



Expediente SS-0080-2014

PROCURADURÍA PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS. San Salvador, a las nueve horas del día veintiséis de febrero de dos mil catorce.

I. HECHOS DE LA DENUNCIA E INFORME DE AUTORIDAD

i. Denuncias recibidas

Mediante escrito presentado en esta Procuraduría el día catorce de febrero de dos mil catorce, la señora Francisca Olivia Osorio Majano interpuso denuncia por violación a los derechos humanos de todos los ciudadanos que laboran en la Administración Pública, en contra de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en relación a la resolución que pronunció el día diez de febrero del corriente año en el Proceso de Inconstitucionalidad Referencia 8-2014, que es una aclaración de medida cautelar dictada el veinticuatro de enero de este año, la cual suspende provisionalmente los efectos del artículo 1 inciso 2º del Decreto Ejecutivo 181/2013, es decir las *“Disposiciones para Regular la Eficaz Gestión de la Administración Pública en el Marco del Proselitismo Electoral y de las Actividades que el mismo conlleva”*.¹

Afirmó la denunciante que por medio de esta resolución, la Sala extendió el ámbito de aplicación de medidas cautelares dictadas previamente en el mismo caso, con fecha 24 de enero de 2014 y prohibió actividades relativas al ejercicio de los derechos políticos de todos los funcionarios y empleados públicos, con lo que la autoridad denunciada restringió derechos fundamentales obviando el requisito que tales restricciones sólo pueden establecerse por medio de leyes y de forma legítima. Además, la denunciante consideraba que la medida cautelar restrictiva colocaba al servidor público en la posibilidad de ser sancionado sin una tipificación concreta de sus infracciones, violando así el debido proceso.

De acuerdo a la denunciante las resoluciones han desnaturalizado el contenido de los derechos políticos en el sentido que: *“las resoluciones de la Sala llevan a la prohibición constitucional a extremos tales que desnaturalizan los derechos políticos del artículo 72, impidiendo en toda circunstancia externar sus simpatías políticas, difundir la doctrina de un partido político o incluso participar en concentraciones de calle como público. Todo ello puede realizarse perfectamente sin prevalerse de un cargo público”*.

¹ En este punto es oportuno aclarar que la resolución de fecha veinticuatro de enero del presente año, fue firmada por los magistrados José Belarmino Jaime, Rodolfo Ernesto González Bonilla, Florentín Meléndez Padilla y Francisco Eliseo Ortiz Ruiz; en tanto la resolución de fecha diez de febrero, fue firmada por cinco magistrados, pues también fue suscrita por el magistrado Edward Sidney Blanco Reyes, por lo que debe entenderse que la presente resolución de la PDDH se refiere a los cinco magistrados mencionados.

Más adelante la denunciante también expone que “*el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha sido enfático en identificar como un derecho político de todos los ciudadanos, sin excepción o discriminación, la posibilidad de publicar material político, de hacer campaña electoral y de hacer propaganda política*”, para apoyar su afirmación citó la Observación General N°25, de dicho Comité², que se refiere al contenido del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

También se agrega en la denuncia que “*la medida cautelar de la Sala podría considerarse razonable, bajo criterios objetivos y justificables, con el fin de impedir a determinadas personas prevalerse de su cargo público para hacer política partidaria. Sin embargo, la ampliación a todos los servidores públicos y la indeterminación y amplitud de las actividades prohibidas, enumeradas como ejemplo por la Sala, van más allá de lo razonable y no responden a criterios objetivos para lograr el pretendido objetivo de vetar el uso partidario del aparato estatal. En virtud de la medida cautelar decretada, el servidor público no puede realizar prácticamente ningún acto de proselitismo o apoyo a ninguna doctrina, oferta electoral, partido político o candidato, ni siquiera en su tiempo libre o en ámbitos del todo ajenos a su rol de funcionario o empleado público. Tales actividades serían exclusividad absoluta del resto de ciudadanos, lo cual no es razonable ni justificable constitucionalmente*”.

Tras una amplia fundamentación de los motivos por los cuales considera que las resoluciones de la Sala han afectado los derechos políticos, la denunciante solicitó la emisión de medidas cautelares consistentes en girar oficio al Tribunal Supremo Electoral aclarando que la Sala de lo Constitucional ha excedido sus facultades al restringir derechos fundamentales, ordenando a tal autoridad que emita un comunicado urgente, aclarando que todas las personas son libres de participar de forma activa en el proceso electoral sin más restricciones que las establecidas previamente por la Ley. Adicionalmente, se le advierta a la Sala de lo Constitucional abstenerse de seguir emitiendo resoluciones que atenten o restrinjan los derechos de participación política y ciudadana.

En la misma fecha se recibieron las denuncias de los señores Manuel Alcides Galdámez Ardón y Francisco Alejandro Hernández, quienes junto a otras personas que las suscriben, manifestaron que lo resuelto por la Sala de lo Constitucional en las resoluciones de medida cautelar en el Proceso de Inc. 8-2014, les afectaba al impedirles participar en los actos de proselitismo propios de su afiliación partidaria, por lo que se volvía nulo su derecho a participar en política por el hecho de ser empleados públicos, lo cual consideran discriminatorio.

² La cita utilizada por la denunciante es del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 57° período de sesiones de 1996. Observación General N° 25, sobre el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Párrafo 25.



El día veinte del corriente mes, integrantes del Frente Social y Sindical Salvadoreño (FSS) y de la Confederación de Unidad de Trabajadores y Trabajadoras de El Salvador (CONFUERSA), presentaron escrito por medio del cual demostraban su desacuerdo con las resoluciones ya mencionadas, por considerar que éstas limitan los derechos políticos y son violatorias de los derechos laborales, individuales, así como afectan las garantías del debido proceso.

ii. Información institucional obtenida

El diecisiete de febrero, mediante oficio PADH-010/2014 y de conformidad a los artículos 27 y 28 de la Ley de esta Institución, se solicitó informe sobre los hechos denunciados al Doctor Florentín Meléndez Padilla, Magistrado Presidente en Funciones de la Sala de lo Constitucional, quien el día veinte de este mismo mes, informó que en el proceso de Inconstitucionalidad 8-2014 la Sala emitió una resolución el día veinticuatro de enero de este año, mediante la cual decretó medidas cautelares, que fueron explicadas y ampliadas en la resolución de fecha diez de febrero del presente año; que en ambas se aplicó de manera directa el artículo 218 de la Constitución y que por medio de las mismas no se están imponiendo prohibiciones que no estén contempladas en la Constitución.

El Magistrado expuso que:

“Como se desprende de ambas resoluciones, fuera de los casos que prohíbe la Constitución en su artículo 218 (prevalerse de su cargo para hacer política partidista) los ciudadanos en general, y particularmente los funcionarios y empleados públicos, tienen derecho a ejercer libremente sus derechos políticos.”

Sostuvo el funcionario que la resolución de la Sala fue emitida a la luz de la Constitución y los Tratados de Derechos Humanos vigentes en el país, así como la jurisprudencia constitucional pertinente, instrumentos donde no se reconoce el carácter absoluto de los derechos políticos, estableciéndose por el contrario límites en su ejercicio para salvaguardar los derechos de los demás y los valores legítimamente protegidos en una sociedad democrática.

Mediante oficio PADCI/020/14 de fecha diecisiete de febrero de dos mil catorce, con base en los artículos 10 y 35 de la Ley de esta Procuraduría, se solicitó al licenciado Eugenio Chicas, Magistrado Presidente del Tribunal Supremo Electoral, información sobre el número de denuncias recibidas, procesos iniciados de oficio y resoluciones emitidas hasta esa fecha, relacionadas con la actuación jurisdiccional del Tribunal en el presente proceso electoral. Adicionalmente, se le requirió información sobre el número de procesos sancionatorios, circunstancias fácticas de los casos y las resoluciones emitidas por el Tribunal, en el marco de la aplicación de la medida cautelar ordenada por la Sala de lo Constitucional. El Magistrado Presidente del Tribunal Supremo Electoral, remitió el informe correspondiente el día 25 de febrero del presente año, en el cual informa sobre

la labor de dicho Tribunal como consecuencia de la resolución en comento.

A raíz de la adopción de la Medida Cautelar y de la mencionada aclaración por parte de la Sala de lo Constitucional, tal como se informó en la comunicación antes relacionada, el Tribunal Supremo Electoral (TSE) ha estado tomando decisiones para la aplicación de dicha providencia judicial. El día once de febrero del corriente año, el ente colegiado electoral informó públicamente que fue notificado de la Medida Cautelar y que en consecuencia solicita a “TODOS los funcionarios y empleados públicos de los Órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como de las instituciones autónomas y municipios, que se abstengan de participar en actividades partidistas que impliquen prevalerse de su cargo en las formas detalladas por la Sala de lo constitucional en su resolución”; no obstante, en el mismo pronunciamiento, el TSE señala que en el ejercicio de sus funciones, “la autoridad electoral es responsable de garantizar el ejercicio de los derechos civiles y políticos de toda la ciudadanía reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por El Salvador”.

El día diecisiete de febrero, luego de haberse generado un amplio debate, dudas y cuestionamientos en relación a la resolución judicial en comento, el TSE dio a conocer “Que en concordancia con la normativa constitucional, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las empresas que se dedican a la comunicación escrita, radiada, televisada y de cualquier tipo, tienen el pleno derecho de realizar programas o publicaciones de opinión pública o de cualquier índole, sin previa autorización de este Tribunal o de cualquier autoridad, e invitar a funcionarios o empleados públicos para que expresen su punto de vista sobre los temas que resulten de interés para los medios de comunicación o para la sociedad, sin que pueda entenderse que la participación de estas personas implique, por sí, una prevalencia de su cargo para hacer política partidista”.

Agregando que: “los partidos políticos, candidatos, funcionarios o empleados públicos y entidades estatales tienen el pleno derecho de contratar espacios para la difusión de mensajes sin ningún tipo de examen previo, censura o caución, respondiendo posteriormente por las infracciones que eventualmente cometan, tal como lo regula el artículo 6 de la Constitución de la República y las disposiciones del Código Electoral. De manera que los medios de comunicación podrán contratar tales espacios”.

El mismo día el TSE hizo saber que salvo las excepciones que se detallan en el Código Electoral, “los ciudadanos que tengan calidad de funcionarios o empleados públicos y que en el actual proceso electoral deban desempeñarse como miembros de las Juntas Electorales Departamentales, Juntas Electorales Municipales, Juntas Receptoras de Votos, Junta Electoral de Voto desde el Exterior, Juntas Receptoras de Votos desde el Exterior o como Delegados de las Juntas Electorales Municipales, Representantes, Vigilantes o Jefes de Centro de Votación de los partidos políticos, de conformidad con la Constitución de la República y el Código Electoral, pueden ejercer tales funciones sin que deba entenderse



que se están prevaliendo de su cargo para hacer política partidista”.

En relación a las sanciones impuestas en casos concretos, el TSE expresó en el referido informe, que en respeto al principio de legalidad penal, los procedimientos sancionatorios solo pueden ser iniciados con base en el Código Electoral y la Ley de Partidos Políticos, que son los cuerpos normativos -leyes en sentido formal- que describen las conductas típicas y sus respectivas sanciones. En este sentido, la medida cautelar ordenada por la Sala de lo Constitucional está siendo cumplida por el Tribunal dentro del ámbito de legalidad que le confiere el ordenamiento jurídico.

También organizaciones sociales han analizado las resoluciones de la Sala y vertido públicamente su opinión. En tal sentido, es oportuno citar lo expuesto por la Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho (FESPAD)³, en referencia a la falta de fundamentación respecto de la colisión de derechos fundamentales y las posibles sanciones a los infractores:

El inconveniente es que la resolución de la Sala, ha llegado a un extremo tal, que lo único que le ha faltado, es prohibir a los empleados y funcionarios públicos, su derecho a emitir el sufragio; parecería que les ha ubicado ante la disyuntiva de ser ciudadanos con derechos políticos o empleados-funcionarios públicos. Resulta muy grave que en ninguna parte de las resoluciones se hace relación a la colisión de derechos constitucionales que estas resoluciones plantean.

Por lo tanto, se está generando la posibilidad de sancionar a partir de pautas poco concretas y conceptos jurídicos indeterminados que podrían dar lugar a violación de derechos humanos de las y los funcionarios y empleados públicos, a partir de sanciones administrativas o judiciales, en aplicación del Código Electoral e incluso, se abre la posibilidad, de la aplicación del Código Penal.

iii. Competencia de esta Procuraduría para conocer el caso

El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos, -en adelante el Procurador-, se encuentra facultado para conocer los hechos denunciados, en ejercicio de las facultades que le confieren los artículos 194. I, ordinales 1° y 11° de la Constitución de la República, y artículo 11 ordinales 1° y 11° de la Ley especial que rige a esta Institución.

Los hechos descritos aluden a una afectación del derecho a la igualdad y no discriminación, los derechos políticos, el derecho de participación en los asuntos públicos, la libertad de expresión y del derecho a un debido proceso por inobservancia del principio de legalidad; derechos reconocidos en los artículos 3, 6, 72 y 86 de la Constitución de la República; 14.1, 19, 25 literal a) y 21, 22 y 26 del Pacto Internacional

³ Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho FESPAD. “Reflexiones sobre las resoluciones de la Sala de lo Constitucional que prohíben a los funcionarios y empleados públicos participar en política electoral”. 14 de febrero de 2014.

de Derechos Civiles y Políticos; y 8.1, 13, 16, 23.1 literal a) y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

II. CONSIDERACIONES DE LA PDDH

A. EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD 8-2014

El veinticuatro de enero de dos mil catorce, la Sala de lo Constitucional admitió la demanda de Inconstitucionalidad (8-2014) en la que un grupo de ciudadanos solicitó declarar inconstitucional el artículo 1 inciso 2° de las “*Disposiciones para Regular la Eficaz Gestión de la Administración Pública en el Marco del Proselitismo Electoral y de las Actividades que el mismo conlleva*”, considerando que era violatorio del artículo 218 de la Constitución.

Las citadas “Disposiciones” constituyen el Decreto Ejecutivo N° 181 del 20 de noviembre de 2013 publicado en el D.O. N° 175, Tomo 400, del 23 de noviembre de 2013, el cual en su artículo 1 inciso 2° determinan:

“Sin perjuicio de lo antes dispuesto, los funcionarios públicos podrán participar en actividades relacionadas con la política partidaria de cualquier partido político o coalición, siempre que el desarrollo de estas no interfiera con la eficiencia de la función pública que desempeñan y se participe fuera del horario de desempeño de labores; asimismo el que no se utilicen recursos públicos asignados para llevar a cabo su labor dentro de la administración pública para participar en tales actividades y no se recurra a la práctica de ninguna forma de presión para intimar a personas jerárquicamente bajo el mando del funcionario a participar en dichas actividades.”

Junto a la admisión, la Sala dictó medida cautelar invocando los preceptos del “*fumus boni iuris*” y “*periculum in mora*”; asimismo suspendió provisionalmente los efectos de la disposición aludida, determinando que ningún funcionario público podría ampararse en la misma para participar en actividades relacionadas con la política partidista prevaleciéndose del cargo público, especialmente en las actividades de campaña proselitista; recalando en su medida que todo funcionario debía abstenerse de realizar actividades tendientes a favorecer o perjudicar a cualquiera de los candidatos o partidos que participarán en las elecciones presidenciales del presente año.

12. En el mismo proceso de inconstitucionalidad la Sala emitió una resolución el día diez de febrero de dos mil catorce, donde argumentó:

“[...] Si esta Sala puede decretar y revisar de oficio las medidas cautelares aplicadas, con mayor razón puede aclarar, precisar o detallar su alcance por iniciativa propia, cuando ello sea necesario para potenciar su eficacia o prevenir su incumplimiento [...]”



En ese orden, y considerando que aunque la demanda fue referida hacia el Órgano Ejecutivo, la petición era respecto del carácter público, imparcial, objetivo y orientado al bien común de las funciones asignadas a los servidores estatales; por ende, la medida comprendía no solo a los funcionarios del Ejecutivo, sino también a los de las instituciones autónomas, municipios, Órgano Legislativo y Judicial. También se detalla que la misma se aplica tanto a funcionarios como empleados públicos.

Además, la Sala de lo Constitucional también amplió la orden de abstención, a la realización de conductas “tales como”: vincular, directa o indirectamente, las acciones y resultados de sus funciones, con los principios, la doctrina o la oferta electoral de un partido político; aprovechar la relevancia social para producir ventajas en alguna de las ofertas políticas; asistir, acompañar o participar de actividades político partidarias que signifiquen vínculo, apoyo o reconocimiento a un partido político y consideró el uso de licencias o permisos para realizar actividades de este tipo, como un fraude a la Constitución, entre otras conductas.

La Sala resolvió tener por aclarada, en los términos planteados por la resolución, el alcance subjetivo y objetivo de la medida cautelar ordenada en la resolución pronunciada con fecha veinticuatro de enero de dos mil catorce, y ordenó al Tribunal Supremo Electoral dispusiera lo necesario para garantizar el cumplimiento efectivo e inmediato de la resolución.

B. ALCANCES RESTRICTIVOS DE LA MEDIDA CAUTELAR Y POSTERIOR ACLARACIÓN

Esta Procuraduría ha delimitado el presente pronunciamiento, enfocada en los alcances que han restringido derechos humanos contenido en las resoluciones dictadas por la Sala de lo Constitucional en el procedimiento de inconstitucionalidad 8-2014, de fechas 24 de enero y 10 de febrero de 2014.

En tal sentido, esta Procuraduría no se pronunciará sobre la decisión de dicha Sala relativa a adoptar una medida cautelar en el citado procedimiento de inconstitucionalidad, así como tampoco se pronunciará respecto de la decisión posterior de “aclarar” la referida medida.

Lo anterior, en tanto que el objeto de preocupación de esta Procuraduría no deriva de la acción en sí misma de aplicar medidas cautelares en procedimientos de esta naturaleza jurídica, como tampoco de la decisión de realizar aclaratorias posteriores. Más bien el objeto de la preocupación de esta institución *Ombudsman*, deriva de los particulares alcances restrictivos de derechos constitucionales que la Sala determinó en su medida, especialmente a partir de los parámetros dictados en su resolución de “aclaración” dictada el 10 de febrero de 2014.

Esta ha sido, precisamente, el núcleo de la argumentación de la denunciante, Sra. Francisca Olivia Osorio Majano, en tanto son los alcances determinados por la Honorable Sala de lo Constitucional, los que habrían entrado en colisión con el ejercicio de los derechos políticos y el derecho a la libertad de expresión de todos los funcionarios y empleados públicos, de forma ilegítima en tanto restricciones de tal naturaleza deben establecerse mediante la Ley, en atención a los estándares establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Se encuentra fuera de toda duda la obligatoriedad y legitimidad de la prohibición constitucional contenida en el art. 218 Cn., el cual establece que los funcionarios y empleados públicos “No podrán prevalerse de sus cargos para hacer política partidista”. Igualmente está fuera de toda duda, que los fallos judiciales son de obligatorio acatamiento y, en el caso de las sentencias y resoluciones dictadas por la Sala de lo Constitucional, en el marco de su conocimiento sobre demandas de inconstitucionalidad, tales decisiones producen un efecto *erga omnes*, o de acatamiento general y obligatorio (art. 183 Cn).

Si bien las medidas cautelares aquí aludidas no producen efectos de cosa juzgada, dada su naturaleza transitoria, este carácter no afecta su capacidad de producir efectos *erga omnes* y, por tanto, de impactar en la restricción de ciertos derechos constitucionalmente reconocidos, específicamente en el caso de los funcionarios y empleados públicos respecto del libre ejercicio de sus derechos políticos, derecho a la libertad de expresión y opinión, entre otros derechos.

Es oportuno también destacar que atendiendo a la aplicación del art. 218 Cn, resulta entendible que la Sala dote de un contenido restrictivo de derechos a una medida cautelar, en tanto dicho artículo postula una prohibición constitucional. En efecto, el citado artículo alude a eventuales conductas de funcionarios y empleados públicos que, en ejercicio de sus derechos políticos, adopten una conducta abusiva, prevaleciéndose de sus cargos en el Estado para beneficiar a partidos políticos en específico.

El artículo 218 Cn., sin embargo, **no establece una supresión del ejercicio de los derechos políticos de los funcionarios o empleados públicos, pues el ejercicio de los mismos es inherente a todas las personas en sociedades democráticas, independientemente de su condición o no de funcionarios o empleados del Estado, e independientemente de sus afinidades e ideas políticas.** El artículo 218 Cn, por tanto, no suprime derechos, pero sí establece un deber de abstención de prevalerse del cargo por parte de tales funcionarios y empleados públicos en el ejercicio de su participación en actividades políticas, así como establece una obligación del Estado de actuar para prevenir y sancionar la conducta prohibida.

En otros términos, mientras toda persona tiene derechos políticos, el artículo 218 Cn. se encarga de establecer una prohibición especial y expresa al abuso del derecho cuando se



trata de funcionarios o empleados públicos, en función de resguardar el ejercicio de la funciones públicas, que deben ser objetivas, eficientes, eficaces, y especialmente, evitar violaciones tanto del principio de interdicción de la discriminación como del principio de igualdad en/ante la ley.

No obstante, aunque la medida cautelar (en tanto deriva de una prohibición) se encauza lógicamente hacia un efecto restrictivo, tal supuesto no debe llevar a justificar la imposición de prohibiciones en el ejercicio de derechos constitucionales **si tales efectos no han sido suficientemente fundamentados por el tribunal**, en el sentido de demostrar la necesidad de evitar daños para el ejercicio de otros derechos fundamentales de la población y si tales prohibiciones no han sido plenamente justificadas en la proporcionalidad de sus alcances. Toda medida cautelar impone consustancialmente limitaciones a derechos; en el fondo eso no se puede evitar. Pero la imposición de tales limitaciones sólo puede ser el resultado de un cuidadoso, exhaustivo, solícito y prolijo ejercicio de ponderación sobre la necesidad de imponer la limitación concernida *vis-à-vis* la finalidad que con ella se persigue. Ambos elementos han sido reconocidos en el argot jurídico con los aforismos *fomus boni iuris* y *periculum in mora*, es decir, la apariencia de buen derecho –la existencia de circunstancias que apuntan a afirmar la procedencia de la finalidad que la justifica– y el peligro de deuda –la existencia de circunstancias que razonablemente hacen pensar que si el curso de la realidad no se afecta con la medida se tendrá un resultado que no podrá ser corregido y reparado por la sentencia definitiva.

En ese orden de ideas, esta Procuraduría pondrá especial atención respecto de las resoluciones del proceso de inconstitucionalidad 8-2014, en relación al deber de los tribunales de justicia y, en este caso de la Sala Constitucional, de fundamentar adecuadamente sus decisiones, sobre todo si éstas producen efectos *erga omnes* y restringen el ejercicio de derechos constitucional e internacionalmente reconocidos.

Lo anterior, en razón que es la capacidad de fundamentar adecuada y razonablemente las sentencias judiciales, la característica que puede dotar de legitimidad ética, política y jurídica a las decisiones de los tribunales de justicia y, siendo que esta dimensión del análisis permitirá a esta Procuraduría considerar la eventual violación a garantías del debido proceso en el presente caso.

Sin una adecuada fundamentación en términos del *fomus boni iuris* o del *periculum in mora*, la medida impondría una restricción injustificada. Especial preocupación genera cuando se reconoce que conforme con el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los derechos políticos no podrían suspenderse ni siquiera en estados de emergencia. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso YATAMA v. Nicaragua*, Sentencia del 23 de junio de 2005, pr. 196; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia del 6 de agosto de 2008, pr. 140). Si bien este Procurador no estima que como punto de partida no puedan imponerse suspensiones al ejercicio de los derechos políticos de manera

particular –ver artículo 74 Cn.– una suspensión colectiva, es decir, dirigida a un grupo determinado –en este caso, los funcionarios o empleados públicos– no es procedente bajo ningún concepto.

Los derechos políticos de un ciudadano son, además de los contemplados en el artículo 72 de la Constitución –ejercer el sufragio, asociarse para constituir partidos políticos de acuerdo con la ley e ingresar a los ya constituidos, y optar a cargos públicos– los que se contemplan en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; 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 tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país– y los que se contemplan en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En particular conviene destacar algunos aspectos. La Constitución de El Salvador posee una visión estrecha sobre los derechos políticos. Se refieren a un ejercicio bastante pasivo y mediatizado de la ciudadanía. En la literalidad constitucional el ciudadano tiene derecho –y obligación– de ejercer el sufragio, es decir, de dirigirse al ejercicio del voto, así como al de participar en la dinámica partidaria, y a optar a cargos públicos. Sin embargo, los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen otros derechos de índole política, en particular y especialmente el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, lo cual, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “...puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso YATAMA v. Nicaragua*, Sentencia del 23 de junio de 2005, pr. 196; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia del 6 de agosto de 2008, pr. 146).

En tal sentido, una medida cautelar que tenga por objeto, finalidad, intención, motivo, o efecto, la restricción de los derechos que implican la participación política, por sus efectos *erga omnes*, es equiparable a una suspensión de tales derechos, lo que es ilícito respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El hecho que otros tratados internacionales, o la misma Constitución, no planteen de manera expresa la prohibición de la suspensión de tales derechos aún en estado de emergencia no es justificativo para proceder a la misma, tomando en cuenta que en materia de derechos humanos rige el principio de *in dubio pro homine*, conforme al cual, las restricciones a los derechos se interpretan de la manera más literal y restringida posible. Basta una norma de la naturaleza de la Convención que prohíba su suspensión para que la misma resulte prohibida, incluso ante la eventualidad que otras normas similares, incluyendo la Constitución, puedan contemplar expresamente su suspensión. En caso de duda, se debe



preferir la opción que menos haga limitaciones a los derechos.

Adicionalmente, también es válido considerar que si bien las medidas cautelares carecen de autonomía y son transitorias, no debemos obviar que en el presente caso estamos ante la aplicación de las llamadas medidas “innovativas”, las cuales modifican el estado de hecho o de derecho existente y, por ende, prefiguran un anticipo del fallo definitivo. Por tal motivo, la doctrina reconoce que este tipo de medidas cautelares requieren mayor prudencia.

Debido a lo anterior, tratándose de un procedimiento de inconstitucionalidad, con efectos limitativos o restrictivos del ejercicio de derechos fundamentales para el Estado de Derecho y la democracia; esta Procuraduría considera que se imponía con mayor rigor la necesidad de fundamentar adecuadamente las restricciones impuestas por parte de la Sala de lo Constitucional, la cual también ha reconocido esta necesidad en sentencias anteriores.

Por ejemplo, en la Sentencia de Amparo ref. 308-2008, del 30-IV-2010, la Sala de lo Constitucional expresó que “el derecho a la motivación no es un mero formalismo procesal o procedimental, sino que se apoya en el derecho a la protección jurisdiccional, consiste en darle la oportunidad a los gobernados de conocer los razonamientos necesarios que lleven a las autoridades a decidir sobre una situación jurídica concreta que les concierne.” Agregando que “por el objeto que persigue la motivación y fundamentación, cual es la explicación de las razones que mueven objetivamente a la autoridad a resolver en determinado sentido, es que su observancia reviste especial importancia”.

En cuanto a la emisión de medidas cautelares en los procesos de inconstitucionalidad, la Sala de lo Constitucional sostuvo también en la resolución 16-IX-2003, Inc. 4-2003:

“para tener por acreditados los presupuestos necesarios para decretar una medida cautelar en un proceso de inconstitucionalidad (fumus boni iuris y periculum in mora) en el planteamiento del demandante deben concurrir argumentos convincentes de que esta Sala se encuentra ante la probable existencia de una norma constitucional vulnerada; y frente a la posibilidad de que la eficacia de la sentencia en el caso concreto resulte frustrada en la realidad (en caso de ser estimatoria)”.

“En ese sentido, debe acreditarse, *prima facie*, una razonable y verosímil relación de la infracción constitucional realizada con motivo del acto impugnado, en tanto que ha aportado elementos para fundamentar la pretensión de una probable existencia de violaciones constitucionales.” (Sentencia 41-2012)

Finalmente, atendiendo otro ámbito de alta relevancia, esta Procuraduría destacará en la presente resolución también si las restricciones de derechos constitucionales - particularmente derechos políticos- emanadas de las resoluciones en comento, han

atendido a los estándares internacionales de derechos humanos en esta materia, particularmente los estándares derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

C. INSUFICIENCIA DE LA “FUNDAMENTACIÓN JUDICIAL” EN LAS RESOLUCIONES DE MEDIDA CAUTELAR Y POSTERIOR ACLARACIÓN EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD 8-2014

Al justificar la necesidad de la medida cautelar, la Sala de lo Constitucional adujo que le resultaba manifiesta “la probable inconstitucionalidad del precepto impugnado”, lo que a su criterio generaba la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Asimismo, adujo la existencia de un peligro de daño en la demora (*periculum in mora*) o daño efectivo, el cual delimitó como el peligro que “los funcionarios públicos podrían aprovechar la permisión establecida en el art. 1 inc. 2° del mencionado decreto ejecutivo para participar en actividades a favor de cualquier partido político o coalición, con la consecuente violación a la Constitución, que podría mantenerse hasta que el precepto del decreto ejecutivo pudiera ser eventualmente invalidado mediante la sentencia respectiva. El peligro se acentúa, sobre todo porque los funcionarios pueden llevar a cabo “actividades de política partidista” en la campaña electoral de las elecciones presidenciales que se aproximan y que se realizarán el próximo 2-II-2014”.

En razón de tales presupuestos, la Sala de lo Constitucional dictó la medida cautelar en los siguientes términos:

“Suspéndese provisionalmente, a partir de esta fecha, los efectos del art. 1, inc. 2° del decreto ejecutivo impugnado, en el sentido que ningún funcionario público, sin excepción alguna, podrá ampararse en tal disposición para participar en actividades relacionadas con la política partidista, prevaleciéndose del cargo público, especialmente en lo que se refiere a actividades de campaña proselitista. En particular, con base en esta decisión, todo funcionario debe abstenerse de realizar actividades político partidarias que tiendan a favorecer o perjudicar a cualquiera de los candidatos o partidos que participarán en las elecciones presidenciales del presente año”.

En su posterior aclaración, la Sala de lo Constitucional realmente amplió los alcances de la citada medida cautelar, estableciendo prohibiciones de ciertas conductas, las cuales a su juicio vulnerarían de manera directa o indirecta el art. 218 Cn, pero estableciendo un listado abierto de prohibiciones a conductas “tales como”:

“[...] (i) vincular, directa o indirectamente, las acciones y los resultados de sus funciones, con los principios, la doctrina o la oferta electoral de un partido político o de un candidato determinado; (ii) aprovechar la relevancia social y el tratamiento informativo de sus funciones públicas para expresar sus preferencias electorales o para producir, de manera objetiva, una ventaja o beneficio a alguna de las ofertas políticas; (iii) utilizar el cargo para favorecer a un partido o a un candidato; (iv) asistir, acompañar o participar de cualquier modo en actividades



político-partidarias que constituyan objetivamente una forma de apoyo, vínculo o reconocimiento a un partido, sus integrantes o propuestas; (v) solicitar de forma alguna al personal o compañeros de trabajo, reconocimiento o adhesión a un partido político o un candidato determinado, y (vi) aprovecharse de un permiso o licencia para hacer campaña o política partidista en fraude a la Constitución.[...]”

Llama la atención de esta Procuraduría que la Sala de Constitucional al adoptar la medida cautelar, determinó la apariencia de verosimilitud del derecho invocado en la pretensión (*fumus boni iuris*), únicamente a partir de enunciar la “probable inconstitucionalidad” del artículo impugnado, a resultas del preliminar contraste normativo.

La determinación de la apariencia de buen derecho, en el ámbito de las medidas cautelares, usualmente se establece sumariamente y sin la participación de la parte afectada por la medida; sin embargo, no deberíamos obviar que nos encontramos en el desarrollo de un proceso de inconstitucionalidad y que la medida cautelar estaría derivando en la afectación del ejercicio de derechos fundamentales –como los derechos políticos y la libertad de expresión- de un conglomerado significativo de personas.

Una preocupación inicial de esta Procuraduría frente a la determinación de la medida cautelar que nos ocupa es, en razón de lo expuesto, que bajo la figura del *fumus boni iuris*, la Sala podría estar determinando una “presunción de inconstitucionalidad” de la disposición impugnada, sin haber integrado una fundamentación mínima al respecto en sus resoluciones.

Similar preocupación genera en esta Procuraduría, el establecimiento de un peligro de daño efectivo (*periculum in mora* y *periculum in damni*) basado en el presupuesto muy general que los funcionarios públicos podrían realizar actividades de “política partidaria”, frente al evento electoral que actualmente se desarrolla, pero sin definir e identificar claramente el daño efectivo que se pretende evitar y el contenido de los derechos fundamentales que se verían vulnerados en caso de que dicho daño se produjese antes de la sentencia definitiva.

Como se ha dicho, resulta preocupante esta ausencia de fundamentación en la decisión de adoptar la citada medida cautelar y su ampliación posterior, sobre todo cuando esta última adopta la determinación de prohibiciones con respecto a conductas específicas, sin que la Sala haya demostrado bajo un juicio de mérito, al menos básico, que cada una de tales conductas están determinadas por los alcances materiales del art. 218 Cn.

Esta ausencia de fundamentación de la medida cautelar y su ampliación, cobran relevancia aun a pesar que nos encontramos ante una medida transitoria; ello por cuanto dicha medida genera efectos *erga omnes* y restringe el ejercicio de derechos políticos y el derecho a la libertad de expresión de los funcionarios y los empleados públicos, como ya se ha destacado.

En razón de lo anterior, el centro de atención de esta Procuraduría para el caso particular del proceso de Inc. 8-2014 y los alcances de la medida cautelar y su ampliación posterior, **está dirigido a la observancia del debido proceso por parte de la citada Sala de lo Constitucional**, específicamente en lo tocante a la producción de su decisión judicial de adoptar dicha medida y restringir a tal grado la posibilidad del ejercicio de derechos políticos, entre otros derechos.

Si bien esta Procuraduría reconoce que la imposición de medidas cautelares supone un proceso sumario, el cual generalmente obvia la realización de un proceso probatorio previo para establecer el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, tal generalización no debería llevar al extremo de provocar una restricción de derechos fundamentales, como los derechos políticos y la libertad de expresión a un grupo significativo de la población (como los funcionarios y empleados públicos), sin que medie al menos un básico juicio de mérito.

Estas preocupaciones con relación al debido proceso observado por la Sala de lo Constitucional en la imposición de cautelares dentro del Proceso de Inc. 8-2014, se centrará en tres aspectos de relevancia que son:

- i. La superación sin aparente fundamento del principio de “presunción de constitucionalidad” que caracteriza los decretos y Reglamentos impugnados ante la Sala de lo Constitucional.
- ii. La aparente ausencia de aplicación de un mecanismo de jerarquización o ponderación o un ejercicio de armonización de derechos, que justifiquen una decisión prohibitiva de tales alcances, pese a que se trata de una medida cautelar.
- iii. La atención de los estándares internacionales de derechos humanos con relación a la restricción de derechos fundamentales, como los derechos políticos y la libertad de expresión.

i. Respecto a la superación sin fundamento aparente de la presunción de constitucionalidad

Es ampliamente reconocido en la doctrina jurídica que en los procesos relativos a la constitucionalidad, se parte de una “presunción de constitucionalidad” *prima facie*, a favor del acto impugnado.

Este concepto implica reconocer que las potestades de un órgano constitucionalmente habilitado para emitir normas son ejercidas de manera adecuada, es decir, que se hace un uso pertinente de las habilitaciones constitucionales. No se puede partir de la idea que



implique suponer que los actos normativos generados por el poder público lo son como resultado de un abuso de sus competencias, o en incumplimiento o infracción de los límites constitucionales. El principio de presunción de constitucionalidad es, en ese sentido, una exigencia de la convivencia, un postulado práctico para que la sociedad pueda conducirse con una normalidad y previsibilidad básica.

Esta Procuraduría debe tener en cuenta que la evolución jurisprudencial constitucional ha superado su rigurosidad inicial con relación al principio de constitucionalidad. En la actualidad, los tribunales constitucionales han adoptado un nivel mayor de intervención, superando el clásico concepto del “legislador negativo” y adentrándose en una valoración más “sutil y profunda” de las decisiones que ante ellos son impugnadas de inconstitucionalidad⁴.

Sin embargo, el “*principio de constitucionalidad*” del acto impugnado continua siendo un presupuesto inicial de los procesos constitucionales, pues representa el equivalente del “principio de presunción de inocencia” en materia penal, de la “carga de la prueba” del actor en materia civil o de la “validez administrativa” para los actos de la Administración. El principio de presunción de constitucionalidad deviene entonces en un punto de partida, el cual marca el inicio del debate procesal constitucional y normalmente el alegato en su contra suele ser argumentado por el actor que impugna el acto.⁵

Es importante referir que el principio de presunción de constitucionalidad, por supuesto, admite prueba en contrario, pero su supresión o desatención absoluta, a criterio de esta Procuraduría, debiese ser adoptada por el tribunal competente a partir de, al menos, características mínimas manifiestas de inconstitucionalidad emanadas del acto impugnado.

Llama la atención de esta Procuraduría que el artículo impugnado en el D.E. N° 181, en términos generales, describe conductas que el Órgano Ejecutivo interpretó como transgresoras de la prohibición del art. 218 Cn. y, por tanto, incompatibles con el ejercicio de los derechos políticos de los funcionarios públicos. Algunas de estas conductas están referidas a evitar la interferencia de las actividades políticas con la eficiencia de la función pública, evitar el uso ilícito de recursos del Estado o la afectación de las labores en el horario ordinario de trabajo.

Si bien el Art. 1, inc. 2° del Decreto E. N° 181 declara el derecho de los funcionarios a participar en actividades político-partidarias, su finalidad evidente ha sido la de establecer restricciones a esa participación. Más allá que consideremos que tales restricciones son insuficientes o no, la disposición impugnada presenta al menos “la apariencia” de ser compatible con los términos del art. 218 Cn, el cual no prohíbe la actividad político

⁴ Sánchez Gil, Rubén. La Presunción de Constitucionalidad. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

⁵ *Ibíd.* El autor vincula cita a González Pérez, Jesús, El derecho a la tutela jurisdiccional.

partidaria de los funcionarios públicos en sí misma, sino únicamente prohíbe el abuso ante la posibilidad de que éstos se prevalezcan del cargo.

La doctrina reconoce que, en determinadas circunstancias, el principio de constitucionalidad se debilita significativamente cuando el acto impugnado representa un peligro para las llamadas “libertades preferentes” (“preferred freedoms” en la jurisprudencia estadounidense) tales como la libertad de expresión, los derechos electorales, la división de poderes, entre otros de similar relevancia. Igualmente, el principio de presunción de constitucionalidad se debilita ante supuestos de grave afectación al derecho de igualdad que se traducen en actos de discriminación, frente a los cuales debiese operar, por el contrario, una “presunción de inconstitucionalidad” como punto de partida del debate procesal constitucional en el caso concreto⁶.

No obstante, es destacable que la resolución que contiene la medida cautelar en el Proceso de Inc. 8-2014 (del 10 de febrero de 2014), al relacionar los argumentos de la parte actora y los criterios expresados por la Sala de lo Constitucional para fundamentar tal medida, no demuestran suficientemente el supuesto riesgo o peligro a la vigencia o garantía de derechos fundamentales, o principios relevantes al sistema democrático claramente identificados por la Sala, ante la eventual aplicación del artículo 1 inc. 2º del D.E. 181.

Debido a lo anterior, más bien pareciera que la Sala de lo Constitucional adoptó una “presunción de inconstitucionalidad” de la disposición impugnada, a partir de la cual dictó una medida cautelar que tiene alcances suficientes para afectar el libre ejercicio de los derechos políticos de funcionarios y empleados públicos, incluso respecto de aquellos y aquellas que no pertenecieran al Órgano Ejecutivo y, por tanto, no estaban sujetos a los alcances del Decreto impugnado.

Paradójicamente, la medida dictada estaría impactando en forma de un trato desigual, el cual los empleados y empleadas públicas han denunciado ante esta Procuraduría como un acto de discriminación que afectaría el ejercicio de sus derechos políticos y derecho a la libertad de expresión y pensamiento. Pese a tratarse de una medida cautelar, la preocupación de los denunciantes refiere que este trato desigual les perjudicará de forma directa en el ejercicio de tales derechos, con relación al proceso electoral que culminará con las votación del próximo 09 de marzo de 2014, en tanto les expone a sanciones graves.

Particularmente, esta Procuraduría observa nuevamente la ausencia de una fundamentación suficiente en las resoluciones de medida cautelar y ampliación, dictadas por la Honorable Sala en el Proceso de Inc. 8-2014, pues le resulta evidente que no fue

⁶ *Ibíd.* El autor vincula cita a jurisprudencia diversa de los Estados Unidos de América y a Carbonell, Miguel. La xenofobia constitucionalizada.



consignado en las mismas un juicio de motivación al menos básico, para desvanecer el principio de constitucionalidad en el presente caso y, por el contrario, la Sala estableció una presunción de inconstitucionalidad, el cual declaró expresamente al manifestar que: “los términos del contraste internormativo ponen de manifiesto la probable inconstitucionalidad del precepto impugnado” (Res. 24 de enero 2014).

A criterio de esta Procuraduría, tal fundamentación era necesaria en el caso de la supresión de la “presunción de constitucionalidad” en el referido proceso y la adopción por el contrario de una “presunción de inconstitucionalidad”, dado el efecto restrictivo de derechos fundamentales que la medida ha conllevado.

ii. La aparente ausencia de aplicación de un mecanismo de ponderación, o un ejercicio de armonización de derechos que justifique una decisión prohibitiva de tales alcances, pese a que se trata de una medida cautelar.

El desarrollo de las presentes consideraciones, mueven a esta Procuraduría a dirigir también su atención ante la eventual colisión de derechos que podría haber motivado a la Honorable Sala Constitucional, para restringir el libre ejercicio de los derechos políticos y el derecho a la libertad de expresión de funcionarios y empleados públicos.

Es que los alcances de la medida cautelar y sobre todo, su ampliación (la cual integra conductas específicas dentro de los alcances de la prohibición) sin duda alguna debilitan o restringen en mayor o menor medida el ejercicio de los mencionados derechos constitucionales en perjuicio de los funcionarios o empleados públicos. Tal circunstancia, podría llevar a considerar que la Sala ordenó las restricciones -más allá de los términos literales del art. 218 Cn- en orden a la protección de otros derechos a su criterio prevalentes dentro del ordenamiento jurídico constitucional.

De hecho FESPAD, en su análisis de las resoluciones destaca este aspecto, mostrando preocupación por la ausencia de referencia dentro de las resoluciones, a un mecanismo de solución a esta eventual contradicción de derechos. Al respecto, FESPAD manifestó que: “*Resulta muy grave que en ninguna parte de las resoluciones se hace relación a la colisión de derechos constitucionales que estas resoluciones plantean*” (Pronunciamiento del 14 de febrero de 2014).

En la teoría de los derechos fundamentales, es común la consideración en relación a que la vida práctica nos presenta permanentemente situaciones que parecen expresar el conflicto entre uno o más derechos.

Esta realidad ha dado lugar, en la doctrina y la jurisprudencia, al desarrollo de una visión “conflictivista” de los derechos fundamentales, según la cual “los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar, lo cual lleva a aceptar que los conflictos se hacen inevitables. Frente a una situación de conflicto,

la solución se reduce sólo a preferir un derecho y desplazar el otro, es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro. Para esto se hace necesario encontrar los mecanismos que justifiquen la preferencia de un derecho en detrimento del otro. Los principales mecanismos de solución que utilizan quienes parten de una visión conflictivista de los derechos humanos son la jerarquía y la ponderación de derechos”.⁷

La “ponderación”, se concibe como un mecanismo de solución que “consiste en sopesar los derechos o bienes jurídicos en conflicto con las especiales circunstancias concretas que definen el caso que se intenta resolver, con el fin de determinar cuál derecho “pesa” más en ese caso concreto, y cuál debe quedar desplazado. No se trata de una jerarquización general y abstracta, sino más bien de una jerarquización en concreto⁸,”

Sobre el mecanismo de “ponderación”, el autor Robert Alexy⁹ ha reflexionado que en los conflictos que puedan surgir entre el deber Estatal de aplicar el derecho y la salvaguarda de los derechos constitucionales, se debe buscar la solución a través de una ponderación de los intereses opuestos; en la ponderación de lo que se trata es cuál de los intereses abstractamente del mismo rango posee mayor peso en el caso concreto.

Sobre la importancia y aplicación de la “ponderación de derechos”, la misma Sala de lo Constitucional en su reciente sentencia de Amparo Ref. 310-2013 de fecha 28-V-2013, estableció: “Ahora bien, la jurisprudencia constitucional-v.gr. en la Sentencia del 24-IX-2010, proveída en la Inc. 91-2007- ha establecido que la colisión entre derechos fundamentales debe ser resuelta mediante *el método argumentativo de la ponderación*, el cual consiste en determinar, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, cuál es el derecho que debe prevalecer en su ejercicio práctico.” Según la Sala “De acuerdo con esta herramienta, cuando existe un conflicto de normas iusfundamentales, *debe buscarse un equilibrio entre ellas o, si dicho equilibrio no es posible, decidirse en el supuesto concreto, teniendo en cuenta sus circunstancias específicas, cuál norma debe prevalecer.* Las normas de derechos y, extensivamente, los derechos fundamentales en ella consagrados no pueden jerarquizarse en abstracto, ya que, en principio, todos poseen idéntica fuerza normativa: la que les confiere la Constitución. Por tanto, solo en el caso concreto podrán establecerse relaciones de precedencia, pero derivadas de determinadas

⁷ Castillo Córdova, Luis Fernando. ¿Existen los conflictos entre derechos fundamentales? Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. 2011.

⁸ Aleinkoff, T. Alexander, Constitutional Law in the Age of Balancing, Yale L. J., 96, 1987, pp. 943-1005; Watkins, John, The Mass Media and the Law, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1990; y Pildes, Richard, Conceptions of Value in Legal Thought, Michigan L. R., 90, 1992, pp. 1520-1532, citados todos por Luis Fernando Castillo Córdova, Doctor en derecho. Profesor de derecho constitucional y de protección jurídica de derechos humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Lima, en Revista de Cuestiones Constitucionales, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM.

⁹ Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, trad. de Ernesto Garzón Valdéz, Madrid, CEC, 1993 (trad. de Theorie der Grundrechte, 3a. ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1996, p. 90), citado igualmente por Luis Fernando Castillo Córdova, Doctor en derecho. Profesor de derecho constitucional y de protección jurídica de derechos humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Lima, en Revista de Cuestiones Constitucionales, Biblioteca Jurídica Virtual, UNAM.



condiciones y observables solo si estas concurren.” Agregando dicho Tribunal que: “En ese sentido, en determinadas circunstancias, los derechos fundamentales pueden ceder ante un derecho contrapuesto; de lo contrario, algunos revestirían el carácter de absolutos, concediendo a los individuos un título suficiente para ejercerlos en todas las condiciones. Por tanto, el titular de un derecho puede ejercerlo, *en principio*, solo si no es superado por el ejercicio de ese o de otro derecho por parte de otro titular; ello debido a que, en caso de colisión, no es posible satisfacer simultáneamente ambos, pues el ejercicio de uno conlleva la limitación del otro.”

En otra corriente de pensamiento y tomando distancia de la concepción conflictivista de los derechos, algunos autores pugnan por el desarrollo de una interpretación armonizadora de los derechos fundamentales.

Castillo Córdova, cuestionando el conflictivismo, destaca la afirmación de esta corriente de pensamiento en el sentido que el conflicto entre derechos es sólo “aparente”, pues “ningún derecho fundamental que realmente sea tal, puede tener un contenido constitucional que exija y legitime una conducta que sea contradictoria con el contenido de otro derecho también fundamental. Es decir, ningún derecho fundamental puede significar exigir que se legitimen *intromisiones* o *sacrificios* del contenido de otro derecho fundamental. De esta manera y por principio, ningún derecho fundamental (mejor todavía, su contenido jurídico) se sobrepone para desplazar el contenido de otro derecho humano en un litigio concreto, sino que por el contrario, en cada caso, cada derecho y todo derecho tiene un contenido que se ajusta y es compatible con el contenido de los demás derechos, de modo que en la práctica también resultan realidades que tienden a convivir de manera unitaria y pacífica”.¹⁰

Esta concepción armonizadora, en contraposición a la conflictivista, plantea que “los criterios de solución a las diferentes controversias que involucren derechos fundamentales, pasa necesariamente por la determinación del contenido jurídico constitucional de los mismos (...) Es decir, en la realidad de los casos concretos, los verdaderos conflictos no se dan entre los derechos fundamentales, sino entre las pretensiones de las partes que, enfrentadas en un litigio, invoca cada uno un derecho fundamental diferente, como basamento o justificación de su pretensión o interés”.¹¹

Tomando en cuenta este marco conceptual y volviendo al texto de las resoluciones de la Sala de lo Constitucional relativas a la medida cautelar y posterior ampliación en el Proceso de Inc. 8-2014, esta Procuraduría estima válido retomar la preocupación de FESPAD, en el sentido que tales resoluciones ni siquiera plantean un eventual escenario de colisión de derechos fundamentales (desde la terminología del conflictivismo), a partir de la cual la Honorable Sala estimase necesario la restricción de derechos políticos y

¹⁰ *Ibíd.* El autor vincula cita, además, con Domingo, Tomás de. ¿Conflictos entre derechos fundamentales?

¹¹ *Ibíd.*

libertad de expresión de los funcionarios y empleados públicos, en orden a preservar la garantía de otros derechos constitucionales en peligro de sufrir daño o menoscabo (*periculum in damni*) de conformidad a la pretensión del actor del litigio constitucional.

Debe hacerse notar que la Sala de lo Constitucional, en efecto, ni siquiera explicitó esta posible colisión de derechos, siendo obvio que por ello no integró referencia a la aplicación de algún mecanismo de solución al que hubiese acudido en el ejercicio de su interpretación constitucional.

El texto de ambas resoluciones de medida cautelar y ampliación, en consecuencia, carecen de referencias relativas a la aplicación de interpretaciones orientadas a la jerarquización de derechos, a la ponderación de los mismos o a un esfuerzo interpretativo para la determinación del contenido jurídico de tales derechos (concepción armonizadora), a efecto de establecer cuáles de los derechos en juego se encuentran bajo protección constitucional.

Careciendo las resoluciones ampliamente citadas de este ejercicio interpretativo, esta Procuraduría considera desmedida la decisión de la Honorable Sala, en el sentido de dictar cautelares que, aunque por naturaleza transitoria, disminuyen el ejercicio libre de los derechos políticos y el derecho a la libertad de expresión de los funcionarios, funcionarias, empleados y empleadas públicas.

iii. La atención de los estándares internacionales de derechos humanos con relación a la restricción de derechos fundamentales, como los derechos políticos y la libertad de expresión

Esta Procuraduría también ha analizado desde la óptica de los estándares establecidos en los sistema interamericano y universal de protección de los derechos humanos, si la aplicación de la resolución de medida cautelar y su ampliación cumple con los parámetros en los cuales se puede limitar el ejercicio de derechos fundamentales, tales como la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos y la libertad de opinión y expresión del pensamiento político de los ciudadanos.

Debe tenerse presente que el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación deben ser acordes al principio de igualdad y no discriminación; por tanto, deben adoptarse las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, no solo con la emisión de normativa que reconozca los derechos, sino adoptar medidas, en especial ante la situación de debilidad de ciertos grupos o sectores¹².

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 23 de junio de 2005. párrafo 201.



Los artículos 23, de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y 25, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, declaran los derechos políticos de los ciudadanos, entre ellos, destaca el derecho de participar en los asuntos públicos, directamente o a través de representantes.

De acuerdo al Comité de Derechos Humanos¹³, para lograr el pleno ejercicio de estos derechos, se deben cumplir con una serie de requisitos, como la libertad de prensa sin censura ni limitaciones indebidas, la libertad de participar en política individualmente o a través de partidos políticos, la libertad de debatir los asuntos públicos de realizar manifestaciones reuniones pacíficas, criticar o de oponerse al gobierno, publicar material político, hacer campaña electoral y propaganda política¹⁴.

El Comité de Derechos Humanos, en su Observación General 25, específicamente declara lo siguiente:

“25. La libre comunicación de información e ideas acerca de las cuestiones públicas y políticas entre los ciudadanos, los candidatos y los representantes elegidos es indispensable para garantizar el pleno ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25. Ello comporta la existencia de una prensa y otros medios de comunicación libres capaces de comentar cuestiones públicas sin censura ni limitaciones, así como de informar a la opinión pública. Requiere el pleno disfrute y respeto de los derechos garantizados en los artículos 19, 21 y 22 del Pacto, incluida la libertad de participar en actividades políticas individualmente o a través de partidos políticos y otras organizaciones, la libertad de debatir los asuntos públicos, de realizar manifestaciones y reuniones pacíficas, de criticar o de oponerse al gobierno, de publicar material político, de hacer campaña electoral y de hacer propaganda política.

26. El derecho a la libertad de asociación, en particular el derecho a fundar organizaciones y asociaciones interesadas en cuestiones políticas y públicas y a adherirse a ellas es un complemento esencial de los derechos amparados por el artículo 25. Los partidos políticos y sus afiliados desempeñan una función primordial en la dirección de los asuntos públicos y en los procesos electorales. Los Estados deben velar por que, en su organización interna, los partidos políticos respeten las disposiciones aplicables del artículo 25 a fin de que los ciudadanos puedan ejercer los derechos que se les garantizan en ese artículo.”

En cuanto a la libertad de expresión que implica indudablemente la opinión y la expresión del pensamiento político, resulta fundamental para el ejercicio de los derechos políticos, en especial en el marco de una campaña electoral. Al respecto la Corte

¹³ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observaciones Generales. 57º período de sesiones 1996. Observación General N° 25. Sobre el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Políticos. Párrafo 25.

¹⁴ *Ibíd.* Párrafo 26.

Interamericana de Derechos Humanos¹⁵, ha reconocido su importancia en los siguientes términos:

88. La Corte considera importante resaltar que, en el marco de una campaña electoral, la libertad de pensamiento y de expresión en sus dos dimensiones constituye un bastión fundamental para el debate durante el proceso electoral, debido a que se transforma en una herramienta esencial para la formación de la opinión pública de los electores, fortalece la contienda política entre los distintos candidatos y partidos que participan en los comicios y se transforma en un auténtico instrumento de análisis de las plataformas políticas planteadas por los distintos candidatos, lo cual permite una mayor transparencia y fiscalización de las futuras autoridades y de su gestión.

89. Al respecto, la Corte Europea ha expresado que:

La libertad de expresión, preciosa para todos, es particularmente importante para los partidos políticos y sus miembros activos (ver, *mutatis mutandis*, el *Partido Comunista Unido de Turquía y otros c. Turquía*, sentencia de 30 de enero de 1998, informes 1998-I, p.22, párr.46). Ellos representan a su electorado, llaman la atención sobre sus preocupaciones y defienden sus intereses. Por lo tanto, las interferencias a la libertad de expresión de un político miembro de un partido de oposición, como el solicitante, deben ser cuidadosamente examinadas por la Corte.

90. El Tribunal considera indispensable que se proteja y garantice el ejercicio de la libertad de expresión en el debate político que precede a las elecciones de las autoridades estatales que gobernarán un Estado. La formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. El debate democrático implica que se permita la circulación libre de ideas e información respecto de los candidatos y sus partidos políticos por parte de los medios de comunicación, de los propios candidatos y de cualquier persona que desee expresar su opinión o brindar información. Es preciso que todos puedan cuestionar e indagar sobre la capacidad e idoneidad de los candidatos, así como disentir y confrontar sus propuestas, ideas y opiniones de manera que los electores puedan formar su criterio para votar.

Reconociendo la importancia que tiene la libertad de expresión en el ámbito político, las restricciones establecidas por los Estados durante los períodos electorales deben ser compatibles con aquellas limitaciones generales establecidas para la libertad de expresión¹⁶. El Comité de Derechos Humanos, ya ha expresado su inquietud sobre restricciones excesivas impuestas a la libertad de expresión y tomar parte en la gestión de los asuntos públicos, por ejemplo, sobre los informes de países en que activistas políticos y funcionarios públicos han sido detenidos e inculcados con arreglo a las leyes nacionales

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Sentencia de fondo reparaciones y costas, del 31 de agosto de 2004.

¹⁶ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 102º período de sesiones. Ginebra, 11 a 29 de julio de 2011. Observación general N° 34. Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión. Párrafo 37.



por distribuir folletos en los que se critica al gobierno¹⁷.

Esta Procuraduría tiene en cuenta que el ejercicio de los derechos políticos puede ser restringido con relación a los funcionarios y empleados públicos, como lo establecen diversas leyes secundarias de nuestro ordenamiento jurídico, además del art. 218 Cn.¹⁸. Es por ello que uno de los puntos centrales de atención, es considerar si la fundamentación de la resolución de medidas cautelares y la resolución de aclaración posterior (ampliación) en el Proceso de Inc. 8-2014, satisfacen los estándares internacionales de los organismos de protección derechos humanos para limitación de estos derechos.

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana¹⁹, la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. Sin embargo, la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana. Las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades, son los siguientes:

1) Legalidad de la medida restrictiva

176. El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley²⁰. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material.

[...]

¹⁷ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. 94º período de sesiones. Ginebra, 13 a 31 de octubre de 2008, Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el Artículo 40 del Pacto. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos a Japón. Párrafo 26.

¹⁸ Se pueden citar como ejemplos: La Ley de Servicio Civil en sus artículos 32 literales a), b) c), e); y 53 literales g), h); Ley de Ética Gubernamental artículo 6, literales k) y l); Ley de la Carrera Judicial en su artículo 26; Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos artículos 7 y 13; Ley de la Carrera Docente, artículo 32, numerales 2 y 5; y el Código Electoral en el artículo 184. Entre otros.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, de fecha 6 de agosto de 2008. Párrafo 174 y 175.

²⁰ El artículo 30 de la Convención Americana establece que: Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

2) Finalidad de la medida restrictiva

180. El segundo límite de toda restricción se relaciona con la finalidad de la medida restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos (por ejemplo las finalidades de protección del orden o salud públicas, de los artículos 12.3, 13.2.b y 15, entre otras), o bien, en las normas que establecen finalidades generales legítimas (por ejemplo, “los derechos y libertades de las demás personas”, o “las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”, ambas en el artículo 32).

181. A diferencia de otros derechos que establecen específicamente en su articulado las finalidades legítimas que podrían justificar las restricciones a un derecho, el artículo 23 de la Convención no establece explícitamente las causas legítimas o las finalidades permitidas por las cuales la ley puede regular los derechos políticos. En efecto, dicho artículo se limita a establecer ciertos aspectos o razones (capacidad civil o mental, edad, entre otros) con base en los cuales los derechos políticos pueden ser regulados en relación con los titulares de ellos pero no determina de manera explícita las finalidades, ni las restricciones específicas que necesariamente habrá que imponer al diseñar un sistema electoral, tales como requisitos de residencia, distritos electorales y otros. Sin embargo, las finalidades legítimas que las restricciones deben perseguir se derivan de las obligaciones que se desprenden del artículo 23.1 de la Convención, a las que se ha hecho referencia anteriormente.

[...]

3) Necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva

185. En el sistema interamericano existe un tercer requisito que debe cumplirse para considerar la restricción de un derecho compatible con la Convención Americana. La Corte Interamericana ha sostenido que para que una restricción sea permitida a la luz de la Convención debe ser *necesaria para una sociedad democrática*. Este requisito, que la Convención Americana establece de manera explícita en ciertos derechos (de reunión, artículo 15; de asociación, artículo 16; de circulación, artículo 22), ha sido incorporado como pauta de interpretación por el Tribunal y como requisito que califica a todas las restricciones a los derechos de la Convención, incluidos los derechos políticos²¹.

186. Con el fin de evaluar si la medida restrictiva bajo examen cumple con este último requisito la Corte debe valorar si la misma: a) satisface una necesidad social imperiosa, esto es, está orientada a satisfacer un interés público imperativo; b) es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y c) se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo.

Esta Procuraduría encuentra válida la argumentación expuesta en la denuncia de la Señora Francisca Olivia Osorio Majano en el presente caso, quien argumenta el criterio de la Reserva de Ley en el ámbito de la restricción de derechos fundamentales.

²¹ Cfr. *Caso Yatama*, *supra* nota 49, párr. 206 y ss.



Llamativamente, la denunciante cita jurisprudencia pertinente de la Sala de lo Constitucional de El Salvador, mediante la cual también se determina este criterio:

“La Sala de lo Constitucional, al prohibir para todos los empleados y funcionarios estatales un derecho político esencial por vía de una **resolución interlocutoria**, está invadiendo una zona de **Reserva de Ley**. La Sala podría imponer restricciones en el ejercicio de un Derecho Humano a personas concretas toda vez que una ley se lo faculte. Cuando está imponiendo una restricción a un número indeterminado de personas, está estableciendo reglas de carácter general (Erga Omnes) y obligatorio.

La Sala de lo Constitucional ha sostenido que la regulación de un derecho constitucional conforme al artículo 246 de la Constitución, sólo puede hacerse en virtud de una ley (inconstitucionalidad 4-94, Zamora y Barrientos vrs. Decreto número 5). En dicha sentencia, la Sala sostuvo que *“la libertad de reunión y manifestación pública por su naturaleza y por la forma en que se ejerce, es de aquellos derechos que no pueden estar sujetos en su ejercicio a la autorización previa del aparato del Estado. El ejercicio de esta libertad solamente puede estar sujeto a limitaciones justificadas y establecidas previamente en las leyes. En un estado democrático de derecho esta potestad es única y exclusiva de los legisladores.- Concebir de otro modo el ejercicio práctico de las libertades democráticas es un equívoco, ya que se deja de lado la aplicación de las reglas jurídicas vigentes en el país en materia de derechos humanos, y se contradice la esencia y los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Las libertades por eso son democráticas, porque se reconocen y limitan por leyes; y porque se tienen frente a los poderes del Estado, sin depender de ellos para su ejercicio práctico, y se ejercen sin estar sujetos a censura o autorización previa. Por ello los derechos humanos y las libertades fundamentales constituyen auténticos y legítimos límites a la soberanía de los Estados y a las actuaciones de los poderes públicos, circunstancia que conforma un verdadero Estado de Derecho. Los criterios y fundamentos anteriores tienen, por supuesto, base no tan sólo en la moderna doctrina de los derechos humanos y de la democracia, sino también en sentencias y opiniones de tribunales internacionales sobre derechos humanos, en tratados internacionales vigentes en el país y en la misma Constitución de la República.”* --cursivas agregadas--

En adición, la Sala sostiene en la misma sentencia:

“En opinión de esta Sala, la ley que regule los derechos fundamentales de la persona humana, y especialmente el ejercicio de las libertades públicas o democráticas, tiene que ser emitida por la Asamblea Legislativa observando el formalismo establecido en los Arts. 133 y siguientes de la Constitución. Así por ejemplo la regulación del derecho de respuesta o la censura de los espectáculos públicos que trata el Art. 6 Constitucional, no se puede hacer por ordenanza municipal pues afectaría la libertad de opinión... Quiere decir que existe “zona de reserva” de la ley o sea el ámbito donde la regulación de una materia es de competencia legislativa de la Asamblea, en virtud de lo que disponen los Arts. 8 y 246 de la Constitución. Tal como se pretende regular este derecho por medio de la Ordenanza Municipal, se comete una acción de inconstitucionalidad grave, pues se suspende la garantía constitucional del derecho de reunión, o sea que una decisión

reservada para el Órgano Legislativo, con mayoría calificada, y en casos de excepción, se la atribuye el gobierno municipal quebrantando el principio de reserva legal, el principio de razonabilidad y el principio de supremacía constitucional, ya que los dos primeros funcionan, poniendo en juego el mecanismo del tercero” --cursivas agregadas--.

Al establecer una prohibición general a determinadas categorías de personas por vía de una resolución interlocutoria en un juicio por inconstitucionalidad, la Sala está precisamente cometiendo lo que ella misma ha calificado de “**una acción de inconstitucionalidad grave**” pues se suspende un derecho político que solo puede ser afectado por una ley en sentido formal.”

Sobre la base de lo expuesto en la presente sección, esta Procuraduría considera que la medida cautelar y su posterior aclaración (ampliación) dictadas por la Honorable Sala de lo Constitucional, en el proceso de Inc. 8-2014, **no atendieron los estándares establecidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de restricción legítima de los derechos políticos y al derecho a la libertad de expresión;** particularmente, con relación a las obligaciones emanadas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y emanadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (de conformidad a la Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos).

En modo alguno esta Procuraduría niega las potestades de aplicación directa de la Constitución por parte de la Honorable Sala de lo Constitucional, en orden a garantizar la defensa objetiva de la Constitución. Tampoco esta Procuraduría pretende negar la amplia capacidad interpretativa que el mandato de la Honorable Sala le permite ejercer ante las demandas en concreto en materia de procesos de inconstitucionalidad.

No obstante, tales potestades de significativa amplitud, no le eximen de observar las garantías necesarias del debido proceso judicial, en orden a preservar los estándares mínimos que define el derecho internacional de los derechos humanos vigente para el Estado de El Salvador.

Para el caso que nos ocupa, si bien se aduce una aplicación directa del art. 218 Cn por parte de la Sala, también es cierto que al adoptar la medida cautelar ésta se formuló bajo un presupuesto generalísimo e indeterminado, cual es “*abstenerse de realizar actividades político partidarias que tiendan a favorecer o perjudicar a cualquiera de los candidatos o partidos que participarán en las elecciones presidenciales del presente año*”.

Por otra parte, la resolución de aclaración posterior amplió los alcances de la medida cautelar a conductas específicamente descritas, pero todavía de contenidos amplios e indeterminados y que presentan además la característica de conformar un listado “abierto”, susceptible de incorporar nuevas conductas que, a discrecionalidad de la autoridad ejecutora de la medida (Tribunal Supremo Electoral) fueren también



constitutivas de “prevalencia” del cargo en el desarrollo de actividades político partidarias.

Los alcances de la medida llegan a declarar como “fraude a la Constitución”, la realización de actividades de esta naturaleza mientras los funcionarios o empleados se encuentran gozando de licencia o permiso en el ejercicio de sus funciones, sin que se haya realizado una argumentación jurídica mínima que motive este extremo por parte de la Honorable Sala.

Frente a tales alcances, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos expresa su preocupación, pues considera que las mismas han obviado la atención a los estándares básicos de derechos humanos, como ya se dijo. Para el caso, si bien podríamos hablar de una aparente finalidad legítima (cual es evitar el abuso a partir de la “prevalencia en el cargo”), las restricciones formuladas en las citadas resoluciones no fueron vinculadas a la salvaguarda de derechos o principios constitucionales en específico para demostrar plenamente su legitimidad.

Si bien se alude a la aplicación directa del art. 218 Cn, los alcances de la medida cautelar y su ampliación posterior, dotan de nuevos contenidos restrictivos al referido precepto constitucional, provocando una consecuencia a la que solo debiese arribarse tras un proceso de formación de ley. Para la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, la limitación de derechos fundamentales en las sociedades democráticas (como el derecho a la libertad de expresión y los derechos políticos), deberían producirse a partir de una ley formal y material que les delimite con claridad; es el proceso de formación de ley, dotado de ciertas garantías constitucionales para el ejercicio del libre debate y la participación en la actividad legislativa, el medio idóneo para la formulación de las restricciones necesarias de estos derechos fundamentales, en armonía con los requerimientos de una sociedad democrática.

Por otra parte, el alcance de las restricciones impuestas a través de la medida cautelar y su ampliación, generan obviamente la posibilidad de limitar a los funcionarios o empleados públicos su eventual participación en la realización de debates públicos, realización de manifestaciones o reuniones pacíficas, publicación de opiniones, entre otras actividades, que a criterio de la autoridad ejecutora de las resoluciones (Tribunal Supremo Electoral) pudiesen considerarse incluidas dentro de las pautas generales objeto de sanción establecidas por la Sala de lo Constitucional en las ampliamente citadas resoluciones. Tal posibilidad restrictiva se desapega de los estándares establecidos por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, ya referidas *supra*.

No deja de ser un elemento adicional de preocupación para esta Procuraduría que, siendo la medida cautelar dictada en el presente caso de las denominadas “innovativas” (es decir que modifican la situación de hecho o de derecho existente) **no puede dejar de considerarse como un anticipo de jurisdicción favorable al actor que las requirió.**

Evidencia de lo anterior ha sido la declaratoria de la Sala de lo Constitucional de una “presunción de inconstitucionalidad” de la norma impugnada, como se ha expuesto en la presente resolución.

Por lo tanto, esta Procuraduría no puede obviar la muy probable estimación de la demanda interpuesta y la posibilidad, por ende, que las limitaciones y restricciones a los derechos políticos y a la libertad de expresión determinados en la medida cautelar del proceso de Inc. 8-2014, sean confirmados en la sentencia definitiva del presente caso.

Ante tal supuesto, esta Procuraduría considera oportuno recordar a la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, su deber de motivar suficientemente sus sentencias, sobre todo ante eventuales consecuencias jurídicas que limiten o restrinjan derechos humanos fundamentales como los derechos políticos y la libertad de expresión, siendo oportuno recordar su obligación de atender los estándares internacionales de derechos humanos en materia de restricción legítima de tales derechos, especialmente aquéllos emanados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

D. ACTUACIÓN DEL TSE ANTE LAS RESOLUCIONES DE MEDIDA CAUTELAR DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL.

Esta Procuraduría considera positiva la actitud de respeto hacia las resoluciones de la Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia mostrada por el Tribunal Supremo Electoral (TSE).

Ante la Medida Cautelar y la subsiguiente resolución de aclaración del 10 de febrero de los corrientes, el TSE ha mostrado disposición para el trámite legal de los casos presentados en virtud de su aplicación y cumplimiento; además, ha realizado esfuerzos de divulgación y orientación de la misma.

No obstante lo anterior, el TSE se ha manifestado en orden a ejecutar la aplicación de las medidas dictadas por la Sala de lo Constitucional bajo un enfoque de respeto a los derechos políticos y el derecho a la libertad de expresión, de acuerdo a sus primeros pronunciamientos públicos de fechas 11 y 17 de febrero de 2014.

Esta Procuraduría expresa su convicción de mantenerse vigilante de las actuaciones del Tribunal Supremo Electoral, con relación a la aplicación de las medidas cautelares ordenadas por la Sala de lo Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad 8-2014, en los casos concretos que fueren ventilados en virtud de sus competencias legales.



III. DECLARACIONES Y RECOMENDACIONES DE LA PDDH

Con base en todo lo expuesto en la presente resolución, en atención a sus facultades conferidas en los Artículo 194.I, ordinales 1º, 10º y 11º de la Constitución de la República; Artículo 11, ordinales 1º, 10º, 11º y Artículo 12, ordinal 2º de la Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos; el **PROCURADOR PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS, CONCLUYE, DECLARA Y RECOMIENDA:**

- A. Concluye que la medida cautelar emitida por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con fecha 24 de enero de 2014, así como su aclaración posterior de fecha 10 de febrero del mismo año, en el desarrollo del Proceso de Inconstitucionalidad 8-2014, ha establecido restricciones al pleno y libre ejercicio de los derechos políticos y del derecho a la libertad de expresión de todos los funcionarios y funcionarias, empleados y empleadas públicas, sin haber fundamentado suficientemente las restricciones impuestas en tales resoluciones.
- B. Concluye que si bien las medidas cautelares carecen de autonomía procesal y son transitorias, no se debe soslayar en el presente caso que el alcance de las mismas ha ocasionado la limitación o restricción del ejercicio de derechos fundamentales de rango constitucional y de primera relevancia en el ordenamiento democrático, en perjuicio de miles de personas que tienen la calidad de funcionarios y empleados públicos, especialmente en el marco del proceso electoral que culminará en el evento de votaciones del próximo 09 de marzo de 2014.
- C. Concluye que la ausencia de fundamentación adecuada en las citadas resoluciones, provocó afectaciones a las garantías del debido proceso judicial en el Proceso de Inconstitucionalidad 8-2014, específicamente al omitir la debida justificación para el establecimiento de una presunción de inconstitucionalidad de la disposición impugnada. Igualmente afectó el debido proceso judicial al omitir toda referencia a la realización de un mecanismo de jerarquización, ponderación o armonización de derechos fundamentales en aparente colisión que habría llevado a las restricciones mencionadas en perjuicio de miles de personas y al omitir la necesaria motivación demostrativa que las limitaciones adoptadas se encuentran en apego a los estándares internacionales de derechos humanos, de obligatorio acatamiento para el Estado de El Salvador ante este tipo de restricciones a derechos fundamentales.
- D. Valora positivamente que el Tribunal Supremo Electoral ante las medidas cautelares ordenadas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de

Justicia, expresó su decisión de acatar las sentencias y resoluciones emanadas de dicha Sala. Igualmente expresa su satisfacción por los pronunciamientos públicos posteriores emitidos por el Tribunal Supremo Electoral, a través de los cuales plasmó su convicción de aplicar los parámetros ordenados por la Sala de lo Constitucional, desde una perspectiva de respeto y garantía de los derechos políticos y la libertad de expresión de los funcionarios y empleados públicos.

- E. Declara la violación a los derechos políticos, particularmente los derechos a la participación en actividades políticas individualmente o a través de partidos políticos y otras organizaciones, a la libertad de debatir los asuntos públicos, de realizar manifestaciones y reuniones pacíficas, de publicar material político, hacer campaña y propaganda política, libertad de expresión; todos estos emanados de los artículos 3, 6, 72 y 86 de la Constitución de la República; 14.1, 19, 21, 22, 25 literal a) y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 8.1, 13, 16, 23.1 literal a) y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas estas vulneraciones de derechos humanos en perjuicio de Francisca Olivia Osorio Majano, Francisco Alejandro Hernández Guzmán, Marlon Reynaldo Gómez Martínez, Juan Carlos Ramos Mendoza, Idalia Soraida Rivas de Chávez, Gloria Elizabeth Ventura de Rivera, Katia Marisol Miranda de Romero, Mauricio Ulises Santamaría Jaime, Roberto Antonio Portillo, Manuel Alcides Galdámez Ardón, Raúl Antonio Martínez García, Sergio Aquino Alas, Luis Salvador Cabrera Arteaga, María Teresa Hernández Pérez, Nivia Carolina Meléndez Alvarado, Emelyn Alejandra Vásquez Gallardo, Vanessa Carolina Anaya Martínez, Luis Wilfredo Berríos Alvarenga, Estela Marina Ramírez, Claudia Liduvina Escobar, Luis Zepeda y Juan José Barahona Canizalez; así como en perjuicio de todos los funcionarios y empleados públicos, funcionarias y empleadas públicas que se ven afectados con las restricciones a derechos fundamentales ya ampliamente descritas en la presente resolución.
- F. Declara la responsabilidad de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por las violaciones a los derechos humanos antes declaradas. Específicamente declara la responsabilidad por tales hechos de los Señores Magistrados José Belarmino Jaime, Rodolfo Ernesto González Bonilla, Florentín Meléndez Padilla, Edward Sidney Blanco Reyes y Francisco Eliseo Ortiz Ruiz.
- G. Recomienda a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, aplicar en su sentencia definitiva relacionada al presente caso, la debida garantía procesal de la motivación o fundamentación adecuada de sus decisiones, particularmente si las mismas derivarán en la restricción de derechos humanos fundamentales para el ejercicio democrático, tales como el derecho a la libertad de expresión y los derechos políticos.
- H. Recomienda a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia,



atender los estándares internacionales de derechos humanos en materia de limitaciones legítimas al ejercicio de los derechos políticos y al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, tanto en el presente caso como en otros de similar naturaleza. Especialmente recomienda a dicha Sala tener en cuenta en sus decisiones el requisito de legalidad, es decir, que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humanos determinado deben estar claramente establecidos en la ley.

- I. Recomienda al Tribunal Supremo Electoral, atender los parámetros del debido proceso judicial así como los requisitos y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, durante el desarrollo de los procesos sancionatorios concretos en materia electoral que sean ventilados ante su autoridad y que involucren la aplicación de las medidas cautelares dictadas por la Sala de lo Constitucional que han sido objeto de atención en la presente resolución.

NOTIFICACIONES

1. Hágase del conocimiento de la sociedad salvadoreña en general, en atención a los derechos a la participación en los asuntos públicos y la libertad de expresión.
2. A los Señores Magistrados que integran la Honorable Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados José Belarmino Jaime, Rodolfo Ernesto González Bonilla, Florentín Meléndez Padilla, Edward Sidney Blanco Reyes, y al Magistrado suplente Francisco Eliseo Ortiz Ruiz.
3. A las personas que han intervenido como denunciantes en la presente resolución, a la señora Francisca Olivia Osorio Majano, quien actuó en su calidad personal; al señor Mauricio Ulises Santamaría Jaime, en calidad de representante común de un grupo de denunciantes; al señor Raúl Antonio Martínez García, en calidad de representante común de un grupo de denunciantes; y a los señores Luis Wilfredo Berríos Alvarenga, Estela Marina Ramírez, Claudia Liduvina Escobar, Luis Zepeda, y Juan José Barahona Canizalez, quienes actuaron en calidad de representantes del Frente Social y Sindical Salvadoreño (FSS) y de la Confederación de Unidad de Trabajadores y Trabajadoras de El Salvador (CONFUERSA).
4. A los señores Magistrados y señoras Magistradas que integran el Tribunal Supremo Electoral.
5. Al Señor Fiscal General de la República, Luis Antonio Martínez González.
6. Hágase del conocimiento la presente resolución a la Organización de las

Naciones Unidas, por medio de su Coordinador Residente en nuestro país, Señor Roberto Valent; al Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, y a la Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos.

7. Hágase saber.

