

Sentencias de la Sala de lo Constitucional

Henri Fino*

Palabras clave:

Sala de lo Constitucional, sentencias, partida secreta, libertad de prensa, sistema electoral

Introducción

Desde que fue electa esta Sala de lo Constitucional, despertó expectativas. Para algunos, era una Sala de muy buen nivel; para otros, estaba suficientemente balanceada y no habría dominación ideológica o partidaria en sus resoluciones; otros opinaban que era más de lo mismo. Sin embargo, nadie, ni los partidos políticos ni la sociedad civil, pensó que estos cuatro magistrados recién electos en la Sala darían un cambio importante a la justicia constitucional en El Salvador. Las opiniones vertidas se basaron en la forma como se realizaron las negociaciones para su elección, la cual finalizó en Casa Presidencial, con el presidente como “mediador”, y que incluyó la elección del fiscal general de la República.

Hubo una primera sorpresa que, aunque no presagiaba todavía lo que está atravesando la institucionalidad en El Salvador, era para encender las alarmas, por lo menos al interior del Órgano Judicial: el presidente, recién electo, dicta disposiciones administrativas tendientes a optimizar el recurso con el que se cuenta, obteniendo como respuesta una oposición de los once magistrados que completan la Corte Suprema, mientras que los otros tres de la misma Sala apoyaron las medidas. Esta férrea oposición de los magistrados, al ver disminuidos sus privilegios o que los recursos con los que contaban no estaban directamente al servicio de su función, es el precedente de denunciar penalmente ante la FGR a los cuatro miembros de la Sala de lo Constitucional, no sin antes haber pasado por

* Coordinador de la Oficina de Procuración de Justicia (IDHUCA)

discusiones estériles e irrespetuosas que obstruyeron el trabajo que se debía desarrollar en el ente colegiado.

Pero ¿de dónde sale la Sala de lo Constitucional? Esta Sala es creada por la Constitución de 1983. En la Constitución Política de 1962, remitía a la ley secundaria la distribución en Salas de la Corte Suprema, regulaba que era compuesta por diez magistrados, uno de los cuales era el presidente (art. 82), otorgaba ese mismo cuerpo legal la facultad de resolver amparos y casaciones a la Corte Suprema de Justicia, así como que ella era la única competente para declarar la inconstitucionalidad, de manera general y obligatoria, de leyes, decretos y reglamentos.

Como se ha dicho, con la nueva Constitución aprobada en diciembre de 1983, se crea la Sala de lo Constitucional. El artículo 174 dice:

La Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional a la cual corresponderá conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de amparo, el hábeas corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo a que se refiere el art. 138 y las causas mencionadas en la atribución 7.^a del art. 182 de esta Constitución.

La Sala de lo Constitucional estará compuesta de cinco Magistrados designados por la Asamblea Legislativa, uno de los cuales será el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien también la presidirá.

Con su creación, desde la misma Constitución, la Sala adquiere protagonismo nacional, ha sido elemento esencial en la vida institucional de El Salvador. Los constituyentes no la hicieron llegar a donde correspondía, quizás por temor o por lo novedoso que resultaba tener un tribunal especializado en materia constitucional, pues en el seno de la comisión redactora del proyecto y en el pleno de la Asamblea Constituyente hubo discusiones sobre la conveniencia o no de crear una Corte

de Constitucionalidad que estuviera fuera de la Corte Suprema y cuya atribución exclusiva fuera esa, el conocimiento de la constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos.

En el proceso de negociación para dar por terminado el conflicto armado, el Órgano Judicial también fue sujeto a un diálogo y negociación; no era extraño, pues este Órgano, aún con la Constitución de 1983 vigente, estaba altamente politizado y, en muchas oportunidades, fue cómplice del sistema en graves violaciones a los derechos humanos, además de ser permanentemente cuestionado por su falta de capacidad, independencia y transparencia; en suma, era un Órgano corrupto e incapaz. Por dicho proceso, entre otras cosas, se reforma la Constitución en la parte referida al Órgano Judicial, particularmente sobre la Corte Suprema de Justicia y, en concreto, la forma de elección y la duración del período de los magistrados.

En junio de 2009, después de un proceso truncado, resultan electos para la Sala de lo Constitucional el Dr. Belarmino Jaimes, como presidente de la Sala, además de presidente del Órgano Judicial y presidente de la Corte Suprema de Justicia. Estos tres cargos por el período de tres años, pero como magistrado fue electo para nueve años, lo mismo que el Dr. Florentín Meléndez, el Lic. Sidney Blanco y el Lic. Rodolfo González. No hay antecedente conocido de traslado de la Sala de lo Constitucional a otra Sala de la misma Corte Suprema, aunque sí lo hay de otras Salas a la de lo Constitucional.

La Sala de lo Constitucional se impuso, como guía de su trabajo, eliminar –o por lo menos, bajar la mora que existía– demandas interpuestas desde hace casi diez años y que no estaban sentenciadas. Algunos interpretaban esta mora como política, pues las demandas pendientes de sentenciar estaban relacionadas con temas sensibles del Estado, como todas, pero que partidariamente resultaban aún más sensibles. Esto es lo que ha provocado una reacción desmedida de la clase

política ante las sentencias, pues cree que se está atacando al sistema de partidos políticos en los que, lamentablemente, se fundamenta la democracia salvadoreña. Sin embargo, de la lectura de las mismas no se puede deducir el ataque al sistema de partidos políticos, pero sí se ve la voracidad y la hegemonía que estos quieren mantener aun a costa de legislar en contra del texto y el espíritu del constituyente.

La Sala de lo Constitucional ha dictado más de mil resoluciones en el período de su mandato, entre sentencias y de otra clase; sin embargo, las que más han causado ruido al extremo de que se haya mencionado el destituir a cuatro de los cinco magistrados de la Sala o que provocó la reforma al mínimo de votos necesarios para sentenciar ciertos procesos, son las sentencias que contra los partidos políticos y el sistema electoral han dictado. Y ello no por ser más importantes que otras. Haremos algunas consideraciones de las sentencias más conocidas que esta Sala ha dictado.

I) Algunas sentencias de la Sala de lo Constitucional

1.- Sentencia que declara inconstitucional la partida secreta

Si bien es cierto que no era ese el objeto de la demanda, así se ha conocido popularmente. La demanda interpuesta por tres ciudadanos que piden se declaren inconstitucionales los artículos 2 y 6 de la Ley de Presupuesto para el ejercicio fiscal 2010, así como el artículo 45 inciso 2 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado por ser contraria a los artículos 86 inciso 1.º, 131 ordinal 8.º, 167 ordinal 3.º, 227 inciso 1.º, y 229, todos de la Constitución de la República.

Las disposiciones impugnadas prescriben, respecto a la 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.

Es importante, frente a las disposiciones del presupuesto declaradas inconstitucionales, tener presente las disposiciones de la Constitución de la República. La primera es la que le otorga la facultad, a la Asamblea Legislativa, de aprobar y reformar el presupuesto; dice:

Art. 131.- Corresponde a la Asamblea Legislativa: 8.º Decretar el Presupuesto de ingresos y egresos de la Administración Pública, así como sus reformas.

El texto es claro es cuanto a de quién es la facultad; agreguemos a esta la disposición siguiente:

Art. 229.- El Órgano Ejecutivo, con las formalidades legales, podrá efectuar transferencias entre partidas de un mismo ramo u organismo administrativo, excepto las que en el Presupuesto se declaren intransferibles.

Igual facultad tendrá el Órgano Judicial en lo que respecta a las partidas de su presupuesto, cumpliendo con las mismas formalidades legales.

La anterior disposición genera la facultad al Órgano Ejecutivo y Judicial para que pueda hacer las transferencias en el mismo ramo; por ejemplo, el Ministerio de Salud puede hacer transferencias dentro del mismo; sin embargo, las disposiciones declaradas inconstitucionales le daban al Ejecutivo la facultad de transferir fondos del Ministerio de Salud al de Obras Públicas, o de cualquier Ministerio sin que la Asamblea Legislativa tuviera intervención.

Las normas declaradas inconstitucionales eran de uso inveterado en la administración pública, siendo utilizado aun por la administración en la que uno de los demandantes fue vicepresidente de la República, no es que sea de invento o iniciativa de la actual administración o de esta legislatura.

En la demanda, y como algo elemental, los actores citaron la definición del vocablo

“reforma” según el *Diccionario de la Lengua Española* y manifestaron que la reforma del presupuesto general del Estado consiste en una “innovación” total o parcial respecto de aquel 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.

Se inició otro proceso en 2004, aunque referido a otras disposiciones: se postulan los mismos motivos de inconstitucionalidad y parámetros de control, habiéndose declarado que eran constitucionales. Estamos, en consecuencia, frente a dos sentencias del mismo tribunal; uno dijo que eran constitucionales y en esta se dice lo contrario. Ello generó algunas opiniones, pero en la misma sentencia argumentan los magistrados las razones de ese cambio. Además, en la doctrina constitucional, existen motivos en los que se pueden fundamentar los jueces constitucionales para cambiar precedentes (resoluciones de otros jueces en otros o en el mismo tribunal) o inclusive precedentes propios (resoluciones que los mismos jueces en el mismo tribunal han dictado). En nuestro país, en el *Manual de Derecho Constitucional*, escrito por eminentes constitucionalistas, abordan esto que para algunos es una contradicción; en él se dice

que, sobre las mismas bases y causas, pueden conocer y dictar resoluciones diferentes, sin que sea un doble control constitucional o ilegal.

Sobre esto, la Sala dice en la sentencia:

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 precedente propio) posibilita la comprensión jurídica previa 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 los precedentes que 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 para siempre, 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–.

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 lo motivaron han variado sustancialmente, al grado de volver incoherente el pronunciamiento originario, con la realidad normada.

Resuelto esto por la Sala, es importante ver el fondo de las demandas, y qué es en sí la separación de poderes que la misma Constitución establece como base del sistema republicano: cada uno de los órganos del Estado ejerce un control, se provocan pesos y contrapesos, tan mencionados y enseñados en las escuelas de derecho, sin que ninguno de esos poderes pueda invadir las funciones y atribuciones de otro. Con las disposiciones impugnadas, no se puede decir que tales principios constitucionales y doctrinarios se respeten, pues el Órgano Ejecutivo, al ignorar ambos (norma constitucional y doctrina) en el ejercicio de sus funciones, ha centralizado recursos y los ha distribuido discrecionalmente, lo que implica ignorar al Órgano que constitucionalmente debe aprobar dichos cambios, a fin de mantener el control de la inversión pública y de las actuaciones de los otros Órganos.

Por otro lado, la centralización implica poca transparencia, pues no se sabe a ciencia cierta cuáles son los motivos para destinar esos fondos a determinados fines y no a otros que pueden ser igualmente necesarios.

En el fallo, la Sala declara, de un modo general y obligatorio, las disposiciones mencionadas, pues habilitan 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, pues ignora al Órgano Legislativo–.

El Ejecutivo hizo declaraciones sobre la sentencia considerando que eso obstaculizaría las actividades, particularmente en situaciones de emergencia; en ese momento se estaba preparando el presupuesto de 2011, se tomaron las providencias para la disposición de fondos y, sin mayores aspavientos, se aceptó.

Es importante la sentencia, pues eliminó esa práctica del Ejecutivo en transferir e invertir fondos públicos de una manera diferente a como fue aprobado el presupuesto, generando el respeto a las disposiciones constitucionales y agregando transparencia a la administración de esos fondos. Está pendiente la tarea de la Corte de Cuentas en auditar las inversiones discrecionales hechas.

Por lo que la 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.º 167, de 6-XI-2009, publicado en el Diario Oficial n.º 233, Tomo 385, de 11-XII-2009; y el art. 45 inc. 2.º de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 516, de 23-XI-1995, publicado en el Diario Oficial n.º 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.º Cn., en conexión con los arts. 86 inc. 1.º, 167 ord. 3º párrafo 2º, 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.- Sentencia que declara inconstitucional el artículo 191 Pn.

La demanda fue interpuesta por ciudadano Roberto Bukele, por considerar que el artículo 191 en sus incisos 2.º y 3.º del Código Penal son inconstitucionales.

Esta sentencia fue esperada durante mucho tiempo, espacio que algunos medios de comunicación aprovecharon para considerar que, de declararse inconstitucional tales disposiciones, se estaba atacando la libertad de expresión. Hubo mucha expectación.

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, 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, opiniones, 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.

Para el demandante, los artículos que se violan con las disposiciones impugnadas son por los supuestos vicios de contenido consistentes en violación a los artículos 2, 3, 6 y 144 de la Constitución; algunos de ellos son:

Art. 2.- Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos.

Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.

Art. 3.- Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión.

No se reconocen empleos ni privilegios hereditarios.

Art. 6.- Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que haciendo uso de él, infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan.

En ningún caso podrá secuestrarse, como instrumentos de delito, la imprenta, sus accesorios o cualquier otro medio destinado a la difusión del pensamiento.

No podrán ser objeto de estatización o nacionalización, ya sea por expropiación o cualquier otro procedimiento, las empresas que se dediquen a la comunicación escrita, radiada o televisada, y demás empresas de publicaciones. Esta prohibición es aplicable a las acciones o cuotas sociales de sus propietarios.

Las empresas mencionadas no podrán establecer tarifas distintas o hacer cualquier otro tipo de discriminación por el carácter político o religioso de lo que se publique.

Se reconoce el derecho de respuesta como una protección a los derechos y garantías fundamentales de la persona.

Los espectáculos públicos podrán ser sometidos a censura conforme a la ley.

Los medios de comunicación generaron, en la opinión pública, la idea de que la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de los dos incisos debilitaba y atacaba la libertad de prensa; sin embargo, cuando se leen los incisos impugnados, lo único que se puede observar es una evidente diferencia entre los editores, dueños de medios y otros, que no son los periodistas de la calle o de a pie con los ciudadanos, pues ambos incisos otorgan un blindaje aun a aquellas opiniones delictivas que hagan aprovechando su ventaja de disponer de los medios de comunicación. Falso es, entonces, que se atentara contra la libertad de expresión, sino que con la sentencia se fortalecía el sistema eliminando la impunidad basada en la desigualdad. Se puede fijar el objeto del proceso si la despenalización es conforme a los parámetros constitucionales, pues como lo dice la sentencia:

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.º del C. Ph., 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.

La Sala, después de hacer el análisis, afirma:

En consecuencia, cualquier persona, incluidos los sujetos que eran excluidos de responsabilidad penal en el inc. 3.º del art. 191 del C. Ph., puede ser sometida a una sanción penal cuando la conducta reprochable se adecue a los tipos regulados en la legislación penal. Y es que —como reiteradamente se ha señalado— el art. 6 inc. 1.º frase 2a in fine del C. Ph., 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.

La Sala en su sentencia falla:

1. Declárase que no existe la supuesta inconstitucionalidad del segundo inciso del art. 191 del Código Penal, emitido mediante el Decreto Legislativo n.º 1030, de 26-IV-1997, publicado en el Diario Oficial n.º 105, tomo n.º 335, de 10-VI-1997, y reformado mediante el Decreto Legislativo n.º 499, de 28-X-2004, publicado en el D. O. n.º 217, tomo n.º 365, de 22-XI-2004, consistente en la violación a los arts. 2 inc. 2.º, 3 inc. 1.º, 6 inc. 1.º, y 144 inc. 2º 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.º, 3 inc. 1.º, 6 inc. 1.º, y 144 inc. 2.º 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.

Por la sentencia en la que se declaran inconstitucionales ambos incisos, no ha habido persecución ni cierre de medios, sino que hemos continuado escuchando críticas de todo tipo; lo importante frente a ello es que tales críticas no traspasen el límite del delito.

3.- Sentencias relativas al sistema electoral

Estas sentencias son las que más reacciones han tenido, pues se ha llegado a afirmar que los cuatro magistrados de la Sala han socavado el sistema democrático, que pretenden ser legisladores constituyentes y que tienen agenda en contra de determinados partidos; sin embargo, lo que reflejan estas sentencias es que los partidos políticos, en su afán de mantener el monopolio del poder, han legislado en la Asamblea Legislativa ignorando y violando la Constitución, arrogándose atribuciones que no les otorga la misma, convirtiéndose en los electores, desplazando al soberano, que es el pueblo.

Estas sentencias incluyeron: a) la declaratoria de la exigencia de pertenecer a un partido político como requisito a los candidatos a diputado; b) la declaratoria de inconstitucionalidad de la acción de salvar de su cancelación al PCN y al PDC; c) la declaratoria de inconstitu-

cionalidad del nombramiento del magistrado Moreno Niño y Morales al TSE.

a) Candidaturas independientes o no partidarias

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 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 [de que] no las presentaran 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 o 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 aparezca[n] 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 Concejos 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. 1.º].- 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. 6.º].- Cuando un partido político o coalición obtenga uno o más Diputados, se entenderán electos los inscritos por orden de precedencia en la planilla.

El demandante considera que, con las disposiciones del Código Electoral, se violan los arts. 72 ord. 3, 78, 80 inc. 1.º y 126 Cn. El primero de los preceptos constitucionales se refiere a ser electos a cargos públicos de acuerdo a las disposiciones legales; el segundo, a que el voto es libre, directo, igualitario y

secreto; el tercero es el que menciona los cargos de elección popular; y el último lo transcribimos, pues es muy importante y el que le ha dado la denominación conocida; dice:

Artículo 126.- Para ser elegido Diputado se requiere ser mayor de veinticinco años, salvadoreño por nacimiento, hijo de padre o madre salvadoreño, de notoria honradez e instrucción y no haber perdido los derechos de ciudadano en los cinco años anteriores a la elección.

Nos centraremos en comentar el requisito de la membresía a los partidos políticos para optar al cargo de diputado, que tiene íntima relación con el art. 126. La sala considera, muy atinadamente, que la disposición del Código Electoral no está de acuerdo a la Constitución de la República, pues este tiene una exigencia mayor que la norma constitucional. En derecho, las leyes secundarias tienen que estar en armonía con la Constitución, no puede la ley secundaria exigir más de la norma constitucional. Es evidente que dicha exigencia traspasa los requisitos; sin embargo, debemos entender que esa disposición es un desarrollo de otra norma que da a los partidos políticos el monopolio de acceso al poder. Ya en la sentencia se explica cómo se debe entender dicho monopolio, y no es de exclusividad, sino de preferencia, por lógica elemental, la naturaleza de la institución.

Al incluir la Asamblea Legislativa el requisito de la afiliación abusó de su facultad de legislar, pues lo hizo contrario al texto de la Constitución. Es evidente tal situación; sin embargo, generó un revuelo y provocó antes de la notificación de la sentencia un acuerdo de reforma constitucional agregando ese requisito, un poco tarde, pues las elecciones de 2012 se desarrollarán con la posibilidad de inscribir candidaturas no partidarias. También generó, posteriormente, que se dictaran los requisitos para tal inscripción, los cuales vuelven nulo el goce del derecho, pues imponen más a dichos candidatos que a los partidos políticos, con la intención de que estos mantengan su hegemonía.

También se declaró inconstitucional la disposición que regulaba la forma de emitir el sufragio: por partidos políticos y no por personas. En la reciente historia electoral de nuestro país, se elige un partido político para gobernar, ya sea en la Asamblea Legislativa, en el Órgano Ejecutivo o en los municipios; sin embargo, la norma constitucional manda que se debe elegir a personas, pues somos los que gozamos de tal derecho. Este, se ve impedido porque los proponentes son los que deciden a quién ofertar, por lo que se considera esa oferta como listas cerradas o bloqueadas, ya que nadie sabe, o muy pocos, quiénes son los que propone el partido para la diputación en un departamento. Tampoco se conocen quiénes son los concejales de un municipio, pues lo que marca el ciudadano es la bandera.

Las listas cerradas contradicen la disposición de que el voto es directo, ya que se vota por un partido y este elige al gobernante. Esto es, quizás, más evidente en el caso de las diputaciones, pues al final los partidos son los que determinan el orden de preferencia y, en casos extremos, hasta listas incompletas ofertan para la elección.

Ante ello, la Sala falló:

1. Declárase que el art. 215 inc. 2.º núm. 5 del Código Electoral, emitido mediante el Decreto Legislativo n.º 417, de 14-XII-1992, publicado en el Diario Oficial n.º 16, tomo 318, de 25-I-1993, reformado mediante el Decreto Legislativo n.º 502, de 6-XII-2007, publicado en el Diario Oficial n.º 1, tomo 378, de 3-I-2008, es inconstitucional por violar los arts. 72 ord. 3.º y 126 de la Constitución, ya que la exigencia de afiliación a un partido político del candidato a diputado limita el derecho de todos los ciudadanos a optar a dicho cargo.

2. Declárase que el art. 262 inc. 6.º 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. Declárase que los arts. 239 inc. 1.º y 250 inc. 1.º 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.º del Código Electoral.

4. Declárase que los arts. 238 y 253-C inc. 3.º del Código Electoral, reformado mediante el Decreto Legislativo n.º 843, de 13-X-2005, publicado en el Diario Oficial n.º 203, tomo 369, de 1-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.º del Código Electoral.

b) La acción de salvar de su cancelación al PDC y al PCN

Los demandantes interponen la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo n.º 586/2005, vulnera los arts. 185 y 86 –que consagran el principio de legalidad–; 21 –que reconoce el principio de irretroactividad de la ley–; y 1 inc. 1.º –que se refiere a la seguridad jurídica, todos de la Constitución–.

La Sala limita el examen de la constitucionalidad por el aspecto de la retroactividad del decreto, pues salva a los partidos Demócrata Cristiano y de Conciliación Nacional, de su cancelación por no haber alcanzado los porcentajes mínimos para continuar existiendo.

El decreto impugnado prescribe:

Art. 1.- Las fuerzas políticas que a la fecha cuentan con representación legislativa y municipal y que por los resultados electorales de la elección presidencial de marzo de 2004, no alcanzaron los porcentajes regulados en los numerales tres y siete del art. 182 del Código Electoral, y que como consecuencia de ello

hubiere sido cancelada su respectiva inscripción como Partido Político por parte del Tribunal Supremo Electoral, podrán inscribirse nuevamente contando con un número de tres mil afiliados y sus respectivas firmas, debiendo usar, durante el proceso de inscripción, los mismos nombres, divisas, emblemas, siglas y colores que les identificaban como partidos políticos.

A los partidos políticos que participaron en la elección presidencial de marzo de 2004, no les serán aplicables, los ordinales 3 y 7 del art. 182 del Código Electoral, como efecto de los resultados obtenidos en dicha elección.

Como se dijo, los demandantes alegaron que el referido decreto viola el contenido del art. 21 Cn., es decir, el principio de irretroactividad de la ley, puesto que norma actos ocurridos el 21-III-2004, sin que lo anterior constituya alguno de los supuestos de retroactividad permitidos constitucionalmente.

Agregaron que el principio de irretroactividad de las leyes es directamente consecuencia de la seguridad jurídica, que exige que las situaciones o derechos nacidos al amparo de un ordenamiento jurídico positivo no sean modificados por una norma posterior; en consecuencia, la violación de dicho principio constituye, además, violación a la seguridad jurídica.

Dentro del procedimiento, la Asamblea Legislativa expuso que “el principio de irretroactividad de las leyes admite excepciones, y la primera es el caso de aplicación retroactiva cuando se trata de materias de orden público”.

Añadió, también, que el orden público es sinónimo de orden jurídico de un Estado, como conjunto de leyes y decretos que regulan y tratan de armonizar la relación de los individuos dentro de la sociedad en un momento dado; y como conjunto de normas integrantes del derecho positivo, que establece las libertades y garantías generales del individuo en sus relaciones privadas y públicas. Además, acotó que las leyes de orden público,

por su misma naturaleza, tienen por objeto mantener un clima de confianza, estabilidad y arantía general.

En ese sentido, afirmó que el D. L. 586/2005 es de orden público, y es expresamente retroactivo para las elecciones presidenciales que se desarrollaron en el año 2004. A su juicio,

si el legislador no se hubiere pronunciado por la emisión del decreto hoy impugnado, se estarían violando los derechos adquiridos por parte de las fuerzas políticas que a la fecha cuentan con representación legislativa y municipal, y que, por los resultados electorales de la elección presidencial de marzo de 2004, no alcanzaron los porcentajes regulados en los números 3.º y 7.º del art. 182 del Código Electoral, y que, como consecuencia de ello, hubiere sido cancelada su respectiva inscripción como partidos políticos por parte del Tribunal Supremo Electoral, podrán inscribirse nuevamente contando con un número de 3,000 afiliados y sus respectivas firmas, debiendo usar, durante el proceso de inscripción, los mismos nombres, divisas, emblemas, siglas y colores que los identifiquen como partidos políticos.

Es importante resaltar que, dentro del procedimiento, se le mandó oír a la Fiscalía General de la República, como garante de la legalidad, y esta fue su opinión: “A su juicio, los pretenses han hecho una interpretación equivocada de lo que trata de resolver el decreto impugnado: la reducción de requisitos para una nueva inscripción, ante la inminente cancelación por parte del Tribunal Supremo Electoral (TSE) con el objeto de mantener un sistema político pluralista, el cual únicamente se expresa por medio de los partidos políticos, quienes recogen la diversidad de expresiones ideológicas que convergen en los procesos electorales.

El decreto impugnado –concluyó– trata de regular las situaciones que ocurrieron en el año 2004, para que surta sus efectos hacia futuro; por ende, el mismo no debe entenderse de carácter retroactivo. Y solicitó a esta Sala que

en sentencia definitiva declaréis la constitucionalidad del art. 182 ords. 3.º y 7.º del Código Electoral, contenido en el Decreto Legislativo n.º 586, de fecha 19 de enero de dos mil cinco, publicado en el Diario Oficial n.º 23, tomo 366, de fecha 2 de febrero del mismo año, mediante el cual se habilita a los partidos políticos que no alcanzaron los porcentajes regulados.

Ante esto la Sala llega a su fallo, y dice:

1. Declárase que en el inc. 1.º del art. 1 del D. L. 586, de 19-I-2005, publicado en el Diario Oficial n.º 23, tomo n.º 366, de 2-II-2005, no existe la inconstitucionalidad alegada, en cuanto a la supuesta violación al art. 21 de la Constitución; pues su consecuencia jurídica es una regulación hacia el futuro, es decir, empieza a surtir efectos luego de su vigencia.

2. Declárase inconstitucional, en su contenido, de modo general y obligatorio, el inciso 2.º del artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 586, de 19-I-2005, publicado en el Diario Oficial n.º 23, tomo n.º 366, de 2-II-2005, pues traslada sus efectos a las elecciones presidenciales de marzo de 2004, lo que constituye una regulación con efectos retroactivos, y la exoneración de las consecuencias de dicho evento electoral no es materia de orden público.

c) Elección de Moreno Niños

Se pide en la demanda que se declare la inconstitucionalidad parcial del Artículo Único del Decreto Legislativo n.º 87, de 31-VII-2009, publicado en el Diario Oficial n.º 144, tomo 384, de 31-VII-2009 (D. L. 87/2009, en adelante), concretamente en cuanto a la elección de los señores Julio Eduardo Moreno Niños y Óscar Morales Herrera, como magistrados propietario y suplente, respectivamente, del Tribunal Supremo Electoral (TSE), para el período 2009-2014, por la supuesta vulneración del art. 208 de la Constitución (Cn.)

Es importante recordar que, en la última elección presidencial, solo hubo dos contendientes; esto está íntimamente relacionado

con los magistrados del Tribunal Supremo Electoral, pues hay tres de los cinco que son electos de acuerdo al resultado de esas elecciones, al haber solo dos partidos políticos participantes de donde se podría elegir al tercero. Para empezar, no sería indispensable la elección de ese tercer magistrado, pues el TSE podría, en consecuencia, funcionar con solo cuatro. Pero para cumplir con el número, existe la opción de que ese resulte electo de uno propuesto por la sociedad civil.

La Sala considera que este magistrado proveniente de la sociedad civil no debe tener filiación partidaria, requisito que la Constitución establece a los integrantes de las ternas propuestas por la CSJ –“no tener ninguna afiliación partidista”–; claramente dice que “es aplicable a aquellos casos en que, por cualquier circunstancia, no se propusiere alguna terna proveniente de los partidos o coaliciones que ocuparon los primeros tres lugares en la última elección presidencial”.

En ese sentido, advertido el marco democrático y representativo en el que se inserta, también sujeto a la prohibición del mandato imperativo, el art. 208 Cn. debe interpretarse dentro de ese contexto, y con base en ello concluir que, si la afiliación partidista de las ternas provenientes de la CSJ no es permitida, en igual condición deben concurrir aquellos candidatos a magistrados al TSE en los casos en que no haya habido participación de un tercer partido en la última elección presidencial.

Dentro del proceso se probó, con mucha facilidad, la afiliación de los electos; consideramos que resultó más fácil en el caso de Moreno Niños, pues en el anterior período había ocupado la magistratura a propuesta del PCN, y ahora resultaba que no tenía afiliación, lo cual era una bofetada a la inteligencia de la ciudadanía. En el caso del suplente, Lic. Morales, se agregó una impresión de la página *web* del PDC, en la que aparecía como autoridad del mismo, pudiera no tener afiliación.

Ante ello, solo se podía arribar a una conclusión: que en la elección de los magistrados Moreno Niños y Morales Herrera, la Asamblea Legislativa eligió a dos miembros de partidos políticos que no participaron en la última elección presidencial y, por lo tanto, no obtuvieron ningún lugar preferente, según lo exige el art. 208 Cn.

Con semejante conclusión la Sala falla:

1. Declárase que no existe la inconstitucionalidad alegada, respecto del Artículo Único del Decreto Legislativo n.º 87, publicado en el Diario Oficial n.º 144, tomo 384, de 31-VII-2009, únicamente en cuanto a la elección de los señores Julio Eduardo Moreno Niños y Óscar Morales Herrera, como Magistrados Propietario y Suplente –respectivamente– del Tribunal Supremo Electoral (TSE), para el período 2009-2014, por la supuesta vulneración al art. 208 de la Constitución; pues el art. 123 Cn. sí prevé el tipo de mayoría requerida –simple– para la elección de aquellas ternas que no contienen una regulación expresa en la Constitución.

2. Declárase inconstitucional, de modo general y obligatorio, el Artículo Único del Decreto Legislativo n.º 87, publicado en el Diario Oficial n.º 144, tomo 384, de 31-VII-2009, únicamente en cuanto a la elección de los señores Julio Eduardo Moreno Niños y Óscar Morales Herrera, como Magistrados Propietario y Suplente –respectivamente– del 22 Tribunal Supremo Electoral (TSE), para el período 2009-2014, por la vulneración al art. 208 Cn.; pues los Magistrados nombrados carecen de legitimidad democrática previa, y son miembros de partidos políticos que no participaron en la elección presidencial de 15-III-2009, y por lo tanto, no podían integrar el TSE.

4.- Sentencia sobre penas y acción penal

a) Penas perpetuas

Se ha conocido como tal esta sentencia; sin embargo, abarca otros temas, y para la UCA

uno importante es haber declarado inconstitucional el monopolio de la acción penal que pretendía tener la FGR.

Las disposiciones impugnadas de inconstitucionales sobre las penas perpetuas son:

- Penas principales

Art. 45.- Son penas principales:

1) La pena de prisión, cuya duración será de seis meses a setenta y cinco años. En los casos previstos por la ley el cumplimiento de la pena será en una celda o pabellón especial de aislados, debiendo cumplirse desde su inicio no menos del diez por ciento de la condena (...).

- Penalidad del concurso real

Art. 71.- En caso de concurso real de delitos se impondrá al culpable todas las penas correspondientes a los delitos que haya cometido, a fin de que las cumpla sucesivamente por el orden de su respectiva gravedad, comenzando por la pena mayor, pero el conjunto de las penas impuestas, en ningún caso podrá exceder de setenta y cinco años.

- Homicidio agravado

Art. 129.- Se considera homicidio agravado el cometido con alguna de las circunstancias siguientes: (...) 2) Cuando el homicidio ocurriere, en su caso, para preparar, facilitar, consumir u ocultar los delitos de secuestro, violación, agresión sexual, robo, extorsión, actos de terrorismo, asociaciones ilícitas, comercio ilegal y depósito de armas, contrabando, lavado de dinero y activos y los comprendidos en el Capítulo II de este Código relativo a los delitos de la corrupción y Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas o para asegurar los resultados de cualquiera de ellos o la impunidad para el autor o para sus cómplices o por no haber logrado la finalidad perseguida al intentar cualquiera de los delitos mencionados (...). En estos casos la pena será de treinta a cincuenta años de prisión.

En cuanto a las penas perpetuas, los demandantes basan su petición en el fin de la pena. Debemos tener presente que toda pena, por mínima que sea, debe tener la finalidad de la reinserción social y la reeducación. Obvio es que esta finalidad de la pena tiene algún sentido si el condenado abriga la expectativa de que algún día volverá a la sociedad que lesionó; pero, si ya nunca volverá a ella, ¿qué le puede motivar aprender un oficio, estudiar o abrazar algunos valores?

Consideramos que muchos de los procesados y aun condenados tienen la posibilidad de reeducarse; otros posiblemente no, pero no seremos nosotros los que descalificaremos a alguno de los condenados o procesados, sino el estudio que debe hacerse por el equipo multidisciplinario y el consejo criminológico. Pero la condena a tantos años que la hace perpetua los descalifica y les elimina las posibilidades de una reinserción.

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

Ahora bien, el proceso de ejecución penitenciaria debe tener como objetivo poner al interno en condiciones de llevar en el futuro una vida en libertad con responsabilidad social. Tales premisas deberán ser tomadas en consideración igualmente para el aplicador del Derecho, sea la judicatura o la administración penitenciaria.

Aunado a lo anterior, la resocialización –al igual que la consecución de fines preventivo generales– como meta del sistema, se encuentra indisolublemente unida a otros principios limitadores del poder punitivo del Estado, como el de fragmentariedad y subsidiariedad del castigo estatal, así como el de culpabilidad y de proporcionalidad.

Desde esta perspectiva, las penas privativas de libertad han de ser utilizadas frente a aquellos conflictos sociales que no puedan ser solucionados por medios menos gravosos, y en la adecuada proporción a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del autor, sin sobrepasar tales criterios de ninguna manera.

Los demandantes consideran que la perpetuidad de la pena, venida por la disposición del Código Penal, por la cantidad de años que como pena este impone a algunos delitos, viola los arts. 1, 27 inc. 2.º y 3.º y 144 inc. 2.º Cn.

La Sala, en la sentencia, dice:

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

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

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

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

La Sala, en consecuencia, declara inconstitucional tales normas, pues es claro que la cantidad de años que como pena se impone por algunos delitos o suma de penas resulta contrario a la finalidad de la misma pena; sin embargo, ello no debe interpretarse como que el Estado mantiene el deber de imponer las medidas de seguridad para aquellos que son lesivos o atentatorios a la seguridad social.

La Sala, entonces falla:

1. Decláranse inconstitucionales parcialmente, de modo general y obligatorio, en cuanto a la determinación de los montos de las penas, los arts. 45 n.º 1, 71 y 129 inc. final del C. Pn., pues la magnitud prevista por el legislador vuelve nugatoria la función resocializadora de la pena contemplada en los incs. 2.º y 3.º del art. 27 Cn.; en tal sentido, modifícase lo establecido en la sentencia pronunciada por esta Sala el 25-III-2008 (Inc. 32-2006) conforme a los argumentos expuestos en el considerando V 1 de esta sentencia.

Difiéranse los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad de los máximos de las penas previstas en los arts. 45, 71 y 129 del C. Pn., a fin de que, en el menor plazo posible, la Asamblea Legislativa, en uso de su libertad de configuración, determine la sanción penal a imponer en relación con los máximos de prisión como pena principal (art. 45 del C. Pn.), con la penalidad del concurso real de delitos (art. 71 del C. Pn.), y los límites máximos de la pena de prisión en el delito de homicidio agravado (art. 129 del C. Pn.), y cumplir, de esa manera, con

la exigencias constitucionales expuestas en esta sentencia.

b) Monopolio de la acción penal

En esta misma sentencia, se acumuló la demanda sobre el monopolio de la acción penal que constitucionalmente tiene la Fiscalía General de la República (FGR). Desde la aprobación de la reforma constitucional, se creyó que, en algunos delitos ya determinados por el Código Penal, la Fiscalía General era la única que podía iniciar el proceso penal mediante un requerimiento. Una vez que la víctima presentaba denuncia ante la FGR, esta era la que debía presentar ante los tribunales la acusación. Esta interpretación, en la práctica, lesiona el derecho a la justicia que la víctima tiene, pues una vez interpuesta la denuncia, la FGR puede ignorar o dilatar, sin razón alguna, el proceso de investigación que dirige; o habiendo concluido esta, puede no presentar el requerimiento sin justificación y lo que se estaría negando es justicia.

La disposición impugnada dice:

Denuncia y Querrela ante la Fiscalía General de la República. Requerimiento.

Art. 235.- La Fiscalía General de la República, al recibir una denuncia, querrela o el informe de la policía, previsto en el artículo anterior, formulará requerimiento ante el Juez de Paz en el plazo de setenta y dos horas, si el imputado se encuentra detenido y, si no lo está, deberá realizar las diligencias de investigación necesarias para formular el requerimiento respectivo en el menor tiempo posible.

Como ya le hemos dicho, es indispensable que la acción penal en los delitos de acción pública, como el homicidio, y de acción pública previa instancia particular, como la violación, se inicie por la vía del requerimiento fiscal. Este monopolio es una interpretación de la independencia institucional de la Fiscalía, la cual determina que el ejercicio

de las funciones fiscales ha de realizarse sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura (Sentencia de 7-XI-2005, pronunciada en el proceso de Inc. 2-2005). Agrega esta sentencia que ese principio garantiza, por ejemplo, el “monopolio exclusivo” de la acción penal pública en la medida en que la persecución del delito debe ser llevado a cabo con rigor, uniformidad y objetividad, sin tomar en cuenta otros intereses o presiones externas más que el de la aplicación de la ley.

Sin embargo, la sentencia citada también aclara que el ejercicio de la acción penal por la Fiscalía General de la República se ha instaurado para excluir toda posibilidad de que el proceso penal pueda ser iniciado de oficio por el juez, pero tal exclusión provoca también que la víctima inicie por sí, ante el Órgano Judicial, la acción penal. Consideramos que esta interpretación limita lo expresado por la Corte Interamericana en el fallo emitido el 1-III-2005 (Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador), donde estableció que los “familiares de las presuntas víctimas tienen el derecho, y los Estados la obligación, a que lo sucedido (...) sea efectivamente investigado por las autoridades del Estado; se siga un proceso contra los presuntos responsables de estos ilícitos; en su caso, se les impongan las sanciones pertinentes, y se reparen los daños y perjuicios que dichos familiares han sufrido” (Considerando 64).

La sentencia de la Sala dice:

(...) de las consideraciones anteriores como de los pronunciamientos jurisdiccionales citados, se deriva la obligación del Estado de investigar, identificar a los responsables o autores mediatos e inmediatos, perseguir, enjuiciar y sancionar a quienes resultaren responsables de una afectación o menoscabo a los bienes jurídicos de las víctimas.

Al respecto, es importante indicar que el límite temporal para la presentación del requerimiento tiene una relación estrecha con el objeto de las diligencias iniciales de investigación.

Y es que –se dijo–, la representación Fiscal está en la obligación de cumplir con la pronta justicia, para que el tiempo de la investigación no sea excesivamente dilatado o que se vuelva irrazonable, pues el plazo para la interposición del requerimiento fiscal ha sido determinado como “el menor tiempo posible.”

Así y hasta ahora, la locución “menor tiempo posible” empleada por la disposición impugnada se ha interpretado según criterios de razonabilidad y proporcionalidad que, como es lógico, atienden al caso concreto, pues lo que se busca es establecer una relación ponderada o equilibrada con el fin que se procura alcanzar: contar con los indicios o elementos suficientes que permitan fundamentar el contenido del requerimiento fiscal.

La indefinición de un plazo para el inicio de la acción penal por la FGR ante los tribunales revictimiza, pues el conocimiento de la verdad es fundamental para la reparación; en tanto la FGR no inicie la acción, se continua no solo con la incertidumbre, sino con la negación de justicia. El uso de conceptos jurídicos indeterminados suscita el riesgo de que el límite del “menor tiempo posible” se ubique demasiado lejos del “mayor tiempo tolerable” desde la perspectiva del derecho de las personas de saber a qué atenerse con relación al ejercicio del poder punitivo, por lo que es dable reivindicar, frente a la inactividad injustificada de la FGR, el derecho de la víctima a recurrir directamente al Órgano Judicial, en su búsqueda de justicia.

La sentencia fue notificada el 23 de diciembre de 2010 a ocho días de que entrara en vigencia el nuevo Código Procesal Penal en el que se establece que la FGR tiene como máximo cuatro meses para presentar el requerimiento u ordenar el archivo de la denuncia. La misma sentencia le da a la víctima los caminos que seguir: 1.- Demanda de amparo y 2.- Demanda contencioso-administrativa.

En este sentido, el ordenamiento jurídico procesal penal vigente no estipula mecanismo

alguno para acceder a la jurisdicción, ante el desinterés o negativa de investigar que puede mostrar el fiscal del caso o su superior. Esto supone una clara desventaja y desprotección para la víctima, la cual, una vez vea imposibilitado su acceso a la justicia penal, tendrá que recurrir a la instancia contencioso-administrativa o constitucional para salvaguardar su derecho a la protección jurisdiccional, y esto puede desembocar en una protección tardía e ineficaz.

Es evidente que tal insuficiencia legal debe llevar a compatibilizar los intereses de la víctima con el supuesto monopolio de la acción penal pública por parte del Ministerio Público Fiscal y, particularmente, sobre la supuesta característica de “exclusividad” en su ejercicio. Y si bien tal actividad oficial no puede estar supeditada a la voluntad de los particulares, puede modificarse la regulación del querellante adhesivo, a fin de que pudiera autónomamente –es decir, ya no de forma complementaria– iniciar y proseguir una persecución penal en aquellos casos en que la autoridad respectiva –por desinterés o cualquier otro motivo– no quiera penalmente investigar o no quiera proseguir con el proceso penal.

La sentencia dice:

De lo anterior se concluye que el ejercicio de la acción penal pública no es un monopolio ni competencia exclusiva del Fiscal General de la República, puesto que entenderlo así implicaría un desconocimiento o anulación del derecho de acceso a la justicia de las víctimas de delitos. En razón de ello, el art. 193 ord. 4.º Cn., conforme al principio de unidad de la Constitución, debe ser interpretado armónicamente con el art. 2 inc. 1.º *in fine* de la misma Ley Suprema.

Declárase inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el inc. 1.º del art. 235 del C. Pr. Pn., por no regular un plazo para que la Fiscalía General de la República presente el requerimiento ante el Juez competente cuando el imputado no se encuentra detenido, pues dicha institución tiene la obligación de promover la

acción penal dentro de un plazo determinado legalmente.

Reconócese nuevamente la vigencia del art. 235 del C. Pr. Pn., en su redacción dada por el D. L. n.º 418, de 24-IX-1998, publicado en el D. O. n.º 198, tomo 341, correspondiente al 23-X-1998, en cuanto prescribía un plazo de diez días para presentar el requerimiento fiscal en aquellos casos en que el imputado no estuviera detenido.

Exhórtase a la Asamblea Legislativa a crear, en la normativa Procesal Penal, los mecanismos y garantías de acceso a la protección jurisdiccional de las víctimas, especialmente en cuanto a la regulación de su acceso directo al proceso penal, a fin de que pueda iniciar y proseguir autónomamente una persecución penal en aquellos casos en que la Fiscalía General de la República –por cualquier motivo– no quiera investigar, no inicie o prosiga el proceso penal.

La sentencia dictada despertó grandes expectativas, pues se creyó que la víctima podría ocurrir directamente ante el Órgano Judicial en su búsqueda de justicia. Sin embargo, en una lectura reposaba de la misma, le da a la víctima la posibilidad de impugnar la inactividad, pero no activar por sí el sistema. ¡Qué oportunidad perdió la Sala para reivindicar los derechos a las víctimas!

II) Presión a la Sala de lo Constitucional

Solo queremos hacer mención de que estas y otras sentencias han provocado una enorme presión de diferentes actores a cuatro de los magistrados de la sala; dos han sido, quizás, las de mayor difusión: 1.- La denuncia que nueve magistrados de la Corte Suprema interpusieron ante la Fiscalía General de la República, sin señalar qué delito denunciaban pero solicitando la investigación, a fin de que, si se comprobaba la comisión de un delito, en consecuencia se solicitará el antejuicio. Si bien esta denuncia no fue directamente por dictar alguna de las sentencia mediáticamente

publicadas, sí puede tener esto de fondo. La denuncia se presentó por un amparo que un exfuncionario de la CSJ interpuso, y el pleno de la CSJ consideraba que los magistrados debían asumir el rol de demandados y los suplentes juzgar. Después de discusiones se falló “no ha lugar el amparo”, pero la denuncia la guarda celosamente el fiscal, quizás como moneda de cambio.

2.- La inminente destitución. Todos los jueves, días ordinarios de sesión plenaria de la Asamblea Legislativa, había rumores –algunos días más fuertes que otros– de que en esa plenaria los iban a destituir. La clase política, la más afectada según ellos con las sentencias de la Sala, adoptó una posición revanchista y buscaba la razón y justificación para destituirlos. En más de una oportunidad, un magistrado mencionó que estaría en el cargo hasta el siguiente jueves. No lo han concretizado, pero está pendiente de ejecutarse, pues no se ha mandado al archivo una petición en ese sentido. Un diputado de GANA dijo que la tendría como un arma cargada, esto es, lista para ser disparada.

3.- El Decreto 743 dio la vuelta al mundo y organismos internacionales lo identificaron como un amarre a Sala. En dicho decreto se reformaba la Ley Orgánica Judicial, imponiendo una nueva regla para sentenciar los procesos de inconstitucionalidad, pero también eliminando las normas para sentenciar en otras Salas; ello es evidencia de lo apresurado que se tramitó el decreto, no que se aprobó, pues parece que se gestó desde hacía varios días y consideraron que era una salida menos lesiva; escogieron este decreto para no destituir a los magistrados.

Este decreto tuvo como telón de fondo que ARENA develará su temor a la declaratoria de inconstitucional de la Ley de Amnistía; por ello participó en su aprobación; le temen a la justicia y a la verdad. El único partido que no votó fue el FMLN, lo cual no significa que no estuviera de acuerdo, pues en declaraciones posteriores dejó clara su posición sobre el 743.

No menos perjudicial fue la actuación del presidente de la República y del ministro de Seguridad y Justicia, quienes lo firmaron inmediatamente y el decreto se mandó publicar a continuación, reservando espacio por medio de una llamada al Diario Oficial.

Con este decreto, se obstruía la función de conocer y sentenciar de la Sala, pues todas las sentencias habían sido dictadas cuatro a favor y uno en contra. No había conciliación en la posición de los dos bandos; en consecuencia, por el decreto no habría sentencias declarando constitucional o no una ley, un decreto o un reglamento. Después de muchas manifiestas inconformidades, se reforma este decreto y casi han vuelto las cosas a su normalidad, “superando” la crisis generada. Vuelven las cosas al estado en el que se encontraban. Entonces, ¿los señores diputados volverán a buscar destituir a los magistrados de la Sala?

Tratamos de divulgar las sentencias más conocidas, con lenguaje sencillo para que podamos conocerlas pero, especialmente, utilizarlas, pues las sentencias de la Sala de lo Constitucional son generales y obligatorias.

III) Conclusión

No ha habido en la historia constitucional de la República algo que haya generado tanta discusión como esta; en todos los sectores, los cuatro magistrados electos en 2009 tienen detractores y defensores. La institucionalidad debe analizar si se ha fortalecido o debilitado con los acontecimientos; de lo que sí estamos totalmente seguros es de que con las sentencias sí se ha fortalecido la institucionalidad, partiendo del ejemplo de independencia que ha dado la Sala. Y esta debe ser el punto de partida desde el que analizar a los futuros magistrados de ella, pues de no tomarse en cuenta dicho parámetro, la justicia constitucional habrá retrocedido y no hasta antes de la elección de estos cuatro magistrados, sino quién sabe hasta qué estadio de nuestra historia.

Así mismo, la Asamblea Legislativa debe aprender la lección de legislar tomando en cuenta la norma constitucional, pues la legislación secundaria debe estar en armonía con el texto y el espíritu constitucional, y no de acuerdo a los malentendidos intereses sectoriales.

Los partidos políticos deben entender que ellos no poseen el monopolio del acceso al poder; sí lo tienen frente a otras expresiones organizativas, pero no frente al pueblo soberano; el que elige es el pueblo, no el partido

político, menos cuando este no representa sus intereses.

Por último, el Órgano Judicial debe mantener la constante independencia en el ámbito de su facultad. Con esta Sala, se ha demostrado, por segunda vez, que sí se puede juzgar de forma independiente y constitucional. Ahora la batalla la libra la Sala; en el pasado, con la ley antimaras, la libraron los jueces de paz. Esperamos que pronto esa lucha sea librada por todo el Órgano Judicial.