidad prescrita para cada uno de ellos, de manera que, aunque el crédito resulte holgado, no se pueda utilizar para atender otras necesidades si no es siguiendo determinados expedientes; y viceversa, si surge una necesidad que no tiene crédito en el presupuesto, no se puede satisfacer si no es mediante la creación de un expediente de creación de crédito para esa necesidad específica. Este principio se encuentra en nuestra Constitución en los dos primeros incisos del art. 228.

(ii) La *limitación cuantitativa* prescribe que la ley fija para los créditos un máximo que no puede ser superado. Si el crédito se agota, será necesario proceder a la reforma del monto inicial de acuerdo con el procedimiento constitucionalmente establecido, para así poder seguir gastando en el mismo rubro, tal como dispone el propio art. 228 Cn.

En el Derecho Comparado –aseguraron– se encuentran excepciones que suavizan el rigor de las limitaciones cualitativa y cuantitativa, y así flexibilizar la gestión presupuestaria del Órgano Ejecutivo. Nuestra Constitución sólo comprende una medida, y es la de transferencia de créditos, pero ésta a su vez tiene un ámbito circunscrito de aplicación. Según el art. 229 inc.

1° Cn., se observan las siguientes reglas: el Órgano Legislativo debe establecer las formalidades para que el Ejecutivo efectúe las transferencias; el único tipo de transferencias que la Constitución autoriza al Ejecutivo es entre partidas de un mismo ramo; la atribución del Órgano Legislativo se limita a establecer las formalidades para efectuar este tipo de transferencias y carece de competencia para autorizar al Ejecutivo a realizar transferencias de otro alcance.

Agregaron que la Constitución le confiere al Legislativo la potestad adicional de establecer en la Ley de Presupuesto que ciertas partidas son intransferibles, lo cual complementa su ámbito de control.

D. En lo que respecta a la transferencia entre partidas de distintos ramos que trasciendan tanto la limitación cualitativa como la cuantitativa, afirmaron que, tratándose de una reforma al presupuesto, es competencia de la Asamblea Legislativa –art. 131 ord. 8° Cn.–.

Siendo que el presupuesto de ingresos y egresos de la Administración Pública debe contar con la forma de ley –aseguraron–, salvo la excepción del art. 229 Cn., le es aplicable lo dispuesto en el art. 142 Cn. Consecuentemente, la potestad de

reformular el presupuesto, excediendo los límites de las especialidades cualitativa y cuantitativa, es competencia exclusiva de la Asamblea Legislativa y ésta no puede delegar dicha potestad.

Asimismo, opinaron que el sentido de la atribución del Consejo de Ministros establecida en el art. 167 ord. 3° párrafo 2° Cn., en cuanto a que dicho órgano también conocerá de las reformas al presupuesto cuando se trate de transferencias entre partidas de distintos ramos de la Administración Pública, es que toda reforma al presupuesto debe ser conocida por el Consejo de Ministros, sin importar la sede en la que se originen, ya que el Consejo de Ministros tiene competencia para la iniciativa de Ley de Presupuesto y para proponer sus reformas, porque es un cuerpo en el que se integran los titulares de todos los ramos de la Administración Pública, que cuentan con una visión integral de las finanzas de la misma. Resolver sobre la reforma es competencia exclusiva del Órgano Legislativo.

Mediante los arts. 2 y 6 de la LP 2010 –expusieron–, la Asamblea Legislativa le estableció funciones al Ministerio de Hacienda que no estaban contempladas en el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo (RIOE), ni lo están ahora. Al decretarse esas dos disposiciones –aseguraron– se ha violado la Constitución, ya que, tal como lo ha establecido este Tribunal, la atribución de funciones a un órgano de la Administración Pública es un aspecto relativo a la organización interna del Órgano Ejecutivo, en virtud del principio de separación e independencia de órganos –art. 86 Cn.– y de la potestad organizadora del Ejecutivo –art. 167 ord. 1° Cn.– y su regulación no puede ser hecha por la Asamblea Legislativa.

Los arts. 2 y 6 de la LP 2010 –refirieron– facultan al Ejecutivo para que, por medio del Ramo de Hacienda:

a. Refuerce la asignación de la Unidad Presupuestaria 10, con cargo a las economías obtenidas en remuneraciones y en otros rubros de agrupación, durante la ejecución de las asigna-

ciones presupuestarias corrientes a las Unidades Primarias de Organización e Instituciones Descentralizadas no Empresariales; y, con cargo a la referida partida 10 (reforzada de la manera descrita anteriormente), autorice transferencias de recursos para las asignaciones del presupuesto general del Estado –cualquiera de ellas–, a fin de cubrir necesidades prioritarias.

b. Refuerce cualquiera de los gastos autorizados por la Asamblea Legislativa con los montos que se perciban en exceso, durante cada trimestre, de las estimaciones de las distintas fuentes que contiene la Ley de Presupuesto.

Del análisis del contenido de tales artículos –explicaron–, resulta que, en todos los supuestos, la Asamblea Legislativa ha facultado al Ejecutivo en el Ramo de Hacienda a realizar transferencias entre partidas de distintos ramos de la Administración Pública, aspecto que debe ser conocido en cualquier supuesto por el Consejo de Ministros, como consecuencia de su exclusividad de iniciativa en materia presupuestaria –art. 167 ord. 3° párrafo 2° Cn.

E. a. Los pretensores consideraron que también han demostrado que las transferencias entre partidas de distintos ramos de la Administración constituyen una reforma al presupuesto de ingresos y egresos de la misma, a la cual sólo puede darle iniciativa el Consejo de Ministros y sólo puede decretarla la Asamblea Legislativa, configurándose entonces una violación constitucional y una delegación ilegítima –arts. 131 ords. 5° y 8° y 86 inc. 1° Cn.–

Con las facultades que las disposiciones impugnadas confieren al Ejecutivo en el Ramo de Hacienda –señalaron– se le permite que altere las finalidades específicas que orientaron la autorización parlamentaria, violando la limitación cualitativa. Dicha autorización parlamentaria debe vincular al Ejecutivo, y la Asamblea Legislativa no puede dispensársela.

Indicaron que estas disposiciones también habilitan al Ejecutivo para que, a su antojo y sin control alguno, incremente cualquiera

de los créditos presupuestarios, con lo cual se vulneran los principios de limitación cuantitativa y cualitativa a que el referido Órgano está sujeto, ya que cada crédito presupuestario debe emplearse en atender el crédito especificado en el mismo. El irrespeto a las referidas limitaciones genera una violación a los dos primeros incisos del art. 228 Cn.

b. De acuerdo con los demandantes, existen otros motivos que fundamentan la pretensión de inconstitucionalidad, y que se resumen a continuación:

Los contenidos que la Constitución determina para la formulación del presupuesto general del Estado en cada ejercicio fiscal y la especial orientación o aplicación que expresamente indica el referido presupuesto –principio de especificidad–, para poder sostener su constitucionalidad y consiguiente validez jurídica de acuerdo con el art. 227 Cn., requieren que el presupuesto general del Estado comprenda la estimación de los ingresos que se espera percibir dentro de un ejercicio fiscal, de conformidad con las leyes vigentes al momento de ser votado por la Asamblea Legislativa, y debe comprender la autorización de todas las erogaciones que se juzguen convenientes para realizar los fines del Estado.

Dentro de la concepción constitucional del presupuesto general del Estado –indicaron– el segundo de los elementos estructurales en su formulación vincula el destino o aplicación que debe observarse para la ejecución constitucional de las erogaciones autorizadas, que es la realización de los fines del Estado y que constituye la idea rectora del presupuesto. Este es el indicador o parámetro constitucional de razonabilidad, que legitima y valida las asignaciones presupuestarias para las correspondientes erogaciones autorizadas en cada ejercicio fiscal. Así se ha establecido por el Poder Constituyente.

La Constitución en su art. 1 –expusieron– señala el origen y fin de la actividad del Estado; es decir, para qué está organizado y cuáles son los imperativos a los que se obliga; en línea con esa concepción personalista del Estado y de toda su actividad, la noción del presupuesto general del Estado queda vinculada con la realización de sus fines en todas y cada una de las erogaciones legalmente autorizadas, lo que obliga a evidenciar claramente el destino al que deben ser aplicadas dichas erogaciones y a garantizar aquella exigencia constitucional.

Congruente con lo anterior –agregaron–, el art. 83 Cn. declara que la soberanía reside en el pueblo y que éste la ejerce dentro de los límites establecidos por la misma. Asimismo, citaron los arts. 85, 86, 87, 121 y 125 Cn. Con fundamento en la calidad representativa del pueblo salvadoreño –apuntaron–, el sistema de gobierno, el sistema político y la filosofía personalista, la Constitución asigna a la Asamblea Legislativa atribuciones y competencias que evidencian el ejercicio del poder público estatal como emanación popular, y, para asegurar la realización de los fines del Estado constitucionalmente determinados, se atribuye a dicho órgano la potestad de decretar el presupuesto de ingresos y egresos de la Administración Pública mediante el procedimiento respectivo –art. 131 ord. 8° Cn.– Dicho procedimiento es indispensable y no puede evadirse con autorizaciones legislativas en abstracto por ningún motivo.

F. Respecto de la impugnación del art. 45 de la LOAFI, en su inc. 2°, manifestaron:

a. Los pretensores indicaron que el primer inciso repite parcialmente el contenido del art. 229 Cn. Ambas disposiciones coinciden en facultar la realización de transferencias entre partidas o créditos presupuestarios de un mismo ramo u organismo administrativo, con la misma excepción respecto de aquellas que en el presupuesto se declaren intransferibles. Pero el inc. 2° del art. 45 de la LOAFI, en

contraposición a lo que reza el art. 229 inc. 1° Cn., va más allá al introducir que, no obstante, en la Ley de Presupuesto General del Estado, en cada ejercicio fiscal, se podrán normar modificaciones presupuestarias necesarias para una gestión expedita del gasto público, con evasión flagrante del control constitucional establecido en los arts. 167 ord. 3° párrafo 2° y 131 ord. 8° Cn.

b. En ese sentido –dijeron–, el inc. 2° del art. 45 de la LOAFI, es inconstitucional, ya que autoriza en abstracto la introducción de modificaciones presupuestarias y ello equivale a autorizar la inclusión de reformas al presupuesto general del Estado votado para el ejercicio correspondiente, asunto que para su validez constitucional requiere la participación del Consejo de Ministros con su iniciativa y de la Asamblea Legislativa, como lo ordena la Constitución, en cada ejercicio fiscal para los casos concretos.

Al decretar el inc. 2° del art. 45 de la LOAFI, así como los contenidos de los arts. 2 y 6 de la LP 2010 –afirmaron–, la Asamblea Legislativa violó la prohibición expresamente establecida en el art. 87 inc. 3° Cn., y, como consecuencia, toda la constelación que forman los artículos de la Constitución ya relacionados, inclusive el que recuerda la supremacía de la misma sobre todo el ordenamiento jurídico –art. 246 Cn.–.

La misma Asamblea –opinaron– también violó el principio universal de acuerdo con el cual, en materia jurídica, sólo es posible alterar, dejar sin efecto, modificar o reformar algo si se cumplen los mismos requisitos que dieron lugar a su existencia. Esta es la razón por la que el Constituyente atribuye simultáneamente al Consejo de Ministros y a la Asamblea Legislativa conocer de las reformas al tratarse de transferencias entre partidas de distintos ramos –art. 167 ord. 3° párrafo 2° Cn.– y decretar las reformas del presupuesto general del Estado –art. 131 ord. 8° Cn.–

Asimismo, citaron la definición del vocablo *reforma* según el diccionario de la Lengua Española y manifestaron que, en ese

sentido, la reforma del presupuesto general del Estado es o consiste en una “innovación” total o parcial respecto de aquél originalmente votado.

Dentro de estas posibilidades, las transferencias de recursos presupuestados entre partidas de un mismo ramo pueden realizarse directamente por facultad constitucional, con observancia de las formalidades legales, pero con excepción de las partidas declaradas intransferibles, teniendo en cuenta que esa modalidad de reforma no puede afectar la Unidad Primaria de que se trate respecto de los fines estatales que por su medio se propone realizar.

Por el contrario –apuntaron–, al tratarse de una transferencia de recursos entre partidas de distintos ramos de la Administración Pública, la reforma puede afectar las disponibilidades correspondientes que fueron valoradas al momento de votarse y formularse el presupuesto y, por ende, pueden afectar la realización de los fines del Estado. Por ello, para que sea válido constitucionalmente, el intercambio de las asignaciones presupuestarias debe realizarse como está señalado, es decir, con aprobación del Consejo de Ministros y por Decreto de la Asamblea Legislativa.

Desde cualquier punto de vista –añadieron–, la realización de los fines del Estado no puede quedar sometida a la decisión de un funcionario o institución del Órgano Ejecutivo; tampoco es razonable ni constitucional concebir que la suerte de aquellos fines pueda quedar incluida en las asignaciones a que se refieren los arts. 2 y 6 de la LP 2010 en los términos que manda el inc. 1° del art. 227 Cn., que hace referencia vinculante al hecho de juzgar convenientemente la autorización de las erogaciones presupuestarias.

La vinculación constitucionalmente establecida de los fines del Estado con la ejecución de las asignaciones presupuestarias –insistieron– tiene como soporte la exigencia de su especificidad, y dicha exigencia, motivada por el cambio del destino de los recursos, reclama para su debida observancia el control de las instituciones involucradas.

G. La Unidad Presupuestaria 10 “Provisión para Atender Gastos Imprevistos”, manejada según las disposiciones impugnadas, puede llegar a acumular cantidades de recursos que en esas circunstancias no garantizan la realización de los fines del Estado.

Los pretensores transcribieron recomendaciones de desempeño de un sistema de gestión de las finanzas públicas abierto y ordenado de un estudio de la Secretaría del Programa de Gasto Público y Rendición de Cuentas del Banco Mundial denominado: “Gestión de las Finanzas Públicas”, y manifiestan que ninguna de tales recomendaciones ni sus resultados son posibles con la vigencia de las disposiciones impugnadas.

Señalaron, además, que tienen conocimiento de que en la Sentencia pronunciada el 25-X-2004 en el proceso de Inc. 26-2004, se desestimaron las pretensiones de inconstitucionalidad de los arts. 2 y 8 de la Ley de Presupuesto para el ejercicio financiero fiscal 2004, cuyo texto es igual al de los artículos que ahora se impugnan y que, en vista de ello, podría decirse que la referida sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada, por lo que la pretensión ahora planteada no debe ser admitida. Sin embargo –concluyeron–, con base en la supremacía de la Constitución, no debe cerrarse de manera definitiva un conflicto intersubjetivo; asimismo, expresaron que la Constitución es un marco de posibilidades o cauce por el cual discurre el proceso político democrático; por lo tanto, las sentencias desestimatorias pronunciadas en los procesos de Inconstitucionalidad no pueden ser rígidas ni conspirar contra el dinamismo de la Constitución.

H. Por resolución de 24-III-2010 fue admitida la demanda. El control de constitucionalidad de los arts. 2 y 6 de la LP 2010 y 45 inc. 2° de la LOAFI, quedó circunscrito a la verificación de la supuesta vulneración a los arts. 86 inc 1°, 131 ord. 8°, 167 ord. 3° párrafo 2°, 227 y 229 Cn., en cuanto al principio de reserva de ley en materia presupuestaria.

2. El ciudadano Enrique Borgo Bustamante, cuyas demandas dieron inicio a los procesos 27-2010 y 28-2010, postuló como objeto de control, en el primero, al art. 45 de la LOAFI; y en el segundo, a los arts. 2 y 6 de la LP 2010; en ambos procesos por la supuesta violación a los arts. 85, 86, 87 inc. 3°, 121, 131 ord. 8° y 167 ords. 1°, 2° y 3° párrafo 2° Cn.

A. En el proceso 27-2010, el demandante argumentó:

a. Que el art. 85 Cn. establece que el Gobierno es republicano, democrático y representativo, y el art. 86 de la misma Ley Suprema consagra el principio de separación de poderes y limitación de competencias. Las finanzas públicas –dijo– pueden estar sujetas a políticas de Estado que perduran en el tiempo, más allá de la duración del gobierno que la ha implementado; también son ajustadas en el tiempo de acuerdo con las decisiones sobre las finalidades de las funciones del Estado.

Señaló que, de acuerdo con nuestro régimen constitucional, la actividad del Estado está organizada para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común –art. 1 Cn.–; pero la disposición puede tener distintas interpretaciones, por lo que, en concordancia con el art. 85 Cn., cada partido político debe preparar un plan de gobierno que sirva a la ciudadanía para atraer el voto a su favor y así el actual gobierno debe tomar acciones para cumplir con el plan que lo llevó a su actual posición en la Asamblea Legislativa.

En ese sentido es importante aclarar que, si bien las atribuciones y obligaciones del Presidente de la República están especificadas en el art. 168 Cn., no se establecen las que corresponden a los Ministros y Viceministros, mientras el art. 167 Cn. sí regula la potestad del Consejo de Ministros para organizar la Administración Pública a través del RIOE; al respecto citó la sentencia de 8-IV-2003, pronunciada en el proceso de Inc. 22-99.

b. El actor también sostuvo que la Constitución confiere al Presidente algunas funciones específicas que desarrolla con el concurso de los Ministros y Viceministros –art. 163 Cn.– y demás funcionarios del Órgano Ejecutivo, de acuerdo con la distribución de funciones establecida en el RIOE. Entre ellas destaca el manejo del patrimonio del Estado (Hacienda Pública), todo de acuerdo con el presupuesto de ingresos y egresos que la Asamblea Legislativa debe aprobar para cada ejercicio fiscal.

c. Asimismo, agregó que los ingresos pueden originarse por iniciativa de ley de los Diputados o del Presidente de la República por medio de sus Ministros, pero deben obligatoriamente ser aprobados por la Asamblea Legislativa.

d. Sobre las funciones financieras constitucionales del Órgano Ejecutivo, expuso que corresponde al Consejo de Ministros la obligación de elaborar el proyecto del presupuesto de ingresos y egresos y su presentación a la Asamblea Legislativa –art. 167 ord. 3° párrafo 2° Cn.–

Así, debido a la función del presupuesto de ingresos y egresos para desarrollar el programa de Gobierno durante cada año, cualquier modificación al mismo exige la decisión del Consejo de Ministros, ya sea en lo cualitativo o cuantitativo para cualquier Ramo de la Administración Pública, a fin de que corresponda al programa de trabajo financiero previsto para el año; función que es indelegable según lo previsto en el art. 86 Cn.

e. Siendo que la función del Estado no es básicamente económica –a diferencia de los particulares–, primero se determinan los gastos que se adjudican como créditos en el presupuesto, sin poder comprometer fondos más allá de tales créditos, ni en actividades diferentes de las previstas en el presupuesto.

El pretensor reseñó el proceso de elaboración de la Ley de Presupuesto General del Estado que culmina con la aprobación por la Asamblea Legislativa, y explicó que, en nuestro país los impuestos están fijados de manera casi permanente y los gastos se programan

con base en una estimación de los ingresos del Estado. En este punto, adquiere relevancia la representación del pueblo dentro de la Asamblea Legislativa, quien es la única facultada para señalar impuestos y gastos; competencia indelegable en ambos casos –art. 86 Cn.–

f. De acuerdo con el art. 131 ord. 8° Cn. –expuso– la Asamblea Legislativa decreta el presupuesto de ingresos y egresos de la Administración Pública por medio de una ley de duración temporal, facultad que es indelegable en otro Órgano del Estado; igualmente sucede con cualquier reforma a dicha ley, que exigiría los mismos requisitos necesarios para su nacimiento.

El art. 167 ord. 3° Cn. otorga iniciativa de ley para la elaboración del presupuesto al Consejo de Ministros e igualmente para su reforma, cuando se trata de transferencias entre partidas de distintos Ramos de la Administración Pública.

En ese orden de ideas, sostuvo que la facultad de efectuar transferencias entre partidas de un mismo Ramo, concedida al Ejecutivo en al art. 229 Cn., también se concede al Judicial, pero no al Legislativo; para el caso del Ejecutivo, esta facultad le compete a quien tiene la facultad de elaborar el presupuesto, es decir, al Consejo de Ministros.

g. La LOAFI establece el proceso en virtud del cual debe prepararse el presupuesto y, en vista de que el art. 167 ord. 3° párrafo 2° Cn. establece que es competencia del Consejo de Ministros conocer de las reformas al presupuesto (cuando se trate de transferencias entre partidas de distintos Ramos de la Administración Pública), debía haberse establecido al respecto la regulación del trámite correspondiente en la LOAFI. Al contrario, la regulación existente establece claramente que al Presidente de la República no le compete de forma individual ninguna acción en la preparación y aprobación del proyecto del presupuesto, ni mucho menos en su modificación, y la Constitución es clara al respecto en el art. 131 ord. 8°.

El art. 45 de la LOAFI –dijo– concede al Presidente de la República el uso de la facultad para ampliar los gastos previstos para determinadas actividades en el programa anual de Gobierno, sin el procedimiento necesario para la modificación de la Ley de Presupuesto General del Estado, es decir, sin iniciativa de ley del Consejo de Ministros y sin aprobación de la Asamblea Legislativa, y los arts. 131 ord. 8° y 229 Cn. son explícitos en ese sentido, pues no otorgan iniciativa de ley al Presidente de la República como se pretende en la letra a) del inc. 2° art. 45 de la LOAFI.

h. El peticionario describió las facultades de la Corte de Cuentas de la República en relación con la fiscalización de la Hacienda Pública, para garantizar la pureza de la gestión pública del Gobierno, y sostuvo que la naturaleza del presupuesto como simple ley formal ha sido superada, pues no sólo constituye un acto administrativo o una autorización para el gasto del gobierno en sus tres Ramos, sino una obligación a cargo de los funcionarios públicos de cumplir con la erogación de fondos presupuestados en las actividades contenidas en el programa de Gobierno. La Asamblea Legislativa –afirmó– no sólo da su autorización al presupuesto, sino que establece su compromiso de ejecutar el programa de gobierno previsto en el presupuesto anual correspondiente.

En el mismo sentido –dijo–, es posible que los ingresos de un ejercicio fiscal sean mayores a las previsiones que sirvieron de base para la elaboración del presupuesto y, por ello, la Administración Pública para el ejercicio 2010 podría resultar con un exceso de disponibilidades para el cumplimiento de los fines del Estado.

El uso de tales fondos –sostuvo– también debe ser aprobado por la Asamblea Legislativa, ya que se trata de fondos públicos que, de conformidad con el art. 228 Cn., no pueden comprometerse o abonarse sino dentro de las limitaciones de un crédito presupuestario y no pueden servir para la ejecución de obras no previstas o para la ampliación de las no contempladas; razón por la cual la deci-

sión sobre tales excedentes debe someterse por iniciativa de ley del Consejo de Ministros a aprobación de la Asamblea Legislativa.

i. El pretensor finalizó explicando que las atribuciones y competencias de los Órganos del Gobierno son indelegables –art. 86 Cn.– y si, de conformidad con el art. 131 ord. 8° Cn., existe reserva de ley en materia presupuestaria, la Asamblea legislativa no puede delegar en el Ministerio de Hacienda o el Presidente de la República, sus atribuciones en materia presupuestaria ni la atribución de aprobar reformas al presupuesto conferida por la Constitución.

B. En el proceso 28-2010 el demandante argumentó:

a. Que los controles ejercidos durante la ejecución del presupuesto –art. 131 ord. 8° Cn.– se realizan con base en el presupuesto aprobado por la Asamblea Legislativa y sus modificaciones, las cuales deben cubrir los gastos de transferencias entre partidas de diferentes ramos, que significan una modificación a la Ley de Presupuesto.

Durante la ejecución del presupuesto, alguna de las Secretarías de Estado puede producir un ahorro generado por el incumplimiento de sus obligaciones contenidas en el Plan Anual de Gobierno, lo que refleja precisamente un incumplimiento y no una mejor ejecución de la Administración Pública.

Por lo tanto, con el art. 2 de la LP 2010 se pretende que los supuestos “ahorros” se trasladen a la Unidad Presupuestaria 10, y posteriormente a otras unidades presupuestarias, con lo que se pierde la función encomendada al Consejo de Ministros y la decisión tomada por la Asamblea Legislativa, a través de un simple acuerdo del Ministro de Hacienda.

Asimismo, explicó que el art. 6 de la ley citada pretende que el Órgano Ejecutivo, mediante Acuerdo del Ministerio de Hacienda, refuerce las asignaciones presupuestarias consignadas en la parte

III de la referida ley con los montos que se perciban en exceso durante cada trimestre, sin que el uso de tales fondos, en ambos casos, sea incluido en el presupuesto a iniciativa del Consejo de Ministros, ni aprobado por la Asamblea Legislativa.

b. El pretensor consideró que, para dejar claro en qué consiste la posible aplicación de las disposiciones impugnadas, de los movimientos que permiten y su efecto sobre el plan anual de Gobierno aprobado por la Asamblea Legislativa en el correspondiente presupuesto, se debe estar claro que los Ministros son funcionarios a la orden del Presidente de la República y que, cuando éste último lo ordena, el Ministro de Hacienda puede dejar de suministrar fondos de las asignaciones presupuestarias hechas por la Asamblea Legislativa a otros Ministerios, produciendo así, economías que podrían transferirse entre los distintos Ramos de la Administración Pública a voluntad del mismo Presidente, pudiendo hacerlo con los fondos de varios Ministerios –Unidades Primarias de Organización– por Acuerdos en el Ramo de Hacienda y trasladarlos a la Unidad Presupuestaria 10, lo que constituye una vulneración a los arts. 86 y 131 ord. 8° Cn.

De igual forma, ejemplificó una serie de posibles transferencias que podría ejecutar el Ministerio de Hacienda en aplicación del art. 2 de la LP 2010, señalando que las asignaciones presupuestarias son autorizaciones concedidas por el Órgano Legislativo para que puedan emplearse los fondos públicos en la satisfacción de las necesidades del Estado dentro de un ejercicio fiscal; por ello, en la estructura del presupuesto de cada Ramo de la Administración Pública, contenida en la Ley de Presupuesto General del Estado, se presenta en la parte B, Asignación de Recursos, número 3, “Relación propósitos con recursos asignados”, donde la Asamblea Legislativa es quien determina el propósito de los recursos a nivel de línea de trabajo de cada Unidad Presupuestaria.

Finalizó aseverando que la mencionada relación se vulnera con la aplicación del art. 2 de la LP 2010, al obviar el conocimiento de la Asamblea Legislativa de la transferencia de recursos entre distintos Ramos de la Administración Pública y omitir el proceso que indica la Constitución.

C. Por resoluciones de 30-IV-2010 se admitieron ambas demandas y se circunscribió el control al examen de constitucionalidad, por vicios en su contenido, de los artículos impugnados, en virtud de la supuesta violación a los arts. 86 inc 1° Cn., en cuanto al principio de legalidad presupuestaria, y a los arts. 131 ord. 8° y 167 ord. 3° párrafo 2° Cn., en cuanto al de reserva de ley en materia presupuestaria.

3. La Asamblea Legislativa, al rendir el informe que prescribe el art. 7 de la L. Pr. Cn., pretendió desvirtuar las inconstitucionalidades alegadas con los siguientes argumentos:

A. En el proceso 1-2010 expuso:

Que no existe la inconstitucionalidad alegada, porque la Asamblea legislativa tiene la facultad o reserva de ley para decretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar leyes secundarias – art. 131 ord. 5° Cn.–. Definió el concepto de presupuesto como el cómputo anticipado del coste de una obra o gastos de una corporación y manifestó que esta noción indica que se refiere a los gastos por realizar y a los ingresos que se obtendrán para cubrirlos.

El presupuesto general del Estado se adopta mediante una ley. Ahora bien, de conformidad con el art. 226 Cn., corresponde al Órgano Ejecutivo en el ramo correspondiente la dirección de las finanzas públicas, y el art. 13 de la LP 2010 establece que todas las instituciones que se rigen por la LOAFI quedan obligadas a aplicar una política especial de ahorro y austeridad del sector público, que será emitida por el Órgano Ejecutivo, exceptuando de dicha disposición a los Órganos Legislativo y Judicial.

La política especial de ahorro y austeridad del sector público –indicó– consiste en racionalizar el gasto, para afrontar los desafíos que presenta la actual situación de las finanzas públicas y el cumplimiento de las metas establecidas en los planes de trabajo de cada institución. Los fondos a los que hace relación el art. 2 del presupuesto impugnado provienen de la prohibición de las autorizaciones para la utilización de plazas vacantes por contrato, las contrataciones de personal con carácter permanente y las economías salariales que se generen durante la ejecución del presupuesto vigente. Como puede observarse –dijo–, esos gastos ya están presupuestados, por consiguiente existe un ahorro, y no es necesaria una reforma presupuestaria en vista de que son economías del mismo presupuesto y por consiguiente no lo aumentan.

Con relación al art. 6 de la LP 2010, señaló que en el presupuesto se estima que los fondos que se obtendrán de la recaudación son ideales, por consiguiente no se sabe si se recaudará lo establecido en la ley. Además, si se recaudare más de lo estimado, el Órgano Ejecutivo puede trasladar el excedente a otras partidas que lo necesitan para cumplir con las metas propuestas y establecer un orden de prioridades.

Las referidas disposiciones legales no son inconstitucionales, ya que los Órganos del Estado colaboran entre sí en el ejercicio de la función pública –art. 86 inc. 1° Cn.– Las facultades otorgadas al Órgano Ejecutivo para que, por medio del Ministerio de Hacienda, puedan realizar refuerzos (para la asignación de la Unidad Presupuestaria 10: Provisión para atender gastos imprevistos y otras asignaciones presupuestarias determinadas en el art. 6 de la LP 2010), son partidas del presupuesto general del Estado y el presupuesto es un todo –arts. 227 y 229 Cn.– De manera que no existe la inconstitucionalidad alegada en los arts. 2 y 6 de la LP 2010, ni en el art. 45 inc. 2° de la LOAFI.

Finalizó manifestando que no existe vulneración en cuanto al “principio de ley” en materia presupuestaria –art. 131 ord. 8°–, pues la Asamblea Legislativa ha cumplido con el mandato constitucional, de conformidad con los arts. 131 ords. 5° y 8° Cn.; y ha respetado la legalidad establecida en el art. 167 ord. 3° párrafo 2° Cn., ya que, cuando son partidas de distintos Ramos de la Administración Pública, ha emitido el correspondiente Decreto; por otra parte, no se ha aumentado el presupuesto.

B. En el informe presentado en el proceso 27-2010, expuso algunas nociones sobre el principio de legalidad, y manifestó que la legitimidad jurídica del actuar público sólo es posible cuando es expresión de la comunidad, es decir, a través de la ley.

Su opinión es que la disposición impugnada no violenta la Constitución, en razón de que una de las facultades que tiene la Asamblea Legislativa –art. 131 ord. 8° Cn.– es decretar el presupuesto de ingresos y egresos de la Administración Pública, así como sus reformas.

Indicó que, cuando el Constituyente hace referencia a las reformas, se refiere a refuerzos presupuestarios que sí necesitan la aprobación del Órgano Legislativo, así como de los demás requisitos constitucionalmente establecidos –art. 226 Cn.–

El reparto de competencias en el campo presupuestario –siguió– se rige por el principio de organización, contenido en la doctrina de la división de poderes. El principio de legalidad financiera en lo referente a los gastos públicos se concreta como reserva de ley, al determinarse constitucionalmente la atribución del Órgano Legislativo para la aprobación del presupuesto y al establecerse que no pueden hacerse más gastos que los autorizados en el presupuesto, o sea, “el principio de legalidad del gasto público proyectándose como principio presupuestario de especialidad cualitativa y cuantitativa (*sic*)” –art. 228 inc. 1° Cn.–. El principio de legalidad –agregó– persigue realizar el ideal de que los miembros de la

colectividad sean gobernados por la voluntad racional y justa de las leyes y no por la voluntad arbitraria de los hombres. Sobre la interpretación del art. 86 Cn., citó la sentencia de 17-XII- 1992, pronunciada en el proceso de Inc. 3-92.

Siguió refiriéndose al contenido y alcance del principio de legalidad en el ámbito del Derecho Constitucional y expuso que rige la técnica de atribución legal de competencias y potestades –técnica de vinculación positiva de los órganos fundamentales–. Cuando se habla de reforma presupuestaria –indicó–, el Constituyente la emplea independientemente del órgano que la realiza –arts. 131 ord. 8° y 167 ord. 3° párrafo 2° Cn.– El Constituyente le ha conferido la potestad de reforma presupuestaria tanto al Órgano Legislativo como al Ejecutivo.

La Asamblea Legislativa consideró que lo importante es saber en qué momento nacen las reformas dentro de la etapa presupuestal y qué tipos de modificaciones al presupuesto suponen una necesidad de reformarlo según el procedimiento establecido en el art. 131 ord. 8° Cn. Así, se tiene que cuando la reforma presupuestaria se origina en la etapa de ejecución del presupuesto, donde el Órgano Ejecutivo hace uso de los créditos previamente aprobados por la Asamblea Legislativa para el desarrollo de sus funciones y se ve en la necesidad de hacer transferencias entre las distintas partidas, dicha operación no requiere aprobación legislativa y se encuentra dentro de la zona de competencia del Órgano Ejecutivo.

De lo anterior –finalizó–, se tiene que el art. 45 de la LOAFI, contiene un desarrollo normativo circunscrito exclusivamente a la parte operativa dentro de la ejecución presupuestaria autorizada por la Constitución, a partir de la cual se faculta al Ejecutivo a realizar las transferencias necesarias para la consecución de sus fines.

C. En el informe rendido en el proceso 28-2010 expuso básicamente las mismas justificaciones, y concluyó afirmando que los

art. 2 y 6 de la LP 2010, contienen un desarrollo normativo circunscrito exclusivamente a la parte operativa dentro de la ejecución presupuestaria autorizada por la Constitución, a partir de la cual se faculta al Ejecutivo a realizar las transferencias necesarias para la consecución de sus fines.

4. A. De conformidad con el art. 8 de la L. Pr. Cn., el Fiscal General de República expresó su opinión en los tres procesos ahora acumulados, en los siguientes términos:

Que la jurisprudencia de este tribunal en el tema de dilaciones indebidas ha establecido reglas de excepción que se denominan dilaciones justificadas. Respecto de las primeras citó la sentencia de 28-V-2001, pronunciada en el proceso de HC 342-2000. En el presente caso –afirma– la Sala está facultada por la Ley de Procedimientos Constitucionales para ordenar la reducción o ampliación de los plazos al evacuar los traslados en materia de inconstitucionalidades.

Con base en lo anterior, el Fiscal General de la República consideró que la dilación en la presentación del traslado conferido por este tribunal en el presente caso es justificada tomando en consideración la complejidad de la inconstitucionalidad planteada. Aunado a lo anterior –dijo–, se encuentra la carga laboral que exige la función que desempeña como Fiscal General de la República, lo que le permite justificar la dilación en el plazo para evacuar el traslado.

Sobre la dilación justificada citó las sentencias de 5-III-2001 y 19-III-2000, pronunciadas en los procesos de HC 315-2000 e Inc. 41-2000, respectivamente; esta última como precedente para la solicitud de ampliación del plazo para evacuar el traslado conferido por este tribunal.

B. Resulta pertinente destacar lo siguiente en cuanto a la posibilidad de extender el plazo del art. 8 L. Pr. Cn.:

a. Según la jurisprudencia constitucional –v. gr., Sentencia de 13-VIII-2002–, el Fiscal General de la República interviene en una calidad equiparable a la de un *amicus curiae*, quien debe brindar una opinión técnico-jurídica sobre los argumentos planteados por el actor y la justificación de la autoridad demandada.

De esta manera, el Fiscal General de la República únicamente está facultado para proporcionar una opinión que gire en torno a lo motivos aducidos en la demanda o en las justificaciones de la autoridad que emitió la disposición considerada inconstitucional.

En razón de ello, la figura del Fiscal General de la República en el proceso de inconstitucionalidad cabe identificarla más adecuadamente como la de un interviniente con características muy particulares: (i) debe limitarse a proporcionar su opinión técnico-jurídica en relación con los motivos expuestos por las partes; (ii) no puede en su intervención exponer otros elementos de argumentación tendentes a sustituir, modificar o ampliar los ya manifestados por las partes, actuando como sujeto activo o pasivo de la pretensión constitucional; y (iii) la opinión que emite no es vinculante para este tribunal.

En ese sentido, el informe del Fiscal General no debe plantearse como defensa de las disposiciones impugnadas, ni como pretensión de inconstitucionalidad que evidencie un contraste normativo; estos extremos del objeto del proceso ya están esbozados y defendidos por las partes.

b. Ante la solicitud de prórroga para presentar el informe que prescribe el art. 8 L. Pr. Cn., es preciso advertir que esta disposición habilita al Tribunal para determinar bajo parámetros objetivos el plazo en el que el Fiscal General ha de brindar su opinión técnica

sobre el contraste constitucional sujeto a conocimiento jurisdiccional, como bien apunta el Fiscal.

Ahora bien, en el presente caso, la determinación cuantitativa del plazo obedeció a la poca complejidad del asunto, pues la inconstitucionalidad planteada en el presente proceso ya ha sido objeto de otro pronunciamiento –Inc. 26-2004–. A lo anterior cabe agregar que el cómputo de los días a los que se refiere la disposición mencionada se hace en días hábiles; situación que en el presente caso se ha traducido en doce días *calendario*.

c. En conclusión, el grado de dificultad al que alude el Fiscal General para solicitar la prórroga en esta ocasión queda desvirtuado, pues su intervención en la inconstitucionalidad no se encamina a plantear ningún término de contraste innovador respecto del objeto de pronunciamiento de este Tribunal, sino solamente como opinión sobre los términos ya entablados por las partes.

Es decir, con base en lo expuesto, se advierte que el Fiscal General tuvo un margen razonable y ponderado para plantear su informe con el tiempo suficiente y expresar su opinión técnica. Por ello, se deniega la solicitud de prórroga planteada en el presente proceso.

II. Luego de ser expuestos los motivos de inconstitucionalidad argumentados por los demandantes, las razones aducidas por la Asamblea Legislativa para justificar las disposiciones impugnadas y la solicitud del Fiscal General de la República, es procedente exponer las implicaciones que sobre el objeto de control en el presente proceso, genera su similitud con las disposiciones impugnadas en el proceso de Inc. 26-2004 (1); para, luego, señalar el orden que contendrá la presente decisión (2).

1. A. Como una primera acotación, debe abordarse el tema de la posibilidad de entrar a conocer sobre el contraste constitucional planteado y resuelto en la Inc. 26-2004, pues, aunque referido a otras disposiciones, se postulan ahora los mismos motivos de

inconstitucionalidad y parámetros de control. En efecto, la estructura de las disposiciones impugnadas en dicho proceso proyecta el mismo contenido normativo que los arts. 2 y 6 LP 2010 (sometidos a control constitucional en este proceso).

Sobre esta situación, la Sala ha sostenido que, desde el punto de vista del sistema de fuentes, el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes es una de las más relevantes competencias de la jurisdicción constitucional –resolución de Improcedencia de 23-VII-2004, pronunciada en el proceso de Inc. 20-2004–. Ejercido mediante el proceso de inconstitucionalidad, dicho control tiene repercusiones dentro del mismo ordenamiento jurídico, pues el pronunciamiento que lo concluye incide en la estructuración misma del sistema de fuentes y en la atribución de contenido a las disposiciones constitucionales.

B. En ese sentido, el art. 10 L. Pr. Cn. establece que la declaratoria de inconstitucionalidad de un cuerpo normativo o disposición impugnada tiene los mismos efectos *erga omnes* que los del objeto de control; es decir, tiene plenos efectos frente a funcionarios y particulares –resolución de Improcedencia de 7-VII-2005, pronunciada en el proceso de Inc. 31-2005–. En el caso que el pronunciamiento definitivo sea desestimatorio – que declare la no existencia de la inconstitucionalidad alegada–, la incidencia sobre la realidad jurídica preexistente al pronunciamiento se manifiesta de igual manera: con efectos generales.

Al respecto, se había venido sosteniendo que en tales supuestos no cabría la posibilidad de reexaminar en un nuevo proceso la constitucionalidad de la disposición impugnada por los mismos motivos desestimados anteriormente. Ello se complementa con la resolución de Admisibilidad de 23-IX-2003, pronunciada en el proceso de Inc. 16-2003, en la que esta Sala admitió la posibilidad de reexaminar la disposición impugnada solamente si se plantean

motivos y argumentos de inconstitucionalidad distintos a los desestimados en otro proceso.

C. Ahora bien, el respeto a los precedentes –como manifestación específica de la seguridad jurídica y el sometimiento de los jueces al ordenamiento jurídico– no significa la imposibilidad de cambiarlos. Ello cobra sentido si se toma en cuenta que la Constitución no predetermina la solución a todos los conflictos que puedan derivarse en su aplicación o cuando esté llamada a solventarlos. Por ello, las anteriores consideraciones jurisprudenciales deben ser también analizadas desde otra perspectiva: el dinamismo y la interpretación actualizada de la Constitución.

En efecto, aunque el precedente (y de manera más precisa, el autoprecedente) posibilita la precomprensión jurídica de la que parte toda interpretación, la continuidad de la jurisprudencia puede flexibilizarse o ceder bajo determinados supuestos; pero, para ello, se exige que el apartamiento de los precedentes esté especialmente justificado –argumentado– con un análisis prospectivo de la antigua jurisprudencia, que también es susceptible de ser reinterpretada.

Y es que, si bien todo precedente se construye con una pretensión de corrección, nunca puede tener efectos absolutos en el sentido de que sea tanto definitivo como válido para todos los tiempos. No es definitivo porque la amplia variedad y el continuo cambio de la realidad social ponen constantemente a los juzgadores ante nuevas situaciones; e incluso la renovación de los juzgadores, a su vez representantes de diversas corrientes de pensamiento jurídico, también posibilita la relectura de las disposiciones jurídicas y de los precedentes que las han aplicado, a las nuevas realidades. Tampoco puede ser válido para todos los tiempos porque la interpretación tiene siempre una referencia de actualidad sobre el orden jurídico.

Por ello, no puede sostenerse la inmutabilidad de la jurisprudencia *ad eternum*, y resulta de mayor conformidad con la Constitución entender que, no obstante exista un pronunciamiento

desestimatorio en un proceso de inconstitucionalidad, ello no impide que esta Sala emita un criterio jurisprudencial innovador, al plantearse una pretensión similar a la desestimada, cuando circunstancias especiales y justificadas obliguen a reinterpretar la normatividad –resoluciones de Improcedencia de 23-VII-2004 y de 7-VII-2005, pronunciadas respectivamente en los procesos de Inc. 20-2004 y 31-2005–.

D. En la jurisprudencia comparada se admiten, entre otros supuestos, como circunstancias válidas para modificar un precedente o alejarse de él: estar en presencia de un pronunciamiento cuyos fundamentos normativos son incompletos o erróneamente interpretados; el cambio en la conformación subjetiva del Tribunal; y que los fundamentos fácticos que le motivaron han variado sustancialmente al grado de volver incoherente el pronunciamiento originario, con la realidad normada.

a. Error interpretativo.

La ruptura del *stare decisis* sugiere un expreso señalamiento de los errores interpretativos de la decisión anterior que se plantea como precedente. Señalar la parcialidad del contexto de la anterior interpretación es una condición necesaria para dotar a la nueva decisión de fuerza argumental y para que satisfaga el estándar de justificación que el cambio de jurisprudencia reclama.

En estos casos, la delimitación del grado del error pasa por analizar si la decisión previa (o precedente) no ha tomado en consideración la eventual concurrencia de otra disposición constitucional que varíe el contexto normativo sobre el cual se basó el pronunciamiento.

Tampoco quiere ello decir que la decisión que haya de tomarse en el cambio de precedente sea la única correcta, sino que cuando

menos pueda considerarse admisible dentro de los límites y presupuestos normativos constitucionales íntegramente considerados.

De lo que se trata, entonces, es de expresar el cambio de contexto o la parcialidad del anterior en la interpretación que el precedente expresa, la norma que concretiza mediante aquella interpretación o el desarrollo jurisprudencial del derecho invocado.

b. Cambios en la realidad normada.

La labor jurisdiccional, al igual que el Derecho y como fuente creadora del mismo, no es estática, sino que un cambio en las valoraciones fácticas puede implicar la reorientación y adecuación de criterios que hasta ese evento se mantenían como definidos.

No está de más afirmar que este supuesto acarrea una carga argumentativa fáctica, en la medida en que exige que esos cambios de la realidad normada estén razonablemente acreditados dentro del proceso de inconstitucionalidad.

c. Cambio de la conformación subjetiva del Tribunal.

Los tribunales que componen el Órgano Judicial –al igual que los otros entes estatales– se entienden como medios jurídicos para la realización de los fines del Estado, y por tanto se valen también de la actividad de personas naturales para el ejercicio de sus respectivas atribuciones y competencias. Así, junto a las exigencias objetivas de predeterminación legal del juzgador, la Constitución también exige que la composición subjetiva del Órgano jurisdiccional venga determinada por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente.

En el análisis que ahora nos ocupa (cambio motivado del autoprecedente por este Tribunal), ello cobra relevancia cuando el

art. 186 inc. 3° *in fine* Cn., prescribe que en la lista de candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia –lo cual comprende a los Magistrados de la Sala de lo Constitucional–, estarán representadas *las más relevantes corrientes del pensamiento jurídico*. Este supuesto asume la diversidad de corrientes de pensamiento jurídico, y acepta la posible relectura de las disposiciones constitucionales y de los precedentes que las han aplicado, para que se adecúe a las nuevas realidades.

Estas tres circunstancias, no taxativas, requieren siempre de una especial justificación para habilitar el cambio de autoprécédente, en la medida en que significan la comparación argumental y dialéctica de las viejas razones –jurídicas o fácticas– con el reconocimiento actual de otras más coherentes.

E. En la sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 26-2004, se parte de una supuesta lectura sistemática de los arts. 131 ords. 8° y 10°, 167 ords. 3° y 4°, 168 ord. 6°, 172 inc. final, 182 ord. 13°, 195 ord. 2°, 226, 227, 228 y 229 Cn.

Sin embargo, en el desarrollo de la argumentación solamente se puede intuir una enumeración de circunstancias presupuestarias desde su fase de aprobación hasta su ejecución, pasando por las posibles justificaciones de la modificación a las asignaciones originales, sin exponer las pautas interpretativas de las que se deriva una norma negativa: las transferencias entre partidas de distintos Ramos –sostiene dicha sentencia– no son reformas al presupuesto, bajo el entendido que éstas solamente se verifican si hay aumento del monto global del presupuesto.

En ese sentido, la dinámica presupuestaria y las atribuciones y competencias que la Constitución le asigna a cada Órgano del Estado, avalada en la Inc. 26-2004, se sustentó en su momento en una interpretación no suficientemente fundada, pues se limitó a ciertas disposiciones constitucionales (arts. 131 ord. 8° y 229

Cn.), sin abordar íntegramente el sentido y alcance contextual de la Constitución en materia presupuestaria, mediante una lectura más coherente de los arts. 167 ord. 3° párrafo 2° y 227 Cn. Y si bien todos los actos jurídico-administrativos realizados por el Ejecutivo, en relación con las distintas leyes de presupuestos generales para los ejercicios fiscales de 2004 a 2010, así como los efectos producidos por los mismos, se consideran válidos por la interpretación que se dio en el relacionado precedente, a partir de este pronunciamiento, que implicará un cambio en la interpretación constitucional sobre el tema de transferencia de partidas entre distintos ramos, los que se realicen en el futuro deberán atender los parámetros de la presente sentencia.

2. Establecido lo anterior y para el correcto abordaje de la pretensión planteada, se partirá del principio de separación e independencia de los Órganos del Estado, así como de la colaboración entre éstos y el principio de indelegabilidad de atribuciones (III). Luego se verá cómo se manifiestan dichos principios en el ámbito del presupuesto general del Estado (IV).

Ello nos conducirá a referirnos a la reserva de ley o principio de legalidad del presupuesto y, específicamente, a dos de sus manifestaciones: el principio de especialidad y el de publicidad y transparencia (V). Como último punto teórico, se expondrá una noción de presupuesto y de la ley que lo contiene (VI), pasando inmediatamente al análisis de lo que ahora se impugna (VII); tras ello se emitirá el fallo que constitucionalmente corresponda.

III. 1. Para evitar los riesgos que conlleva el monopolio del poder del Estado en una sola institución, la Constitución postula la división de poderes como cláusula esencial de la organización estatal. Se trata de un mecanismo organizativo que se caracteriza por asignar atribuciones y competencias a diferentes órganos, para que éstos se controlen entre sí al ejercer el poder público.

El gobierno limitado por normas; la presencia de controles interorgánicos recíprocos; la efectividad de un sistema de derechos fundamentales; el control judicial de legalidad; y el control de constitucionalidad de las leyes, son todos elementos consustanciales al Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Por otra parte, la teoría de la división de poderes ha sido ampliada, habiéndose incorporado nuevos criterios de división, por lo que interesa a este Tribunal referirse a uno en particular: la división horizontal del poder. Al respecto, Manuel García Pelayo expresa que: “lo que caracteriza a la división de poderes no es que a cada poder u órgano constitucional le corresponda una función, sino que a cada uno de ellos le corresponde un complejo de competencias para cumplir o participar en el cumplimiento de determinadas funciones”.

2. Aunque no se encuentre enunciado como tal, puesto que es de origen doctrinario, el principio de la división de poderes, cualquiera que sea su versión, emana claramente del art. 86 Cn., siendo un elemento de todo Estado Constitucional de Derecho.

Del art. 86 Cn. se desprende, en primer lugar, que el poder político es uno sólo, puesto que es manifestación de la soberanía del pueblo salvadoreño. Sin embargo, también queda claro que existen tres funciones estatales básicas, encomendadas a tres órganos diferentes, los que deben prestarse colaboración entre sí. En consecuencia, las funciones estatales no pueden concebirse como exclusivamente ligadas a un órgano del Estado, pues uno o varios órganos pueden coparticipar en el desempeño de una misma función. Por otro lado, de la disposición mencionada también se infiere que es constitucionalmente permitido que un órgano del Estado controle a otro y viceversa, en el marco de sus respectivas competencias.

En Sentencia de 8-IV-2003, Inc. 22-99, este Tribunal sostuvo que, para el ejercicio del poder público, el art. 86 inc. 1° Cn. reco-

noce la necesidad de la existencia de varios órganos dentro del Estado como garantía genérica de la libertad, y que cada uno de esos órganos, independientemente de los demás, debe llevar a cabo una de las funciones básicas del Estado –lo cual representa la formulación original del principio de división de poderes–. La disposición constitucional citada no detalla cuáles son las atribuciones y competencias que corresponden a cada órgano estatal, sino que remite la determinación de las mismas a otras disposiciones constitucionales y a las leyes.

Sobre la teoría de los controles, en la Sentencia de 11-XI-2003, Inc. 17-2001, esta Sala expresó que la Constitución ordena los cometidos de los distintos detentadores del poder, de manera que se posibilite la complementariedad de éstos entre sí y se garanticen la responsabilidad, el control y la limitación del poder en el proceso de adopción de las decisiones estatales. Así pues, cabe sostener que la Constitución, al distribuir las atribuciones y competencias entre los distintos órganos por ella creados, y al establecer la obligación del ejercicio conjunto en la formación de la voluntad estatal, limita el ejercicio del poder. Es en esta dinámica de interacción en el proceso político que se desarrolla la teoría de los controles recíprocos.

3. Por último, la Ley Suprema, en su art. 86 inc. 1º frase 3ª, dispone que: “[I]as atribuciones de los órganos del Gobierno son indelegables, pero éstos colaborarán entre sí en el ejercicio de las funciones públicas”.

Para determinar el significado de este precepto, debe partirse de la constatación de que cada órgano del Estado está investido de un conjunto de atribuciones asignadas por la Constitución y las leyes para el cumplimiento de las funciones que jurídicamente le han sido impuestas; atribuciones que le habilitan para actuar legítimamente en el marco del Estado de Derecho, al tiempo que le fijan los límites más allá de los cuales no puede ejercer el poder público. Si bajo el concepto de competencia se engloban el conjunto

de tales atribuciones jurídico-políticas y jurídico-administrativas, cabe deducir de la disposición comentada que ninguno de los órganos estatales puede desprenderse de las atribuciones que la Constitución le ha asignado y conferirla a otro de dichos órganos.

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

En esta línea, Juan Martínez Queralt y otros explican que: “Desde que el Presupuesto comienza a configurarse como un instituto jurídico moderno, en los albores del siglo XIX, se refleja, a lo largo de su ciclo vital, la división de poderes sobre la que se organiza el Estado contemporáneo (...). Partiendo de estas premisas, va a consolidarse desde entonces el ciclo presupuestario con base en tres principios, que concretan el de división de poderes: 1) separación de funciones entre el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo; 2) coordinación de ambos para desarrollar el ciclo presupuestario; 3) irrenunciabilidad de las competencias atribuidas a cada uno en las distintas fases”.

Por ello, en materia de presupuesto, según los autores citados, más que ante una “división” de poderes, estaríamos ante un “poder indiviso” entre el Legislativo y el Ejecutivo, en su elaboración, aprobación, ejecución y control. Y en ese sentido, también afirman que en realidad lo que hace el Legislativo no es una “autorización” –pues con ella no se agotarían todos los efectos jurídicos del presupuesto (que se desarrolla anualmente)–, sino una “ordenación” del gasto público.

2. El concepto de presupuesto ha evolucionado de forma paralela a la función del Estado en la actividad económica. Así, ha adquirido una condición dinámica de la que antes carecía, convirtiéndose en un instrumento mediante el cual el Estado actúa en la economía – en la vertiente del gasto público al desarrollar su política fiscal–.

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

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

Es insostenible un criterio restrictivo respecto a la labor realizada por la Asamblea Legislativa en la elaboración del presupuesto, limitándola a autorizar el proyecto de gestión financiera presentado por el Órgano Ejecutivo con la sola finalidad de darle la categoría de

ley formal. En nuestro ordenamiento jurídico el presupuesto debe considerarse un documento único e indivisible, que emana de la Asamblea Legislativa en el ejercicio de sus funciones propias y que, por tanto, es una ley con plenos efectos jurídicos. Pero la función legislativa no se reduce a “aprobar” la propuesta del Ejecutivo, pues ésta no es más que un proyecto de presupuesto a considerar. El Ejecutivo propone una ley y el Legislativo la hace suya, la rechaza o la modifica, teniendo como límites únicamente los plasmados en la Constitución.

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

V. 1. Aunque arraigados en diferentes aspectos de la *dirección política*, es cierto que en los Estados Constitucionales, el Legislativo y el Ejecutivo tienen un rol protagónico en la actividad del Estado. El Ejecutivo tiene a su cargo determinar la orientación política del Estado en cada momento –concretada en las diferentes políticas públicas–, de acuerdo con el criterio mayoritario que expresa; al Legislativo le corresponde darle forma normativa a esas decisiones políticas fundamentales, mediante el desarrollo normativo primario de la Constitución; mientras que al Judicial le corresponde el control jurisdiccional de la actividad de ambos, en cuanto a su legalidad y constitucionalidad.

Sin embargo, con base en lo anterior, puede también afirmarse que, luego de la Constitución, la Ley es la forma jurídica básica del desenvolvimiento estatal. De ahí que, si la *dirección política* del Estado a cargo del Ejecutivo requiere modificar el desarrollo

legislativo de la Constitución, resulta necesaria la intervención del Legislativo. Las razones y valoraciones que justifican el rol ponderado de la ley en la actividad estatal, que la Constitución le asigna, son básicamente: el carácter colegiado, el pluralismo y la deliberación –Sentencia de 29-VIII- 2009, pronunciada en el proceso de Inc. 24-2003–.

En efecto, el carácter colegiado de la Asamblea Legislativa – art. 121 Cn.– permite que el pluralismo se manifieste de manera más amplia que en otros órganos; así, en vez de expresar solamente la visión mayoritaria, el Legislativo es el ámbito donde conviven mayorías y minorías. Estas cualidades son las que también permiten que el proceso legislativo sea de carácter deliberativo. Ello requiere concretamente que el debate sea público –Inc. 27-99–.

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

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

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

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

A. Uno de los puntos clave para detectar la importancia que se le otorga al principio de reserva de ley consiste en dilucidar cuál es su extensión. Hay que precisar qué es lo que debe decidir el Legislativo para sostener que ha tomado una decisión genuinamente presupuestaria. En otros términos, hay que determinar qué elementos de la norma presupuestaria deben ser creados por ley, para así dejar claro qué ámbito de regulación le queda al Ejecutivo en el ejercicio de su potestad de administración y ejecución.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(ii) Ahora bien, los principios presupuestarios –cuyo origen se remonta al Estado liberal– han sufrido modificaciones debido a la misma evolución hacia otros modelos de Estado –por ejemplo, el

Estado Social—. En este orden de ideas, Álvaro Magaña señala que: “si bien es cierto que los textos constitucionales de la gran mayoría de países continúan recogiendo los principios presupuestarios, simultáneamente se reconocen, en casi todos los casos, modificaciones que esencialmente contradicen el postulado original [...]. Incluso, no podemos ignorar que aun cuando el presupuesto siga cumpliendo una función como mecanismo de control de la actividad gubernamental, los alcances y el significado actual de ese control distan mucho de lo que originariamente significaba en el marco de la confrontación de los poderes y su pugna por una supremacía política, ahora ya superados en los sistemas políticos actuales”.

Y es que durante el año en que se ejecuta la Ley de Presupuesto pueden presentarse diversas necesidades que exijan modificar la ley, tales como: disminuir los gastos aprobados, ya sea por no haberse concretado una operación de crédito público o por haberse producido una recaudación menor a la estimada; aumentar los gastos de un determinado órgano o ente público; necesitar de una reforma al presupuesto ante situaciones sobrevenidas, como la creación de un organismo antes inexistente; aumentar los gastos ante la ocurrencia de eventos extraordinarios o urgentes o ante la constatación de una recaudación mayor a la prevista; cambiar las finalidades de los gastos aprobados inicialmente; disponer qué destino asignarle a los recursos obtenidos, cuando éstos sean mayores a los estimados; etc.

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

sino de aplicarlo equilibradamente, tomando siempre en cuenta la consecución de los fines fundamentales del Estado, que le impone la Constitución.

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

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

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

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

b. Por otra parte, es necesario destacar que en una sociedad democrática es deber del Estado garantizar la transparencia en la actuación de los funcionarios públicos en el desempeño de sus

funciones oficiales, así como la publicidad en la administración y destino de los recursos y fondos públicos. Este deber de transparencia está en íntima conexión de interdependencia con el derecho de acceso a la información de interés público.

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

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

La publicidad de la información presupuestaria constituye la regla que debe imperar y que vincula a todos los funcionarios e instituciones públicas, pudiendo mantenerse en reserva cierta información presupuestaria, de manera excepcional y restrictiva, y en casos debidamente necesarios y justificados. Por ejemplo, aquellos datos cuya publicidad pudiera poner en riesgo o afectar intereses fundamentales del Estado que están legítimamente protegidos en una sociedad democrática, tales como la información referida a los gastos de la defensa nacional o de la seguridad pública. No obstante, dichos gastos públicos estarán siempre sujetos a fiscalización, control y rendición de cuentas por las instancias competentes, de conformidad con lo que ordena la Constitución (art. 227 inc. último).

La transparencia y la rendición de cuentas respectiva deben ser garantizadas por todas las dependencias del Estado, de manera que todas las cuentas del presupuesto puedan verificarse en su ejecución, transferencia y destino. Esto es, independientemente de

que se disponga por ley, respecto de ciertos casos justificados, un manejo reservado de la información.

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

VI. Finalmente, como último aspecto conceptual, se expondrá una breve noción de presupuesto y de la ley que lo contiene.

1. Según la corriente dualista, el presupuesto solamente es ley en sentido formal, es decir, reviste formalmente el carácter de ley, aunque materialmente no se trata de una norma general, impersonal y abstracta. Entonces, la Ley de Presupuesto no opera como condición de la acción estatal, sino que –simplemente– implica una opinión política del Legislativo sobre la idoneidad de la estimación previa y la conveniencia de las sumas que se indican como gasto público. En ese sentido, la Ley de Presupuesto solamente lo sería por su origen legislativo, pero no por su contenido, pues –para los defensores de esta teoría– las verdaderas leyes contienen preceptos de alcance general y permanente.

Para la teoría monista, en cambio, la Ley de Presupuesto sí tiene valor intrínseco de ley, es decir, reúne los caracteres de norma jurídica. Es decir, que el presupuesto no es ya un simple documento político-contable, sino que constituye un instrumento jurídico de singular y definitivo alcance para asegurar el cumplimiento de las principales tareas estatales. En ese sentido, compromete al Estado con fuerza vinculante.

2. Si toda acción humana puede ser considerada en su interferencia con otras acciones, y si ello da lugar a relaciones que deben regirse por normas, las actividades presupuestarias no son una excepción. En ese sentido, la actividad financiera del Estado también debe regirse por normas jurídicas. En efecto, el Derecho Financiero se sitúa dentro del ámbito del Derecho Público; ello porque las normas financieras no están destinadas –en principio– a

satisfacer las necesidades privadas, sino a normar el poder estatal en la ordenación del gasto público.

Este carácter público del Derecho Financiero estatal también orienta su propia interpretación. Así, no se trata de un Derecho excepcional que se deba interpretar fuera del alcance de los mismos postulados constitucionales de toda la actuación pública. De hecho, regula una actividad estatal que procura los medios económicos que en el pasado (recaudación), en el presente (determinación del gasto) y en el futuro (límite y control), son indispensables para la existencia de la organización política de la sociedad.

Cabe destacar que el Derecho Financiero estatal no constituye un sistema orgánico de relaciones estáticas, sino un conjunto de normas, principios e instituciones que tienen en común referirse a las múltiples actividades que el Estado desarrolla en el campo constitucional financiero. En efecto, si se tiene en cuenta que la actividad presupuestaria implica necesidades públicas que requieren erogaciones gubernamentales y, consiguientemente, ingresos para hacerles frente, ello significa también el despliegue de actividades financieras.

Este desarrollo de gestiones financieras consistente en empleo de fondos estatales –a partir de los destinos prefijados presupuestariamente– crea *relaciones jurídicas*. Esta actividad se desarrolla en diversas fases, es decir, en un plan de actuación que se exterioriza en forma contable y monetaria (el presupuesto), pero que necesita de normas que regulen las relaciones entre los distintos entes que interactúan para concatenar este proceso que se vivifica en la ejecución presupuestaria.

3. Para lo que al presente caso interesa, cabe mencionar que el presupuesto adopta la forma de una ley; en consecuencia, para su aprobación deben cumplirse todos los requisitos exigidos por la Constitución para su válida emisión. La discusión doctrinaria sobre si se trata de una ley solamente en sentido formal o si se trata de

una ley con plenos efectos jurídicos, ha sido ya superada. La ley presupuestaria de cada año obliga al ejecutante a realizarlo dentro de los límites prefijados normativamente.

Ello pone de manifiesto la función eminentemente legislativa de ordenación jurídicofinanciera de la actividad pública que caracteriza al programa presupuestario, pues demarca y fija límites a la actuación financiera del Estado, habida cuenta de que los funcionarios solamente pueden realizar gastos autorizados por ley y para los fines que la misma dispone.

En ese sentido, por su contenido y alcance, la Ley de Presupuesto tiene todas las características de un cuerpo normativo de inevitable acatamiento; pues el hecho de que sus disposiciones se materialicen en cifras máximas de gasto o previsiones, no significa que carezca de la fuerza vinculante externa propia de las normas jurídicas generales, impersonales y abstractas.

VII. Se pasa ahora al análisis del caso concreto, cuyo tema principal es el de determinar si la habilitación legislativa al Ejecutivo para modificar el presupuesto es compatible con el alcance constitucional del principio de reserva de ley presupuestaria. Se expondrá primero el contenido de las disposiciones propuestas como parámetro y objeto de control y otras conexas con ellas (1 y 2) y, luego, se enjuiciarán las sometidas a control (3).

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

Ahora bien, aunque al Legislativo le compete principalmente la aprobación del presupuesto, éste es preparado en forma de proyecto por el Ejecutivo a través del Consejo de Ministros, teniendo la obligación de someterlo a consideración del Legislativo, por lo menos tres meses antes del comienzo del nuevo año fiscal (art. 167 ord. 3° Cn.). Como se dijo, el presupuesto puede necesitar de algunos ajustes durante su ejecución. Al respecto, el Constituyente contempló expresamente dos supuestos: (i) las transferencias entre partidas del mismo Ramo; y (ii) las transferencias entre partidas de distintos Ramos de la Administración Pública.

El primer supuesto obedece a la necesidad de que la gestión del gasto público por parte del Ejecutivo sea eficaz y eficiente. Por ello, no toda modificación debe estar sometida a la aprobación del Legislativo, pues podría conducir virtualmente a la paralización de las labores de aquél. De tal suerte que al primer órgano mencionado se le reconoce la posibilidad de efectuar algunas modificaciones mínimas al presupuesto. Ya el Constituyente lo habilita en tal sentido, precisamente a través de la figura de las transferencias entre partidas del mismo Ramo (art. 229 Cn.). Y es que, en efecto, éstas no generan afectación alguna al principio de especialidad (cualitativa y cuantitativa) del presupuesto.

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

Pero también existen modificaciones que forzosamente exigen el concurso del Legislativo. Al respecto, el Constituyente se decantó –como es usual en el Derecho Comparado– por una limitación orgánica. Así, la Constitución prescribe que las transferencias entre partidas “de distintos ramos” deben ser aprobadas por la

Asamblea Legislativa, por tratarse de reformas al presupuesto (arts. 167 ord. 3º párrafo 2º, en relación con el 131 ord. 8º, parte final).

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

2. Pues bien –recapitulando–, el art. 45 inc. 1º de la LOAFI, en su letra a), desarrolla el mandato constitucional relativo a transferencias entre partidas de distintos Ramos u organismos administrativos (arts. 131 ord. 8º y 167 ord. 3º párrafo 2º Cn.). Por su parte, el mismo artículo, en su letra b), desarrolla el mandato constitucional relativo a transferencias de partidas dentro del mismo Ramo u organismo administrativo (art. 229 Cn.). Sin embargo, en el inc. 2º del mismo artículo se dispone que en la Ley de Presupuesto de cada año se podrán establecer de forma general modificaciones para una gestión expedita del gasto público.

Como concreción de esta última regla, el art. 2 frase 1ª de la LP 2010, faculta al Órgano Ejecutivo para que –mediante Acuerdo del Ministro de Hacienda– refuerce la asignación de la Unidad Presupuestaria 10 “Provisión para Atender Gastos Imprevistos” con las economías de remuneraciones y otros rubros de agrupación, obtenidas por las unidades primarias de organización e instituciones descentralizadas no empresariales durante la ejecución de los recursos que hayan recibido del fondo general.

Por su parte, la frase 2ª del mismo artículo lo faculta –de igual manera– a transferir recursos de la Unidad 10 “Provisión para

Atender Gastos Imprevistos” al presupuesto general del Estado, a fin de cubrir “necesidades prioritarias”.

En cuanto al art. 6 de la LP 2010, éste faculta al Órgano Ejecutivo a que –siempre mediante Acuerdo del Ministro de Hacienda– refuerce las asignaciones de la Parte III “Gastos” con los excedentes mensuales de las fuentes establecidas en la Parte II “Ingresos”.

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

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

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

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

Al analizar el art. 45 de la LOAFI, su inc. 2º establece que, para una “gestión expedita”, en la Ley de Presupuesto respectiva, podrá exceptuarse la aplicación de las letras a) y b) del inc. 1º del

art. 45 de la LOAFI, que son concreciones legales del principio constitucional de reserva de ley presupuestaria (art. 131 ord. 8° Cn.).

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

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

b. Considera esta Sala que *la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 45 inc. 2° de la LOAFI, requiere que la Asamblea Legislativa dicte una nueva normativa, a fin de que queden claramente establecidos en dicha ley, los requisitos y parámetros bajo los cuales se regirán las aprobaciones de transferencias entre partidas de distintos Ramos que el Órgano Ejecutivo le solicite a la Asamblea Legislativa. Ello con el objetivo de lograr un equilibrio entre, por un lado, la eliminación del uso discrecional, arbitrario y secreto de los recursos asignados por la Asamblea Legislativa; y por otro lado, posibilitar la gestión eficaz y eficiente de dichos recursos al Ejecutivo como director de las finanzas públicas (art. 226 Cn.).*

En virtud de lo anterior, los parámetros deben establecerse en la LOAFI, para luego ser concretados y desarrollados en la Ley de Presupuesto de cada año.

Para tal objetivo, se pueden considerar por el legislador, por ejemplo, los siguientes parámetros o criterios orientadores: (i) que las transferencias entre partidas de distintos Ramos se conozcan previamente por el Consejo de Ministros (y no por el Ministro de Hacienda exclusivamente), a modo de control intraorgánico, para que luego sean sometidas, ya sea que se trate de una transferencia específica o de varias a la vez, a aprobación legislativa oportuna y

expedita, de manera tal que no se obstaculice ni perjudique la ejecución de los programas del Ejecutivo; (ii) que se definan los conceptos de “gastos imprevistos” y “necesidades prioritarias”, de modo que no se altere la consecución de los fines del Estado, prescritos por la Constitución; (iii) que se determine con claridad la partida de “gastos de emergencia” para atender los efectos producidos por desastres naturales o calamidades públicas; (iv) que se establezca una asignación presupuestaria para “gastos reservados”, de cuyo manejo deberá rendirse cuentas al final del ejercicio fiscal; (v) que se detallen en la ley las transferencias que, según la Constitución, sean susceptibles de realizarse, y limitándolas a determinadas finalidades, programas y/o funciones; (vi) que se identifiquen los gastos “intransferibles”; y (vii) que se establezcan mecanismos mediante los cuales el Ejecutivo haga públicas y rinda cuentas a las instituciones estatales competentes y a la ciudadanía sobre las transferencias de recursos, detallando el origen de los fondos, su destino y el monto asignado.

B. a. El art. 2 de la LP 2010 desarrolla el art. 45 inc. 2º de la LOAFI, y constituye una manifestación de la técnica de la reasignación presupuestaria relativa a las transferencias entre partidas de distintos Ramos; mientras que el art. 6 de dicha ley –también en desarrollo del art. 45 inc. 2º de la LOAFI– contempla un refuerzo presupuestario a los gastos en general con los excedentes de las fuentes de ingreso que se perciban mensualmente. Tales modificaciones las ha dispuesto el legislador, cumpliéndose así desde un punto de vista meramente formal con el principio de reserva de ley en materia presupuestaria (art. 131 ord. 8º Cn.). Ahora bien, este concepto tiene un significado más amplio que se visibiliza a través de los principios presupuestarios. Aquí hemos insistido en el de especialidad, el cual en el fondo lo que persigue es que no se produzca el fenómeno de la “deslegalización”, esto es, que el legislador difiera al Órgano Ejecutivo la regulación de una materia reservada.

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

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

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

Por tanto,

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas, y artículos 10 y 11 de la Ley de Procedimientos

Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala **Falla:**

1. *Declárase* de un modo general y obligatorio que los arts. 2 y 6 de la Ley de Presupuesto para el ejercicio financiero fiscal 2010, aprobada mediante Decreto Legislativo n° 167, de 6-XI-2009, publicado en el Diario Oficial n° 233, Tomo 385, de 11-XII-2009; y el art. 45 inc. 2° de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo n° 516, de 23-XI-1995, publicado en el Diario Oficial n° 7, Tomo 330, de 11- I-1996, *son inconstitucionales*, por vulnerar el principio de reserva de ley presupuestaria –en su dimensión de especialidad cualitativa y cuantitativa–, consagrado en el art. 131 ord. 8° Cn., en conexión con los arts. 86 inc. 1°, 167 ord. 3° párrafo 2°, 227 y 229 Cn., *al habilitar al Órgano Ejecutivo a que realice transferencias entre partidas de distintos Ramos y a que asigne discrecionalmente los excedentes de los ingresos previstos –con los que inicialmente se aprobó el presupuesto–.*

2. *Notifíquese* la presente resolución a todos los intervinientes.

3. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial.----- J. B. JAIME---F. MELÉNDEZ---SONIA DE SEGOVIA ---R. E. GONZÁLEZ B.---PRONUNCIADO
POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN---E. SOCORRO C.----- RUBRICADAS."

"91-2007 INCONSTITUCIONALIDAD

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las quince horas y cincuenta minutos del día veinticuatro de septiembre de dos mil diez.

El presente proceso de inconstitucionalidad ha sido promovido por el ciudadano Roberto Bukele Simán, conocido por "Roberto Bukele" y "Roberto Jorge Bukele", mayor de edad, ingeniero químico y de este domicilio, a fin de que este Tribunal declare la inconstitucionalidad del *art. 191 incs. 2° y 3° del Código Penal (C. Pn.)*, emitido mediante el Decreto Legislativo n° 1030, de 26-IV-1997, publicado en el Diario Oficial n° 105, tomo n° 335, de 10-VI-1997, y reformado mediante el D. L. n° 499, de 28-X-2004, publicado en el D. O. N° 217, tomo n° 365 de 22-XI-2004 por los supuestos vicios de contenido consistentes en violación a los arts. 2, 3, 6 y 144 de la Constitución (Cn.).

La disposición impugnada establece: *Código Penal*:

"Art. 191.

No son punibles los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, científica, religiosa o profesional ni los conceptos desfavorables expresados por cualquier medio por particulares en el ejercicio del derecho de la Libertad de Expresión (sic), siempre que en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona.

De igual manera, no son punibles los juicios desfavorables de la crítica política, literaria artística- histórica científica, religiosa o profesional ni los conceptos desfavorables expresados

o difundidos por quienes ejerzan el periodismo mediante noticias, reportajes, investigaciones periodísticas, artículos, opinión, editoriales, caricaturas y notas periodísticas en general, publicados en medios periodísticos escritos, radiales, televisivos e informáticos, en cumplimiento del deber de informar, en virtud del derecho de información o en ejercicio de su cargo o función.

En cualquiera de las situaciones reguladas en los dos incisos anteriores, no incurrirán en ningún tipo de responsabilidad penal, los medios escritos, radiales, televisivos e informáticos en que se publiquen los juicios o conceptos antes expresados, ni los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del programa en su caso”.

En la presente sentencia se utilizarán las siguientes siglas: DADH: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos; DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos; PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos; CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Han intervenido en el proceso, además del demandante, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos y considerando:

1. En el proceso, los intervinientes expusieron lo siguiente:

El ciudadano Bukele Simán fundamentó su pretensión de inconstitucionalidad en los siguientes argumentos:

A. La disposición impugnada otorga tratamiento privilegiado a las personas que ejercen el periodismo, así como a los propietarios, directores, editores y gerentes de programas y medios de comunicación en la responsabilidad penal por actos que afectan al honor, la intimidad o la propia imagen de los ciudadanos; lo cual es contrario al principio de igualdad consagrado en el art. 3 Cn., pues se trata de una diferenciación arbitraria

B. El art. 6 Cn. resultaría igualmente vulnerado, pues, al amparo de tal disposición, los que ejercen el periodismo o gestión de los medios informativos pueden expresar o difundir noticias, reportajes, investigaciones periodísticas, artículos, opiniones, editoriales, caricaturas y notas periodísticas con un propósito calumnioso, injurioso o de menoscabar el honor o la intimidad de las personas; lo cual supone darle mayor importancia al derecho a la libre expresión, el cual está limitado por otros derechos relativos a la personalidad. También se dejaría sin responsabilidad penal y civil a las personas jurídicas que se mueven en el ámbito informativo, atribuyéndose la primera únicamente a las personas naturales

C. Por lo anterior, se dejarían en desprotección los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, establecidos en el art. 2 Cn., y se desconocería el derecho a la indemnización, por daños morales, cuando mediante el abuso de la libertad de expresión se lesionen aquéllos.

D. Además, la disposición impugnada contradice lo prescrito en el art. 144 Cn., al pretender “modificar” y “derogar” los arts. 3 y 19 de la DUDH, 17, 19 y 49 del PIDCP y 11, 13 y 14 de la CADH, que obligan a los Estados a proteger legalmente la honra y la reputación de las personas de ataques o injerencias.

Por las razones anteriores, concluyó solicitando la declaratoria de inconstitucionalidad del art. 191 incs. 2ª y 3ª del C. Pn.

2. Por Auto de 17-XII-2008, esta Sala admitió la demanda y circunscribió el examen a la supuesta violación de los incs. 2º y 3º del art. 191 del C. Pn. a los arts.: (i) 2 Cn., en cuanto al derecho al honor y a la intimidad personal y familiar; (ii) 3 Cn., en lo relativo al principio de igualdad en la formulación de la ley; (iii) 6 Cn., en lo que respecta al principio de responsabilidad por el ejercicio abusivo del derecho a la difusión del pensamiento; y (iv) 144 Ca, en cuanto a la prevalencia -en este caso- de los arts. 17 y 19 del PIDCP y 11, 13 y 14 de la CADH sobre la normativa secundaria.

3. La Asamblea Legislativa rindió el informe que establece el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (L. Pr. Cn.) en los siguientes términos:

A. El art. 191 incs. 2° y 3° del C. Pn. no contradice los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, en vista de que la libertad de pensamiento y expresión desarrollada por los medios de comunicación social -que aquél protege- juega un rol esencial en el sistema democrático. Por ello, además, sería “improcedente” e “impertinente” establecer en la legislación penal la indemnización por daños de carácter moral.

Y es que -agregó- en los casos regulados en la referida disposición no existe la “conciencia” de injuriar (el “*animus injuriandi*”): dándose prevalencia al fin de expresar e informar y, aún, de criticar -instrumentos esenciales en la nueva etapa democrática-

B. Respecto a la supuesta violación al art. 3 Cn., manifestó que el referido “privilegio” de los informadores respecto al ciudadano común no puede ser considerado un tratamiento desigual carente de razón suficiente, ya que se está ante situaciones diferentes.

C. Tampoco -sostuvo- existe violación al art. 6 Cn., pues éste no ampara los actos que subvierten el orden público ni los que lesionan la vida privada de los demás. Para tales casos existen los delitos de calumnia e injurias, cometidas por particulares.

D. Por último, afirmó que no se puede conocer del conflicto entre **los incs. 2° y 3°** del art. 191 del C. Pn. y los tratados internacionales invocados, pues aquél compete sólo al tribunal que conoció del caso concreto.

Por las razones anteriores, *el órgano emisor de la disposición impugnada concluyó solicitando que se declare que no existen las inconstitucionalidades alegadas.*

4. El Fiscal General de la República en funciones emitió su opinión, requerida de conformidad con el art. 8 de la L. Pr. Cn., en los siguientes términos:

A. Estamos en presencia de una colisión entre dos derechos fundamentales, que son igualmente dignos de protección: el honor y la intimidad personal por un lado, y la libertad de expresión, por el otro. Al respecto, recordó que el desarrollo masivo de los medios de comunicación tiene una extraordinaria trascendencia pública.

Para que el ejercicio del derecho de información sea conforme con la Constitución manifestó, se requieren al menos tres elementos: la veracidad, la relevancia pública de la información y la forma en que se **hace**. Adicionalmente, puede requerirse que lo ejerciten profesionales de la información o un medio de comunicación institucionalizado.

Por otra parte, si bien el conflicto entre libertad de información y derecho al honor puede resolverse por la presencia o no del ánimo de injuria, también deben tenerse en cuenta ciertos criterios que permiten distinguir entre una infracción penal y la simple crítica creadora de opinión. Particularmente por ello, se entiende que la crítica política forma parte de la libertad de expresión contemplada en el art. 6 Cn.

B. Desde la anterior perspectiva -razonó-, la disposición impugnada no violenta el art. 3 Cn., pues sólo reglamenta límites a dos derechos fundamentales. Tampoco contradice al art. 6 Cn., ya que la libre expresión es uno de los más —esenciales— derechos- Y es que, sin la habilidad de opinar libremente, el hombre está condenado a la opresión. De igual manera, no existe la violación al art. 144 Cn., basada en un supuesto principio constitucional de 'jerarquía normativa', ya que ello implicaría reconocer que toda producción jurídica que no sea coherente con el plano superior es inconstitucional por ese solo hecho.

Concluyó afirmando que, cuando entran en conflicto los referidos derechos fundamentales, debe comprobarse si la libertad de expresión tiene una proyección social que la haga prevalecer sobre los "bienes" de carácter individual y tampoco se deberían considerar

dentro de dicho ejercicio las informaciones no veraces (sin que se llegue a exigir la “verdad objetiva”, lo cual sería peligroso en un Estado democrático).

Por las razones anteriores, el entonces titular de la Fiscalía *solicitó que se declare que no existen las inconstitucionalidades alegadas.*

5- El ciudadano Rafael Domínguez- periodista, presidente de la Asociación de Periodistas de El Salvador (APES), presentó el 19-II-2010 un escrito, el cual consistió básicamente en una sistematización de los aspectos más relevantes de la doctrina y de la jurisprudencia internacional y comparada sobre la libertad de expresión. Además, se refinó al alcance y contenido de la libertad de expresión, las limitaciones y restricciones legítimas a tal derecho y, finalmente, expresó su valoración sobre el artículo 191 del C. Pn.

Tal como lo solicitó, se agrega dicho escrito a sus antecedentes.

II. Expuesto el contenido básico de la demanda y del informe justificativo de la Asamblea Legislativa, así como la opinión del Fiscal General de la República, que según la jurisprudencia constitucional no es vinculante (Sentencia de 13-VIII-2002, Inc. 15-99, Considerando III 1), y previo a entrar a resolver el fondo de la pretensión planteada, se precisarán las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control (1) y, luego, se señalará el orden lógico en el que se fundamentará esta decisión (2).

1. Aunque en el Auto de 17-XII-2008 se delimitó el parámetro de control a los arts. 2, 3, 6 y 144 Cn., teniendo en cuenta los argumentos del actor y a fin de emitir un pronunciamiento congruente con los mismos, es necesario precisar dicho parámetro, especificando los incisos y párrafos con los que se efectuará el contraste internormativo. Así, se analizará la supuesta violación que el art. 191 incs- 2° y 3° del C. Pn. provocaría a los siguientes artículos: (i) 2 *inc.* 2° (derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a

la propia imagen), 3 inc. 1° (principio de igualdad en la formulación de la ley), 6 inc. 1° (responsabilidad penal por el ejercicio abusivo o ilegítimo de las libertades de expresión e información), y 144 inc. 2° -en relación con los arts.- 17 y 19 *párrafo 3 letra “a”* del PIDCP, y 11, 13 *párrafo 2 letra “a “* y 14 *párrafo 3* de la CADH (prevalencia de los tratados internacionales sobre las leyes internas), todos de la Cn.

2. A fin de resolver la cuestión de fondo planteada, se observará el siguiente orden: en primer lugar, se expondrán consideraciones sobre el contenido de las libertades de expresión e información (III); luego se hará referencia a los derechos fundamentales con los que aquéllas pueden entrar en conflicto: los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen (IV); y por último se reseñarán algunas nociones de teoría de los derechos fundamentales, útiles para la resolución del presente caso, específicamente en lo relativo a la colisión entre ellos (V); Establecido dicho marco conceptual, se efectuarán algunas precisiones sobre el parámetro y el objeto de control (VI); para luego pasar a estudiar la confrontación internormativa planteada y dictar el fallo que constitucionalmente corresponda (VII); aclarándose algunos aspectos del mismo (VIII).

III. En este Considerando se delimitará el contenido de las libertades de expresión e información. Para ello, se comenzará haciendo algunas consideraciones comunes a los dos derechos mencionados (1); luego se verá en específico la libertad de expresión (2 A), y la libertad de información (2 B); se señalarán las diferencias entre ambas (2 C), y por último, se hará referencia al pluralismo de las fuentes informativas (3).

1. Es indudable la función esencial que desempeñan las libertades de expresión e información en una sociedad democrática, pues la crítica al poder -entendida como cuestionamiento de las políticas públicas (económica, ambiental, educativa, de seguridad, exterior, etc.) y medidas estatales concretas (actos de la Administración Pública o decisiones judiciales), con el consiguiente planteamiento

de alternativas, facilita que, en un proceso de ensayo y error, se busquen y encuentren las más adecuadas políticas y medidas que satisfagan las necesidades de los individuos o de la colectividad

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

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

Es a este tipo de sociedades a las que se ha referido la Sentencia de 19-IV-2005, Inc. 47-2003, como una de las que la Constitución salvadoreña pretende fomentar. En tal sentencia se dijo: “Como elemento central de la legitimidad democrática, el pluralismo no es sólo político, sino además ideológico, pues expresa una libertad de participación en la que el poder es una idea incompatible con posiciones ideológicas dogmáticas (...). El pluralismo es el marco mismo de la convivencia social, entendida como el espacio en que se encuentran -y confrontan- diferentes visiones del mundo, diversas identidades valorativas; asimismo, como principio político, enriquece la diversidad de propuestas valorativas, la necesidad de conocerlas y comprenderlas como un elemento que aumenta la propia autonomía, la capacidad de elección. En otras palabras, el principio en comento, exige evitar la identificación previa de una opinión o visión de mundo como la única que proporciona la iden-

tividad social sobre la que se construye el orden jurídico y político” (Considerando III 2).

La CIDH en este sentido ha afirmando que, “la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua* non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.” (Opinión Consultiva OC-5/85. La Colegiación Obligatoria de Periodistas. Párr. 70). Asimismo, ha expresado que, “la libertad de expresión permite el debate abierto sobre los valores morales y sociales y facilita el discurso político, central para los valores democráticos” (Caso Ivcher Bronstein vrs. Perú, párr. 143).

Por lo anterior, tanto la libertad de expresión como la de información se consideran componentes esenciales del gobierno democrático y representativo. Pero además, gracias a dichas libertades, el individuo se realiza, en la medida en que le permitan expresar sus opiniones y valoraciones sobre la realidad circundante, en la búsqueda de la verdad, y con ello manifestar su carácter racional.

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

al empobrecimiento intelectual y moral por la ausencia de debate y el flujo de las ideas.

En una línea jurisprudencial que arranca de la Sentencia de 17-XII-1992, Inc. 3-92, Considerandos IX y X (y más específicamente en la Sentencia de 23-V I-1999, Amp. 38-98, Considerando VI d), se ha sostenido, respecto del doble carácter de los derechos fundamentales, que en el plano subjetivo los mismos actúan como garantías de la libertad individual, mientras que en el plano objetivo asumen una dimensión institucional y operan como elementos estructurales del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

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

2. La Constitución salvadoreña establece en su art. 6 inc. 1° que: “Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos...”. Esta disposición constitucional estatuye expresamente el derecho fundamental a la libertad de expresión, pero a ella se adscribe también el derecho fundamental a la libertad de información. En tal sentido, en la Sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-96, Considerando XVI 1, se dijo que: “La libertad de expresión y difusión del pensamiento no se limita a la exteriorización de los propios argumentos, sino que -sobre todo en el mundo contemporáneo- se extiende a lo que clásicamente se denomina *libertad de prensa*, y que en *puridad jurídica, desde un plano subjetivo, constituye el derecho de información*—.

La función que ambos derechos desempeñan es decir, la formación de una opinión pública libre, explica que en muchos orde-

namientos nacionales e internacionales se positiven en una sola disposición

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

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

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

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

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

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

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

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

a. Que en la libertad de información la *dimensión objetiva* -que se funda en la convicción de que los seres humanos, para ser verdaderamente libres, han de vencer la desinformación- se presenta de

manera más acentuada, ya que, para ejercer sus demás derechos, el individuo tiene que conocer la realidad que lo rodea.

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

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

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

C. Finalmente, debe puntualizarse las diferencias entre la libertad de expresión y la libertad de información, que básicamente giran en torno al *objeto* de uno y otro derecho.

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

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

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

Ahora bien, conviene aclarar desde ya que, al hablar de “verdad” como requisito de la libertad de información, no se trata de la “verdad material”, pues ello obviamente desalentaría cualquier ejercicio de la libertad de información, ante la imposibilidad o el riesgo de no poder probar posteriormente una afirmación. *Según lo interpreta esta Sala, lo único que se prohíbe es el ejercicio de la libertad de información con conocimiento de la falsedad del hecho o con un temerario desprecio a la verdad, entendiéndose por veracidad la verificación y contrastación de las fuentes de información; fuentes que gozan de protección en una sociedad democrática.*

b. Aunque es cierto que en la práctica, a veces, puede ser difícil diferenciar hechos y opiniones, ello no justifica la confusión entre las libertades analizadas. Es decir, que no se pueda establecer una frontera precisa no significa que la frontera no exista. Y es que en ningún momento se sostiene que la exposición de hechos vaya a ser absolutamente imparcial y objetiva; no cabe duda que

el sujeto emisor siempre analiza tales hechos desde sus propias valoraciones. Pero de eso a confundir los hechos con afirmaciones que si son esencialmente subjetivas (las opiniones) hay una gran distancia. Es decir, la Constitución *protege la manifestación de hechos, pero no pretende prohibir que el sujeto, al transmitirlos, los afecte subjetivamente en alguna medida.*

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

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

3. Dado que las libertades de expresión e información tienen como función la de formar una opinión pública libre, y que comprenden el derecho *a recibir* opiniones y hechos, respectivamente, la *pluralidad de fuentes informativas* contrapuestas y la apertura a las diversas corrientes de opiniones y hechos constituyen

un requisito *sine qua non* de dichas libertades, pues garantizan a los ciudadanos la posibilidad de ponderar opiniones ideológicas diversas e incluso contrapuestas, es decir, **contribuyen a formar su opinión** y conocimiento, para su posterior manifestación o difusión. Dicho pluralismo informativo debe ser entendido como la existencia de una diversidad de medios independientes y autónomos, así como de contenidos heterogéneos (opiniones y hechos), a disposición del público, sin la cual la libre comunicación de opiniones y hechos no resultaría efectiva, ya que los receptores que se encuentran entre los destinatarios de las libertades de expresión e información, no estarían en condiciones de ejercitar la libre elección entre tendencias diversas, sin que los intereses privados y los poderes públicos intenten sustituirlos en sus propias decisiones.

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

IV. Una vez delimitado el contenido de las libertades de expresión e información, se entrará a continuación a perfilar los derechos fundamentales con los que usualmente entran en conflicto: los derechos a la intimidad personal y familiar (1), al honor (2) y a la propia imagen (3), todos los cuales se encuentran expresamente reconocidos en el art. 2° inc. 2° Cn.

Tal como se expondrá, estamos ante derechos estrechamente relacionados, pero que conceptualmente se pueden diferenciar.

1. A. Para comprender el sentido actual de la “intimidad” --expresión que prefirió usar nuestro Constituyente- es preciso hacer una breve referencia al origen y evolución de dicha noción. Su origen se ubica en la época en que surgen todos los derechos de libertad o “derechos de primera generación”, período en el cual los seres humanos toman conciencia y se preocupan por su individualidad. Esa inquietud por proteger la interioridad se vio plasmada en las primeras declaraciones de derechos, propias del Estado Liberal.

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

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

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

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

C. Pues bien, se puede entender que la intimidad afecta dos esferas: (i) la esfera íntima, que comprende la faceta sexual, mental y sentimental de las personas. Afectan esta esfera los datos relativos a la enfermedad, nacimiento, muerte, vida sexual y desnudez de los individuos. Como es natural, esta esfera debe gozar de la máxima protección legal; (ii) la esfera privada, que trasciende la interioridad del individuo, refiriéndose a su círculo de parientes, amigos y conocidos cercanos. Aquí evidentemente también debe existir tutela, aunque menos intensa que en el anterior ámbito. Pero una vez se ingresa al ámbito social o público, referido a las relaciones sociales de las personas, se cae fuera del campo del derecho a la intimidad. En conclusión, el derecho a la intimidad es un derecho fundamental estatuido directamente en el art. 2 inc. 2° Cn. del que son titulares todas las personas, consistente en la preservación de la esfera estrictamente interna y de la privada (que incluye a la familia) frente a intromisiones no consentidas del Estado o de otros particulares. Por lo tanto, la violación por excelencia -no la única-, en la dinámica de las sociedades actuales, al derecho a la intimidad, es la obtención y/o revelación indeseada por parte de terceros, de datos o informaciones comprendidas en dichas esferas.

2. Debemos diferenciar el derecho a la intimidad del derecho al honor. Procede, en primer lugar, establecer el significado de éste y luego precisar sus diferencias con el derecho a la intimidad.

A. El derecho al honor por su misma naturaleza, que lo vincula a determinadas coordenadas históricas, no se presta fácilmente para una conceptualización abstracta; es preferible, a la hora de describirlo, mantener viva esa maleabilidad social que lo caracteriza. Dicho de otra manera, su definición habrá de considerar siempre las reglas culturales asumidas por el conjunto del cuerpo social. En ese sentido, incluso, se ha llegado a considerar que el honor es un concepto jurídico indeterminado que necesariamente obliga al intérprete a acudir a la valoración social.

Es usual en la doctrina la distinción entre una *perspectiva subjetiva* y una *perspectiva objetiva* para definir el derecho en análisis (Sentencias de Amparo 227-2000, 494-2001 y 743-2000). Desde la primera, el honor consiste en *el sentimiento de aprecio que una persona tiene de sí misma*. Desde la segunda, el honor consiste en *la reputación, fama o buen nombre de los que goza un individuo frente a los otros*. Y es que, -se dice, para fundamentar el derecho- todo ser humano tiene derecho a ser tratado de manera compatible con su dignidad. Por ello se debe asegurar que toda persona en la sociedad reciba la consideración y valoración adecuadas. En todo caso, no debe olvidarse que en cierto modo cada persona “construye” su honor ante los demás, a través de sus actuaciones (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 417/109 de 26 de junio, párr. 83-85).

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

La Constitución reconoce y garantiza en el art. 2 el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. En él se establece que toda persona tiene derecho a la integridad moral

y se reconoce, además, la “indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”.

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

El derecho al honor es objeto de protección, tanto en lo que cada persona cree que vale frente a los demás, como respecto de lo que los demás consideran que vale una persona en términos morales. El contenido esencial de este derecho fundamental está conformado precisamente por la dignidad **humana**. De ahí la importancia clave que le otorga la Constitución en el marco del catálogo de los derechos fundamentales.

El derecho internacional convencional vigente en el país también reconoce el derecho al honor, la intimidad y la vida privada. El art. 11 de la CADH reconoce el derecho de protección a la honra y la dignidad y al respecto establece lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación- 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques, El PIDCP, en su art 17 establece lo siguiente: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

En la jurisprudencia del sistema interamericano, la CIDH ha interpretado el art. 11 de la CADH en el sentido que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra o reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques.” Para la CIDH, “el derecho a la honra se relaciona con la estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona.” (Caso Tristán Donoso vrs. Panamá, párr. 57).

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

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

Pero no siempre una violación del honor supone una violación de la intimidad. Por ejemplo, podría ocurrir que a una persona se le viole su honor a través de la imputación de ciertos datos que, empero, fueron obtenidos legítimamente o ya eran conocidos por muchas personas y, en ese sentido, no se apreciaría una vulneración a la intimidad. Y, de la misma manera, es posible apreciar

atentados contra la intimidad de una persona sin menoscabo de su honor, pues cuando un sujeto revela sin autorización datos personales de otro puede perfectamente hacerlo sin formular un juicio adverso o proponerse un rebajamiento moral de su víctima.

3. Corresponde analizar el último de los derechos consagrados en el art. 2º Cn.: el derecho a la propia imagen.

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

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

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

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

Asimismo, es importante precisar que el derecho a la propia imagen protege a su titular tanto en la vida privada como en la pública. En ese sentido, una imagen de una persona por el simple hecho de haber sido captada en un lugar público, no por ello permite su libre utilización. Es decir, en los espacios públicos se renuncia a la privacidad hasta cierto punto, pero no al derecho a la propia imagen.

V. Delimitados los derechos en juego en el presente caso -tanto los que se consideran violados como los que se pretenden proteger con la legislación impugnada-, se pasará ahora a hacer algunas consideraciones de la teoría de los derechos fundamentales, de utilidad para resolver la pretensión planteada

1. A. La Constitución salvadoreña contiene una serie de disposiciones y normas sobre derechos fundamentales. Y es que, si toda disposición constitucional tiene valor normativo -lo que está fuera de toda discusión-, lo mismo habría que predicar de las disposiciones iusfundamentales.

Cuando hablamos de “norma de derecho fundamental” queremos significar que la disposición respectiva ordena, prohíbe o permite determinada conducta. Intersubjetivamente, estas normas entablan relaciones entre dos sujetos (particular-Estado o particular-particular), donde uno de ellos posee derechos (en sentido amplio), y el otro correlativamente posee obligaciones (en sentido amplio).

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

debe prevalecer. Solución que no se puede generalizar a casos fiamos, a menos que sean idénticos.

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

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

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

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

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

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

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

No sólo las Constituciones, sino también los instrumentos internacionales de derechos humanos entienden que todo derecho llega hasta donde comienzan los derechos de los demás. Lo recoge así el art. 292 de la DUDH: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás". En el mismo sentido, la DADH, en su art. XXVIII prescribe

que: “los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático”.

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

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

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

En virtud de lo anterior, tenemos que el legislador está autorizado para limitar los derechos fundamentales, pero debe hacerlo respetando el principio de proporcionalidad. Ello se traduce en que el Órgano Legislativo también efectúa ponderaciones; éstas no sólo las hacen las Tribunales Constitucionales. Es más, el primer órgano estatal que pondera siempre es el Legislativo: cuando emite

la regulación de los derechos correspondientes necesariamente debe armonizar los distintos mandatos constitucionales, muchos de los cuales contienen derechos fundamentales, que apuntan en diferentes y, a veces, contrarias direcciones.

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

A. Teniendo claro lo anterior, es natural que en el ejercicio de los derechos fundamentales se produzcan conflictos o colisiones de derechos. Lo ideal sería que se delimiten en la ley, de manera clara y precisa, los elementos constitutivos de esos derechos, sus contornos específicos y sus límites, de tal forma que en casos de colisión o conflicto no se desnaturalicen bajo ninguna circunstancia los derechos en pugna.

Es de hacer notar que este proceso de conceptualización y delimitación de los derechos en la legislación salvadoreña no ha dado en todos los casos resultados concretos, a varios años de la entrada en vigor de la Constitución de 1983. A esta fecha aún no se ha legislado en esta materia respecto de algunos derechos constitucionales. No obstante, a través de las interpretaciones de esta Sala también se determinan los parámetros de solución de conflictos -como el que se analiza en la presente sentencia-

B- En el caso sometido a control constitucional, el tratamiento y la solución del conflicto o colisión entre, por un lado, los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, y por

otro, las libertades de expresión e información requerirá de un examen ponderado de los derechos, intereses y valores que están en juego, que permita, mediante las interpretaciones respectivas, fundamentar la necesidad de lograr un equilibrio entre el “ejercicio” de un derecho respecto del de otro u otros, viéndose todos los derechos afectados únicamente en su «ejercicio», mas no en su contenido esencial.

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

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

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

Para esta Sala, bajo ninguna circunstancia se podrá sacrificar, desconocer o anular el contenido esencial de un derecho para hacer prevalecer otro derecho fundamental. En todo caso, los derechos en conflicto deben ceder limitadamente en su “ejercicio” en la medida “estrictamente necesaria”, mediante la ponderación de la autoridad

judicial competente, que será la que en definitiva valore en cada caso concreto, entre otros factores: si la información que está en juego es o no de interés público o colectivo; si se trata o no de un funcionario o autoridad pública; si es o no una persona particular con vida pública o con vida privada sin ninguna relevancia pública; etc.

La CIDH ha manifestado que, “para que sean compatibles con la Convención las restricciones [a la libertad de expresión] deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo” (Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, párr.121)

Por otra parte, la CIDH ha sostenido que la prevalencia de alguno de estos derechos en determinado caso concreto dependerá de “la ponderación que se haga a través de un juicio de proporcionalidad. La solución del conflicto que se presenta entre ciertos derechos requiere el examen de cada caso, conforme a sus características y circunstancias, para apreciar la existencia e intensidad de los elementos en que se sustenta dicho juicio.”(Caso Kimel vs. Argentina, párr. 51). Dicha ponderación, para la Corte, se debe analizar tomando en cuenta: “i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario; y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.”(Caso Kimel vs. Argentina, párr. 84)

De igual forma, ha reconocido que “tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra, acogidos por la Convención, revisten suma importancia, por lo que ambos derechos deben ser

tutelados y coexistir de manera armoniosa. La Corte estima, al ser necesaria la garantía del ejercicio de ambos derechos, que la solución del conflicto requiere el examen caso por caso, conforme a sus características y circunstancias” (Caso Tristán Donoso vrs. Panamá, párr. 93)

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

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

VI. A continuación, se interpretarán algunos aspectos del art. 6 inc. 1° Cn. -disposición en tomo a la cual básicamente gira la impugnación- (1); y luego se hará lo mismo con el art. 191 del C. Pn., especialmente su inc. 1° -que es clave para entender las disposiciones impugnadas- (2).

1. El art. 2 inc. 2° Cn. consagra los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen -los cuales han sido desarrollados in extenso en el Considerando IV-; mientras que el art. 6 inc. 1° Cn. reconoce las libertades de expresión e información, tendencialmente conflictivas con aquéllos. Conviene hacer algunas precisiones adicionales sobre la disposición constitucional precitada.

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

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

C. a. La introducción del vocablo “delito” en el art. 6 inc. 1° Cn. y, consecuentemente, la “pena” en materia de libertad de expresión, no son creación del legislador sino del Constituyente. Esta situación ha acompañado toda nuestra historia, pues los Códigos Penales que han regido en El Salvador, han penalizado las conductas lesivas del honor, lo cual evidencia que nunca se ha considerado las libertades de expresión y de información como absolutas, sino sujetas a responsabilidades ulteriores. Desde luego, no se puede concebir la existencia de una conducta calificada de “delito” que se encuentre desprovista de una consecuencia jurídica, como la responsabilidad penal y civil.

Ahora bien, en la disposición constitucional analizada se establece que todas las personas que, al hacer uso de la libertad de expresión y difusión del pensamiento “infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan”. Dicho enunciado lingüístico

constituye un mandato expreso para el legislador que requiere actuaciones concretas, es decir, implica la creación y aplicación de sanciones penales para todas las personas, sin distinciones o privilegios, que realicen un ejercicio ilegítimo de los derechos establecidos en el art. 6 inc. 1° Cn. y que vulneren otros derechos por ella protegidos.

b. En virtud de lo anterior, debe tenerse en cuenta que, tal como se estableció en la Sentencia de 18-XII-2003. Inc. 23-2003, el legislador debe tener en cuenta que existe, en principio, todo un margen de libertad en relación con el procedimiento legislativo y con la determinación del contenido material de las normas infraconstitucionales, puesto que es un órgano auténticamente político que tiene la plena responsabilidad de sus actos; sin embargo, la Constitución puede limitarlos, dirigirlos y controlarlos.

En efecto, si bien ambos aspectos son plenamente integrantes de su competencia (el procedimiento y la determinación del contenido de las normas), no pueden quedar al pleno arbitrio de los representantes del pueblo; éstos encuentran su límite en la Constitución. Y es que la legislación debe mantenerse dentro del marco del orden constitucional, contra el cual no puede chocar ninguna norma jurídica.

Por tanto, mientras el legislador se mantenga dentro de los límites de su autoridad definida por la Constitución y dentro del contenido explícito o implícito de aquélla, sin violar el núcleo esencial de los derechos reconocidos o asegurados por dicha Ley Suprema, queda librado de cualquier consideración al respecto, pues en este supuesto rige su libertad de configuración reconocida también constitucionalmente.

c. Como se ha dicho, el art. 6 inc. 1° Cn. establece un mandato expreso dirigido al legislador, por lo que se considera que, si bien es cierto que la determinación de las conductas objeto de tipificación penal -como parte de la definición de la política criminal-, general-

mente, es un asunto propio de la configuración del legislador, en el caso en análisis tal competencia está sometida a límites, ya que, al regularse explícitamente que cualquier persona responderá penalmente al hacer uso ilegítimo de las libertades de expresión e información, desbordaría el marco de configuración legislativa la decisión política de omitir la penalización de aquellos comportamientos que, conforme a la Constitución, deben ser objeto de sanción penal.

Elo implica que el Constituyente estableció en el art. 6 inc. 1° frase 2a. in fine Cn. la protección penal para los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y familiar, lo que deriva en que dicho tipo de protección forma parte del derecho fundamental mismo y, por lo cual, el legislador debe tipificar penalmente las formas lesivas que afecten a dichos derechos, con el fin de garantizar y respetar su efectividad (Sentencia de 26-IX-2000, Inc. 24-47).

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

2. A. El art. 191 del C. Pn. constituye una “disposición común” al Título VI de dicho Código, que tipifica las conductas que atentan contra dos “bienes jurídicos- constitucionales siguiendo la terminología penal-: el derecho al honor y el derecho a la intimidad personal y familiar -art. 2 inc. 2° Cn.-. Aunque no lo menciona expresamente el epígrafe respectivo del código, también se protege el derecho a la propia imagen, consagrado en la disposición constitucional precitada. Pues bien, mientras que en los arts. 177 al 190 (excepto el 183) del C. Pn. se criminalizan un conjunto de comportamientos que vulneran los derechos fundamentales mencionados, en el art. 191

del C. Pn. se establecen ciertos supuestos en los cuales el sujeto activo no incurre en responsabilidad penal.

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

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

Por otro lado, la irresponsabilidad en cuestión se gradúa en función de aspectos subjetivas: (i) cuando el sujeto activo es un particular, incurre en responsabilidad si existe el ánimo al que se hizo antes referencia; (ii) cuando el sujeto activo es un periodista, no queda claro si incurre en responsabilidad penal o no cuando media aquél ánimo; y (iii) cuando el sujeto activo es el propietario de un medio, claramente no incurre en ningún caso en responsabilidad penal. En ese sentido, se va desde la responsabilidad penal de unos hasta la exclusión de todo tipo de responsabilidad de otros, con lo

cual puede decirse que establece ciertos privilegios por la calidad de los sujetos, cuya justificación habrá que determinar. Al respecto cabe que aclarar lo siguiente:

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

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

b. El art. 191 del C. Pn. no constituye, desde el punto de vista penal, una norma que establezca la descripción elaborada por el legislador de una conducta lesiva o peligrosa de los intereses de la sociedad cuya concreción trae aparejada una determinada consecuencia jurídico penal. Ello en virtud de que la estructura de aquél no la conforma la determinación de una conducta típica (descripción del aspecto externo de la conducta y de la voluntad consciente o no del sujeto), de los sujetos que intervienen (activo y pasivo), y de los objetos que afecta (la persona o cosa sobre la que recae la acción

y el bien jurídico objeto de protección). Sin embargo, dicha disposición sí se relaciona prima facie con todos los tipos penales relativos al honor, a la intimidad y a la propia imagen -arts. 177-190 C. Pn., excepto el 183-. Es decir, existe una relación de conexión entre normas, la cual se produce cuando la descripción que figura como contenido o como condición de aplicación de una de las normas sólo puede ser satisfecha si existe otra norma distinta.

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

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

Aunque existan comportamientos que, en principio, coinciden con los supuestos de hecho descritos como prohibidos (tipicidad), el legislador ha regulado en el art. 191 del C. Pn. que determinadas acciones, efectuadas por sujetos identificables en circunstancias específicas, no son contrarias a las prohibiciones establecidas en el ordenamiento jurídico y, consecuentemente, no existe una vulneración a los intereses vitales para la organización social o bienes jurídicos.

Tal exclusión de la antijuridicidad implica, desde el punto de vista del análisis formal de las normas, el establecimiento de una norma por la cual es inexistente una obligación o una prohibición

previa en las condiciones de aplicación descritas por la misma norma

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

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

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

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

Por otro lado, en virtud de que las opiniones desfavorables son emitidas en el ejercicio de la libertad de expresión, nos encontramos prima facie frente a un caso particular de la causa de justi-

ficación (de exclusión de la responsabilidad penal) que establece el art. 27 núm. 1 del C. Pn.: “Quien actúa u omite en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho o de una actividad lícita”.

No obstante, no nos encontramos en presencia de una causa de justificación, como el legislador sugiere, ya que las manifestaciones de ideas o pensamientos se efectúan dentro de los propios parámetros establecidos en el art. 6 Cn. y en las demás leyes (el Código Penal, en este caso) para el ejercicio de las libertades de expresión e información- Ello en virtud de que las causas de justificación, además de impedir que se imponga una pena al autor de un hecho típico, convierten ese hecho en lícito, con las consecuencias que ello comporta. Por el contrario, las opiniones desfavorables se emiten en cumplimiento y ejercicio de un derecho fundamental, constituyendo acciones legítimas que no implican un hecho típico punible. Consecuentemente, podría decirse que los supuestos establecidos en el inc. 1° del art. 191 del C. Pn. no se encuentran amparados por una causa de justificación, y que en el mismo lo que se dispone es un límite al ejercicio de la libertad de expresión: “siempre que en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen de una persona”.

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

De esa manera, es posible concluir que el inc. 1° del art. 191 del C. Pn. implica un desarrollo legislativo de las libertades de expresión e información establecidas en el art. 6 inc. 1° Cn., confirmando la libre manifestación de ideas o pensamientos, favorables o desfavorables, pero los cuales no pueden subvertir el orden público ni lesionar la moral, el honor o la vida privada de los demás, pudiendo incurrir en delito quien lo haga. Sin que ello implique un uso abusivo del Derecho Penal pues, tal como lo ha sostenido la CIDH (Caso Tristán Donoso vrs. Panamá, párr. 119): “En una sociedad democrática el poder punitivo -del Estado- sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado.” Tal criterio jurisprudencial es compartido por esta Sala.

VII. Tomando en cuenta todo lo anterior, corresponde examinar la confrontación internormativa sometida en esta oportunidad a conocimiento y decisión de este Tribunal

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

Los puntos de la pretensión se analizarán en el siguiente orden: (1) la supuesta violación del art. 191 inc. 2° del C. Pn. a los

arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, 6 inc. 1°, y 144 inc. 2° Cn. (en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del PIDCP, y I1, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la CADH); y (2) la supuesta violación del art. 191 inc. 3° del C. Pn. a las mismas disposiciones constitucionales.

I. Violación a los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1° y 6 inc. 1° Cn. por parte del art. 191 inc. 2° del C. Pn.

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

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

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

Pero para la CIDH (Caso Usón Ramírez vrs. Venezuela, párr. 74): “La necesidad de utilizar la vía penal para imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio del derecho a la libertad de expresión se debe analizar con especial cautela y dependerá de las particularidades de cada caso. Para ello, se deberá considerar el bien que se pretende tutelar, la extrema gravedad de la conducta desplegada

por el emisor de aquéllas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado, las características de la persona cuyo honor o reputación se pretende salvaguardar, el medio por el cual se pretendió causar el daño y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación”.

Asimismo, considera que “la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de tener juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. En principio, la verdad o falsedad se predica sólo respecto a hechos. De allí que no puede ser sometida a requisitos de veracidad la prueba respecto de juicios de valor.” (Caso Kimel vrs. Argentina, párr. 93).

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

También podría operar otro tipo de responsabilidad legal, como la responsabilidad civil, según sea el caso, o exigirse una rectificación o respuesta como contempla el art. 6 inc. 5° Cn.

El derecho de respuesta -de declaración o de rectificación- constituye un derecho fundamental y una acción que tiene toda persona ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social por alguna información desarrollada en él, a

demandar que su declaración o rectificación sea difundida en forma análoga por dicho medio de comunicación social, con el objeto de prevenir o evitar un perjuicio que una información considerada inexacta, agravante u ofensiva pueda irrogarle en su honor o intimidad u otro derecho o interés legítimo.

Este derecho de respuesta permite a la persona afectada dar su propia versión frente a una información difundida por el medio de comunicación social que fuere inexacta, agravante u ofensiva. En ese sentido, se considera que el derecho en análisis opera aunque el medio de comunicación social que difundió la información inexacta o agravante no haya actuado con culpa o dolo -en este último caso, el medio, además de otorgar el derecho de respuesta o rectificación, deberá asumir más eventuales responsabilidades penales y civiles que el afectado puede activar, conforme a la ley-

Consecuentemente, el derecho de respuesta permite que el público expuesto a la información considerada inexacta, agravante u ofensiva, pueda conocer a instancias de la persona afectada su propia versión de los hechos, como versión diferente que permita al público formarse su propio juicio sobre la materia -correcta formación de la opinión pública-, pues constituye la presentación de otra perspectiva de los hechos o actos informados de parte de personas aludidas en ellos, las que se consideran afectadas por el enfoque que se juzga distorsionado, parcial, erróneo o injusto de la información transmitida por el medio de comunicación social, asegurándose también el honor y la intimidad posiblemente afectada de las personas injustamente aludidas.

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

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

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

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

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

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

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

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

En todo caso, debe recordarse que el “derecho de información” -como le llama el inc. 2° implica la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, tanto por

las personas que ejercen el periodismo -para quienes también se constituye en un deber- como por los particulares. No obstante, debe tenerse en cuenta que “La función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar [tanto por periodistas como por particulares] no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas” (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, de 15-V-1986, Caso Campillay, Julio C. contra La Razón y otros).

Es cierto que las informaciones falsas, parciales o manipuladas no corresponden al ejercicio de un derecho sino a la violación del mismo: y además, debe tenerse en cuenta que “[l]os actos de deformar, magnificar, minimizar, descontextualizar o tergiversar un hecho puede desembocar en la inexactitud de la información al hacer que la apariencia sea tomada como realidad y la opinión como verdad, ocasionando con ello un daño a los derechos fundamentales de un tercero” (Corte Constitucional de Colombia [Sala Tercera de Revisión], Sentencia T-626-07, de 15 de agosto de 2007).

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

C. Entonces, aparentemente el inc. 2° de la disposición impugnada exonera de responsabilidad penal a los periodistas en cualquier supuesto, siempre y cuando se encuentren en el ejercicio de su profesión, la cual tiene por objeto, o bien la emisión de una opinión, o bien la de informar. Ello parece prima facie razonable,

pues -como antes se ha apuntado- la función periodística en general, además de su valor estético (dibujos, fotografías, etc.), sirve para informar a la población, con lo que no sólo satisface el derecho de los ciudadanos a estar enterados de su entorno -permitiéndoles ello conocer la realidad y tomar decisiones de la más variada índole-, sino que les permite participar en el debate político reflexivamente. El periodismo, por ello, fomenta el principio del pluralismo e incide indirectamente en el control de los funcionarios públicos. En ese sentido, no sólo es normal que se proteja la función periodística, sino que es una obligación constitucional hacerlo, pues si ella se viera constantemente amenazada de persecución penal, perdería en la práctica su genuina naturaleza de libertad y no podría cumplir adecuadamente la función a la que está llamada, con lo cual la afectada sería la sociedad.

Los medios de comunicación y los periodistas en general cumplen, en consecuencia una función social determinante para la vida en democracia. La CIDH (Caso Ivcher Bronstein vrs. Perú, párrs. 143 y 149), a este respecto ha afirmado que: “La prensa, en una sociedad democrática, tiene el derecho de informar libremente y criticar al Gobierno, así como el pueblo tiene el derecho de ser informado de lo que ocurre en la comunidad”: y ha destacado el papel que juegan los medios de comunicación en una sociedad democrática, “cuando son verdaderos instrumentos de la libertad de expresión y no vehículos para restringirla, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones.” En conclusión, pues, las libertades de expresión y de información -derechos que dan sustento constitucional a la función periodística (la primera a las opiniones y la segunda a las noticias)-, como los demás derechos fundamentales de la Constitución salvadoreña, no son absolutos, sino que, por el contrario, están sometidas a límites y restricciones en su ejercicio.

Por otro lado, conviene recalcar que las libertades de expresión e información representan casos en los que el Constituyente establece de modo expreso ciertos límites específicos a su ejercicio: el orden público, la moral, el honor y la vida privada de los demás. Los dos últimos se corresponden con los derechos fundamentales estatuidos en el art. 2 inc. 2° Cn. Pero, además, el art. 6 inc. 1° Cn. establece que “los que haciendo uso [de la libertad de expresión y sus manifestaciones] infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan”. Esto significa que ya la Constitución ordena un medio específico para proteger los derechos fundamentales que por antonomasia se ven afectados por el ejercicio abusivo o ilegítimo de la libertad de expresión: la sanción penal- En ese sentido, se advierte una preocupación especial del Constituyente por proteger los derechos personalísimos del individuo, ya que éstos cumplen un papel instrumental para la libre construcción y establecimiento de relaciones y vínculos sociales. Por supuesto, la consecuencia jurídica aludida siempre deberá constituir la ultima ratio del Estado, en virtud precisamente de otro derecho: la libertad personal de los individuos –art. 2 inc. 1° Cn.-.

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

Pues bien, como antes se ha expresado, el inc. 2° del art. 191 del C. Pn. no era claro en cuanto a si excluía o no la responsabilidad penal de los periodistas en caso de que exista un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad- Sin embargo, ello

conduciría a un resultado inconstitucional: que los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen quedarían completamente desprotegidos frente al ejercicio del periodismo desde el punto de vista penal. Y ello es irrazonable, puesto que tales derechos se ven especialmente amenazados y la violación -en caso de consumarse- se refuerza cuando la ofensa o los datos que se quieren resguardar se publicitan.

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

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

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

En consecuencia, el art. 191 del C. Pn. debe ser analizado e interpretado en su conjunto por la interrelación directa que tienen sus disposiciones. En tal sentido, y aún cuando el legislador omitió

en el inc. 2° hacer alusión explícita a la exigencia del elemento especial del tipo subjetivo como presupuesto para aplicar o no la exclusión de delitos, este inciso debe interpretarse de tal forma que permita aplicar la excluyente de responsabilidad a los periodistas cuando emitan juicios desfavorables contra una persona particular o un funcionario público, “siempre que en el modo de proceder no demuestren un propósito calumnioso, injurioso o de ataque a la intimidad a la propia imagen de una persona”.

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

Cabe mencionar que el art. 180 del C. Pn., que contempla la pena accesoria de inhabilitación especial para los profesionales o personas dedicadas a la función informativa, en verdad no descarta la posibilidad de que los mismos tengan responsabilidad penal. Al contrario, dicha disposición refuerza, desde el punto de vista legal, la afirmación de que, ni los profesionales del periodismo, ni las personas dedicadas al ejercicio de la función informativa, pueden quedar al margen de la persecución penal.

Por lo tanto, para que el inc. 2° guarde armonía y coherencia con la Constitución, debe interpretarse de tal manera que no dé lugar a una aplicación diferenciada de la ley penal en cuanto a los beneficios de la exclusión de responsabilidades penales, ya que,

de lo contrario, estaríamos frente a una disposición inconstitucional, lesiva de los arts. 2 inc. 2° 3 inc. 1° y 6 inc. 1° Cn.

En definitiva, pues, el ejercicio de las libertades de expresión e información, independientemente de quien las ejerza, no es merecedor de protección constitucional ni legal cuando lo mueve el ánimo de menoscabar el honor, la intimidad o la propia imagen de otros. Ello porque en tales casos se estaría en presencia: o bien de un ejercicio abusivo de las libertades de expresión o información por parte de los particulares, en el sentido de hacer un empleo excesivo del derecho, con daño para terceros y sin beneficio propio; o bien de un ejercicio, además de abusivo, ilegítimo de las libertades de expresión e información por parte de los periodistas, en el sentido de utilizar el derecho de informar con un propósito diferente de aquél para el que está concebido.

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

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

Por las razones anteriores, se concluye que el art. 191 inc. 2° del C. Pn., tal como se ha interpretado, no viola los arts. 2 inc.

2°, 3 inc. 1 ° 6 inc. 1° y 144 inc. 2° (en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a “ PIDCP, y 11, 13 párrafo 2 letra “a “ y 14 párrafo 3 CÁDH), todos de la Cn., y así deberá declararse en esta sentencia. D. Ahora bien, así entendido, el inc. 2° del art. 191 del C. Pn. pierde parte de su sentido si la verdadera intención del legislador penal era la de excluir de toda responsabilidad a los periodistas, pues los supuestos de los incs. 1° y 2°, tal como esta Sala los ha interpretado, reciben la misma consecuencia jurídica. Sin embargo, el juez penal siempre, ante un caso concreto, deberá ponderar cuál de los derechos en conflicto, dadas las circunstancias concretas, debe prevalecer en su ejercicio. Para ello el ordenamiento jurídico no le puede brindar una solución en abstracto y a priori, sino que el juez deberá tener en cuenta: el contenido constitucional de los derechos en juego, su configuración legal, los criterios generales y específicos establecidos por la jurisprudencia y las circunstancias del caso concreto (Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 14/2003, de 28 de enero).

Así, por un lado, cuando el periodista ejerce la libertad de expresión puede entrar en conflicto con el ejercicio igualmente legítimo del derecho al honor por parte de los demás. Para resolver esta colisión el juez los debe ponderar en el caso concreto, teniendo en cuenta la relevancia pública de la materia tratada- Esto se traduce en que, si bien el periodista puede hacer críticas durísimas, está impedido de proferir insultos porque éstos rebasan el tema tratado y, en ese sentido, no contribuyen a la formación de una opinión pública libre. Se trata, por ello, de ataques innecesarios, ajenos a la función periodística, que, por ende, ésta no puede justificar.

Respecto al anterior tipo de conflictos, cabe precisar que, ante un ataque al honor, no es lo mismo que el sujeto pasivo sea un particular a que sea un funcionario público. Este último goza respecto a ese derecho, de un ámbito de protección menor que los particulares: quien llega a un cargo público se expone a un escrutinio público y

eso implica que los ciudadanos pueden válidamente criticar, cuestionar o burlarse abiertamente de la gestión de un funcionario. Esa situación de vulnerabilidad no la tienen las personas particulares, porque la mayor parte de su vida carece de trascendencia pública. Las posibilidades de que un funcionario público sea objeto de críticas o juicios desfavorables son superiores a las de los particulares. Lo anterior no significa, desde luego, que el funcionario público quede totalmente desprotegido, pues a él lo acompaña el derecho constitucional a disfrutar de su vida privada individual y familiar sin intromisiones indebidas, como tampoco significa que las actuaciones de los particulares carezcan totalmente de trascendencia pública

A este respecto, la CIDH ha expresado que: “Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público” (Caso Herrera Ulloa vrs. Costa Rica, párr. 129).

También ha expresado que: “En la arena del debate sobre temas de alto interés público, no sólo se protege la emisión de expresiones inofensivas o bien recibidas por la opinión pública sino también la de aquellas que chocan, irritan o inquietan a los funcionarios públicos o a un sector cualquiera de la población. En una sociedad democrática, la prensa debe informar ampliamente sobre cuestiones de interés público, que afectan bienes sociales, y los funcionarios rendir cuentas de su actuación en el ejercicio de sus tareas públicas” (Caso Kimel vrs. Argentina, párr. 88).

Asimismo, el TEDH ha afirmado que “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos de [la sociedad democrática], una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del artículo 102 [del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

Fundamentales] es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existen una “sociedad democrática” (caso Handvside, Sentencia 1976/6, de 7 de diciembre, párr. 49).

Por otro lado, también cuando el profesional del periodismo ejerce la libertad de información puede entrar en conflicto con el ejercicio del derecho al honor. Para solucionar esta colisión el juzgador deberá atender a la relevancia pública de la materia tratada (lo que le impide insultar) y a su veracidad. En este sentido, la manifestación deliberada de datos falsos (o la falta de diligencia para corroborar su verdad o falsedad) no contribuye a informar, sino todo lo contrario: desinforma y contamina la opinión pública. Por ello carece de protección constitucional.

Finalmente, la libertad de información puede entrar en conflicto con los derechos a la intimidad y a la propia imagen. En la solución de estas colisiones la veracidad ya no es un elemento a tener en cuenta en la ponderación. En cambio, si debe el juzgador considerar, por un lado, el interés público de la información (que deberá ser muy intenso), y por otro, el consentimiento (expreso o tácito) del afectado.

Y, en definitiva, puede afirmarse que los jueces penales también, al momento de conocer de casos concretos, deben tomar en cuenta la función social de los periodistas, la de contribuir a la formación de una opinión pública libre; lo que se convierte en una carga argumentativa a su favor en la ponderación. En cambio, los particulares, quienes no se dedican al periodismo, en principio no podrían invocar la relevancia pública de la información.

2. Violación a los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, 6 inc. 1°, y 144 inc. 2° Cn., (en relación con los arts. 17 y 19 párr. 3 letra «a» del PIDCP

y 11, 13 párr. 2 letra “a” y 14 párr. 3 de la CADH) por parte del art. 191 inc. 3° del C. Pn.

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

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

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

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

a. Su responsabilidad social, ya que- de manera general., “los medios de comunicación gozan de libertad y autonomía para

expresar y comunicar en forma veraz e imparcial la información, pero deben hacerlo de manera responsable, de forma que no se vulneren o amenacen los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco del Estado Social de Derecho. Dicha responsabilidad consiste en asumir el compromiso social de divulgar las informaciones para el bien de la colectividad, de manera que no se atente contra los derechos de los asociados, el orden público y el interés general. La responsabilidad de los medios surge desde el momento mismo en que se inicia el proceso de obtención, preparación, producción y emisión de la información, durante el cual los principios de la imparcialidad y la veracidad deben prevalecer, en orden a garantizar los derechos fundamentales de las personas, sin que por ello se desconozca el derecho de aquellos de informar libremente, pero siempre dentro de los límites del bien común, del orden justo y del respeto de la dignidad y de los demás derechos de las personas” (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia. T-09400, del 2 de febrero de 2000).

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

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

c. La posibilidad de aplicación del art. 38 inc. 1° del C. Pn. -máxime cuando no se ha justificado la exclusión de responsabilidad penal-, el cual establece lo siguiente: “Actuar por otro. El que actuare como directivo o administrador de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cuali-

dades o relaciones que la correspondiente figura del delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, cuando tales circunstancias se dieren en la persona en cuyo nombre o representación obrare”.

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

B. Para determinar si el art. 191 inc. 3° del C. Pn. otorga un tratamiento privilegiado a los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del programa, al excluirlos de toda responsabilidad penal por la publicación o difusión de opiniones desfavorables, es necesario realizar un análisis constitucional del principio de igualdad.

a. La Constitución salvadoreña ha determinado en su art. 3 inc. 1° que todas las personas son iguales ante la ley. Jurisprudencialmente ha interpretado esta Sala que la igualdad tiene dos dimensiones: una objetiva, como principio constitucional de igualdad; y otra subjetiva, como derecho fundamental a la igualdad.

Ambas dimensiones de la igualdad -el principio y el derecho- operan en dos niveles distintos: la igualdad ante la ley, que tiene eficacia vinculante en la aplicación de la ley y en las relaciones entre particulares; y la igualdad en la ley, por la que el legislador está obligado a configurar el sistema normativo de manera que, ante supuestos de hecho idénticos o similares, se determine la misma consecuencia jurídica, o que, ante supuestos de hecho diferentes, se atribuyan diferentes consecuencias (Sentencia de 24-X-99, Inc. 3-95; y Sentencia de 6-VI-2008, amp. 257-2007).

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

El principio de igualdad en la ley carece de un contenido material propio, es decir, no protege ningún ámbito concreto de actividad de los ciudadanos. Es un mandato dirigido al legislador, quien está obligado a respetarlo en el momento en que regula situaciones jurídicas de distintos grupos, en el sentido de prever las mismas consecuencias para supuestos de hecho con equivalentes características o prever distintas consecuencias para supuestos de hecho dispares.

Dada la indeterminación estructural del principio de igualdad en la configuración de la ley, es la jurisdicción constitucional la que debe determinar el contenido del art. 3 Cn, a fin de concretar los parámetros bajo los cuales se someten a control de constitucionalidad las disposiciones infraconstitucionales o los actos de autoridad, cuando exista alegación de vulneración al principio de igualdad.

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

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

El fundamento de la diferenciación que realiza el legislador en la regulación de las situaciones en que se encuentran dos o más sectores de la sociedad, debe permitir el análisis jurídico del principio de igualdad; concretamente, el control de la diferenciación normativo debe partir de la propia Constitución. Así, se dejan de lado determinados juicios valorativos u otro tipo de consideraciones que podrían haberse tomado en cuenta para justificar la diferenciación. Lo anterior no significa que los criterios de diferenciación deban establecerse explícitamente en la Constitución, sino que al menos su justificación sea constitucionalmente legítima, es decir, que no está prohibida definitivamente por la Constitución.

Con la finalidad de determinar el carácter igualitario o discriminatorio de un régimen normativo respecto a otro es que se realiza el juicio de igualdad. Dentro de éste se considera el juicio de razonabilidad de las medidas legislativas. La función de este juicio es la de determinar si la clasificación que el legislador hace de determinadas situaciones jurídicas, respecto a las consecuencias previstas, evidencia diferencias relevantes en cuanto a su fundamento y, por tanto, la norma correspondiente es constitucional.

Así, el juicio de razonabilidad de la clasificación normativa trata en síntesis de determinar si, con base en la razón de ser de dicha categorización (es decir, su fundamento), la situación jurídica impugnada admite distintas consecuencias jurídicas. Esto debido a que el principio de igualdad implica la prohibición de establecer diferenciaciones o equiparaciones arbitrarias entre situaciones que carezcan o posean -según el caso- disimilitudes relevantes, partiendo del fundamento que sea perceptible en la disposición.

Una categorización se convierte en irrazonable y, por ende, en inconstitucional cuando los parámetros bajo los cuales se realizó la clasificación normativa de determinadas situaciones, carecen de un fundamento racional proveniente de la naturaleza de los sujetos, objetos o situaciones. También la clasificación será inconstitucional

cuando es inadecuada, innecesaria o desproporcionada respecto a un derecho fundamental.

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

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

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

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

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

Como ya se manifestó, el desarrollo de las libertades de expresión e información contenido en el art. 191 inc. 3° del C. Pn., que se concreta en una despenalización absoluta para ciertos sujetos, se ha intentado justificar legislativamente en que así supuestamente se protegen aquéllos derechos. Sin embargo, ese desarrollo legal de los derechos fundamentales mencionados necesariamente debe estar *limitado* por la protección que el mismo legislador debe otorgar a otros derechos constitucionales, específicamente, a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen -art. 2 inc. 2°, y 6 inc. 1° Cn., en caso de colisión entre unos y otros.

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

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

En esa línea, *el Constituyente salvadoreño creyó necesario proteger mediante el Derecho Penal los ataques más graves al honor y a la intimidad personal y familiar (art. 6 inc. 1ª frase 2ª in*

fine Cn.). Esto obligaría a preguntarse si la despenalización de determinadas conductas potencialmente lesivas de esos derechos es conforme con la protección que ex Constitutione se espera del legislador ordinario.

Debe en este punto de la argumentación recordarse que una disposición de derecho fundamental puede contener distintas normas y, por ende, distintos derechos, y que cada derecho es un haz de modalidades jurídicas activas. Acorde con ello, el art. 2 inc. 2° Cn. genera distintas modalidades activas.

Consecuentemente, aunque los derechos mencionados son considerados clásicos *derechos de libertad*, nada más alejado de la realidad que sólo adopten esa específica modalidad activa. Y es que está ampliamente superada la concepción ideológica que identificaba los derechos fundamentales con las libertades. La realidad jurídica y la teoría admiten hoy día que todo derecho fundamental ubica a su titular en distintas posiciones: unas, por ejemplo, para exigirle al Estado una prestación; otras para exigirle al mismo Estado y a los particulares que no obstaculicen el ejercicio del derecho; otras para producir efectos jurídicos respecto al Estado o a los particulares, etc.

Desde la perspectiva del Estado, todo derecho fundamental, puede generar uno o varios de los siguientes tipos de obligaciones: (i) de respetar -no violar los derechos por acción u omisión-; (ii) de proteger -velar porque los particulares no violen los derechos-; (iii) de garantizar -adoptar medidas en caso de que la persona sea incapaz de satisfacer el derecho por sí misma-; y (iv) de promover -adoptar medidas de largo alcance con el fin de fortalecer el derecho. Partiendo de lo anterior, se infiere que los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar, incluyen un *derecho a protección penal* adscrito al art. 6 inc. 1° frase 2ª in fine Cn. Por el contrario, el órgano Legislativo, sin perjuicio de darle algún cumplimiento a este derecho, ha adscrito al art. 6 inc. 1° frase 1° Cn. un supuesto derecho de los

propietarios de los medios de comunicación social a publicar y a difundir crítica política, etc. y conceptos desfavorables, sin que en ningún caso (o sea, ni siquiera cuando exista un propósito calumnioso o injurioso o de ataque a la intimidad o a la propia imagen) incurran en responsabilidad penal; una suerte de derecho absoluto (al menos en su colisión con ciertos derechos).

Cabe aquí recordar lo dicho respecto a las ponderaciones del órgano Legislativo: son admisibles siempre y cuando respeten el principio de proporcionalidad -art. 246 inc. 1° Cn.-. Éste tiene dos vertientes: la prohibición de exceso y la prohibición de protección deficiente. Nos interesa en esta oportunidad referimos a la segunda. Podemos definir la prohibición de protección deficiente (del alemán “Untermaßverbot”, Tribunal Constitucional Federal Alemán. Caso Aborto II, BVerfGE, 88, 203, 254), como un criterio de interpretación iusfundamental, con cuya aplicación puede determinarse si un acto estatal vulnera el derecho fundamental a la protección jurisdiccional y no jurisdiccional. Se parte, pues, de que el legislador debe garantizar éste en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades jurídicas y fácticas. No cumpliría el legislador dicho mandato cuando las medidas que haya adoptado fueran insuficientes para alcanzar una protección adecuada y eficaz del derecho a recibir protección.

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

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

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

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

Habiendo determinado, entonces, que la medida legislativa que contiene el art. 191 inc. 3° del C. Pn. (la exclusión absoluta de responsabilidad penal para una categoría de sujetos) no es idónea para fomentar el fin que con la misma se persigue (garantizar las libertades de expresión e información), se concluye que la diferenciación que aquélla implica, con la consiguiente desprotección para los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen -art. 2 inc. 2° Cn.-, es desproporcionada a la luz del art. 6 inc. 1° Cn. y, por tanto, viola el principio de igualdad en la formulación de la ley -art. 3 inc. 1° Cn. . Por lo que así deberá declararse en esta sentencia.

C. Por último, el demandante alegó que el art. 191 inc. 3° del C. Pn., en la medida en que es contrario a los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra "a" del PIDCP y 11, 13 párrafo 2 letra "a" y 14 párrafo 3 de la CADH, viola por acción refleja el criterio de ordenación de las fuentes

del Derecho salvadoreño establecido en el art. 144 inc. 2° Cn., en cuya virtud las leyes internas no pueden contradecir el contenido de los tratados internacionales, a lo que esta Sala también le ha llamado “fuerza pasiva” de los tratados internacionales (Sentencia de 1-IV-2004, Inc. 52-2003, Considerando V 3).

El art. 17 del PIDCP consagra los derechos a la vida privada y familiar (párr. 1), a la honra y reputación (párr. 1) y a la protección legal contra las injerencias o ataques a los mismos (párr. 2). El Comité de Derechos Humanos en su Observación General n° 16 (Artículo 17 Derecho a la intimidad) sostuvo que “Las obligaciones impuestas por este artículo exigen que el Estado adopte medidas legislativas y de otra índole para hacer efectivas la prohibición de esas injerencias y ataques y la protección de este derecho” (párr. 1). Además, manifestó que “El artículo 17 garantiza la protección de la honra y la reputación de las personas, y los Estados tienen la obligación de sancionar legislación apropiada a ese efecto. También se deben proporcionar medios para que toda persona pueda protegerse eficazmente contra los ataques ilegales que puedan producirse y para que pueda disponer de un recurso eficaz contra los responsables de esos ataques” (párr. 11).

Por su parte, el art. 19 párr. 3 letra “a” del PIDCP establece que el ejercicio de la libertad de expresión y de información entraña deberes y responsabilidades especiales, por lo que puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General n° 10 (-Artículo 19 Libertad de opinión) afirmó que “es el equilibrio entre el principio de la libertad de expresión y esas limitaciones y restricciones lo que determina el ámbito real del derecho de la persona” (párr. 3). Agregó que “el párrafo 3 [del art. 19 del PIDCP] subraya expresamente que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión

entraña deberes y responsabilidades especiales y por esta razón se permiten ciertas restricciones del derecho en interés de terceros o de la comunidad en su conjunto”.

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

En cuanto a las restricciones y a las responsabilidades ulteriores que implica el ejercicio de la libertad de expresión, la CIDH ha expresado que: “el artículo 13.2 de la Convención prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de pensamiento y de expresión a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Las causales de responsabilidad ulterior deben estar expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley, ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o ‘la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas’, y no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa” (Caso Palamara vrs. Chile, párr. 79).

Teniendo en cuenta las disposiciones internacionales citadas, así como los precedentes y jurisprudencia de los órganos respec-

tivos, se concluye que en los *sistemas universal e interamericano de derechos humanos los derechos al honor e intimidad, en un extremo, y la libertad de expresión y de información, en el otro, se encuentran recíprocamente limitados, debiéndose garantizar legalmente la protección de ambos, por lo que es en los casos concretas donde se debe establecer qué derecho prevalecerá en determinadas condiciones, en cuanto a su ejercicio práctico.*

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

Por las razones anteriores, se concluye que *el art. 191 inc. 3° del C. Pn. viola por acción refleja el art. 144 inc. 2° Cn. (en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del PIDCP y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la CADH1, y así deberá declararse en esta sentencia.*

VIII. Habiéndose determinado que el inc. 2° del art. 191 del C. Pn. no es inconstitucional, por admitir una interpretación conforme con la Constitución, y que el inc. 3° de dicha disposición sí es inconstitucional, deben hacerse las siguientes aclaraciones:

1. A. La interpretación realizada por esta Sala del inc. 2° del art. 191 del C. Pn., según la cual es posible que las personas que ejercen el periodismo, al igual que quienes no lo ejercen (inc. 1° del art. 191 C. Pn.), incurran responsabilidad penal cuando actúan con un ánimo calumnioso, difamante o de ataque a la intimidad o a la

propia imagen, no implica el establecimiento de un nuevo tipo penal especial, en virtud del cual la actividad periodística sea penalizada. Ello en virtud de que, mediante la interpretación efectuada, se ha determinado su sentido y ámbito de aplicación, el cual, si bien puede diferir del que en la práctica le han dado los operadores jurídicos, no implica la creación de una norma distinta a la previamente establecida y hoy dotada de significado. En ese sentido, al determinarse que las personas que ejercen el periodismo pueden responder penalmente, se hace alusión a la posibilidad de que se les impute la comisión de delitos previamente establecidas por el legislador, siempre y cuando concurren los elementos necesarios para ello.

B. Así las cosas, frente a las imputaciones que se efectúen en contra de las personas que ejercen el periodismo, de conformidad con lo establecido en el art. 183 del C. Pn., es posible que se excluya de responsabilidad penal al probarse los hechos o situaciones que se han atribuido, es decir, haciendo uso de la prueba de la veracidad (*exceptio veritatis*). Esta implica que la conducta penal contra el derecho al honor se considera atípica cuando la imputación materia de inculpación ha sido probada y, por tanto, es verdadera. En ese sentido, cuando la atribución de determinado hecho punible o de una conducta sea falsa, lo que el acusado debe probar es la certeza procesalmente válida del hecho o conducta atribuida, ya que su prueba objetiva permitirá que la conducta se repute atípica por inexistencia de falsedad. Asimismo, el sujeto imputado puede demostrar que verificó la fiabilidad de la información, lo que también generará la atipicidad de la conducta debido a la existencia de una veracidad objetiva (Tribunal Constitucional Español. STC 126/2003 de 30 de junio)

Lo anterior tiene sustento en que, al corroborarse la veracidad del hecho o conducta atribuida, no habría una afectación al derecho al honor. Ello porque derechos como éste “se esculpen por el titular y si existen pruebas que demuestren un comportamiento digno de

punición por parte del Derecho penal, no habría un daño contra [...1 una reputación, un reconocimiento social que él mismo ha destruido ante los demás miembros de la sociedad con su comportamiento” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-417/09 de 26-VI-2009)

2. En cuanto a la declaratoria de inconstitucionalidad del inc. 3° del art. 191 del C. Pn., por vulneración a los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, 6 inc. 1° y 144 inc. 2° Cn., la misma obviamente conlleva la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma respectiva.

En virtud de ello, los sujetos a los que la disposición invalidada excluía de manera absoluta de responsabilidad penal (los propietarios, directores, editores, gerentes del medio de comunicación social o encargados del programa), al igual que cualquier persona, deberán responder penalmente por la vulneración a los derechos fundamentales de los demás, al cometer cualquiera de los tipos penales previamente establecidos por el legislador.

Lo anterior implica que la expulsión del ordenamiento jurídico del inciso declarado inconstitucional no genera un vacío normativo. En efecto, pudiera pensarse que los sujetos en él mencionados no poseen una regulación penal específica que les prohíba emitir opiniones o informaciones lesivas a los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Por el contrario, debe tenerse en cuenta que los tipos penales que regulan los delitos, por ejemplo, de calumnia y de difamación, son delitos susceptibles de aplicarse a cualquier persona; ahora bien, tal como lo ha afirmado la CIDH al referirse al principio de legalidad penal, “la tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa;” lo cual implica “una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales’ (Caso Kimel vis. Argentina, párrs. 77 y 63).

En consecuencia, cualquier persona, incluidos los sujetos que eran excluidos de responsabilidad penal en el inc. 3° del art. 191 del C. Pn., puede ser sometida a una sanción penal cuando la conducta reprochable se adecúe a los tipos regulados en la legislación penal. Y es que -como reiteradamente se ha señalado- el art. 6 inc. 1° frase 2° in fine del C. Pn., establece claramente que cualquier persona deberá responder por los delitos cometidos, no estableciendo ninguna exclusión que permita concluir que cierto grupo de personas no responderán penalmente por las conductas que vulneren los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Por tanto.

Con base en las razones expuestas, jurisprudencia constitucional citada y artículos 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, 6 inc. 1° y 144 inciso 2° de la Constitución; y arts. 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala.

Falla: 1. Declárase que no existe la supuesta inconstitucionalidad del segundo inciso del art. 191 del Código Penal, emitido mediante el Decreto Legislativo n° 1030, de 26-IV-1997, publicado en el Diario Oficial n° 105, tomo n° 335, de 10-VI-1997, y reformado mediante el Decreto Legislativo n° 499, de 28-X-2004, publicado en el D. O. n° 217, tomo n° 365, de 22-XI-2004, consistente en la violación a los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, 6 inc. 1°, y 144 inc. 2° de la Constitución, en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y arts. 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que dicho inciso admite una interpretación conforme con la Constitución- según lo expuesto en el Considerando VII de esta Sentencia.

2. Declárase que el tercer inciso del art. 191 del Código Penal, emitido y reformado por los Decretos Legislativos antes mencionados, es *inconstitucional*, por violar los arts. 2 inc. 2°, 3 inc. 1°, 6

inc. 1°, y 144 inc. 2° de la Constitución, en relación con los arts. 17 y 19 párrafo 3 letra “a” del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- y 11, 13 párrafo 2 letra “a” y 14 párrafo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que la diferenciación que formula dicho inciso, con la consiguiente desprotección para los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, es desproporcionada y, por tanto, viola el principio de igualdad en la formulación de la ley.

3. Notifíquese la presente resolución a todos los intervinientes.

4. Publíquese esta Sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial.

VOTO DISCORDANTE DEL MAGISTRADO JOSÉ NÉSTOR MAURICIO CASTANEDA SOTO. Discrepo con la mayoría del tribunal respecto a la inconstitucionalidad del inc. 3° del art. 191 C. Pn., por las razones siguientes:

La premisa de la que se parte para determinar la compatibilidad del art. 191 inc. 3° C. Pn., con los arts., 2 inc. 2°, 3 inc. 1° 6 inc. 1° y 144 inc. 2 Cn. es que dicha disposición penal “... hace referencia expresa a los supuestos establecidos en los dos incisos previos, pero, a diferencia de estos (sic), contempla una categoría de sujetos que no incurrirán en ningún tipo de responsabilidad penal [...] realiza una exclusión de responsabilidad penal absoluta en abstracto, sin, permitir el contraste y análisis de las circunstancias particulares de cada caso concreto [...] dejando sin efecto los límites a las libertades de expresión e información n establecidos en el art. 6 inc. 1° Cn. y desarrollados en el art 191 incs 1° y del C. Pn. [...] una suerte de derecho absoluto...”. Creo que esta premisa es equivocada y que este error inicial de Juicio infecta de un vicio lógico (falacia de la premisa falsa) las sucesivas consideraciones realizadas en la sentencia.

La sentencia comienza por reconocer en el art 191 inc. 3° C. Pn. «...hace referencia expresa a los supuestos establecidos en los dos incisos previos» e inmediatamente después afirma que el inc. 3° incorpora una distinción sobre la responsabilidad penal de los sujetos normativos aludidos en dicho inciso. Es decir que a pesar de la relevancia y la complejidad del asunto examinado y de la exacerbada demostración -casi alarde- de erudita capacidad analítica realizada en los apartados previos de la sentencia, en este punto, al establecer el carácter y el contenido normativo del inc. 3° se pasa con ligereza a determinarlo como “una exclusión de responsabilidad penal absoluta”, sin detenerse siquiera en el examen de los términos utilizados en dicha disposición para “hace [r] referencia expresa a los supuestos establecidos en los dos incisos previos”.

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

La condición de aplicación (o “las situaciones reguladas en los dos incisos anteriores”) de la exclusión de responsabilidad penal contenida en el inc., 3° del art. 191 C Pn. consiste en que se trate de una actividad comunicativa, informadora o expresiva que

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

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

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

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

ocasionadas a otros derechos fundamentales, evitando en todo caso cualquier tipo de responsabilidad objetiva (art. 4 inc. 1° C. Pn.) Por estas razones considero que se debo declarar que el inc. 3° del art. 191 C. Pn. admite la interpretación conforme a la Constitución antes expuesta y por ello *no existe la inconstitucionalidad alegada.*"

In memoriam

Calamandrei fue abogado. Lo fue con todas las potencias de su alma. No se redujo a patrocinar litigantes ni asesorar clientes. Estudió la abogacía: la función y la misión del abogado. O, mejor, sintió esa misión y vivió esa función. Como sintió y comprendió la función judicial. Por eso *Troppi avvocati* y el *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, no son descripciones ni aun siquiera impresiones de la vida profesional; son esta misma vida en toda su dramática intensidad; el abogado y el juez enfrentándose en la lucha diaria por la justicia para coincidir en la realización de ésta; el abogado incorporándose un día a la función judicial, y el juez, a veces, una vez jubilado, descubriendo en la defensa de los intereses del cliente, facetas no contempladas desde el sitial del juzgador; el juez y el abogado percibiendo al morir, uno y otro, la grandeza de su función.

Santiago Sentís Melendo

