

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las trece horas con quince minutos del día veintinueve de abril de dos mil once.

El presente proceso constitucional fue promovido mediante demanda, presentada el día 22-IV-2005, por los ciudadanos María Silvia Guillén, Abraham Atilio Abrego Hasbún, Danilo Ernesto Flores López, Ligia Verónica Guevara Ventura, Gerbert Marcelo Marquelli Canales y Ruth Estela Valenzuela de García, a fin de que este Tribunal declare la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo n° 586, de 19-I-2005, publicado en el Diario Oficial n° 23, de 2-II-2005 (D. L. 586/2005, en lo sucesivo), por la supuesta violación al art. 21 de la Constitución.

El Decreto impugnado prescribe:

Art. 1.- Las fuerzas políticas que a la fecha cuentan con representación legislativa y municipal y que por los resultados electorales de la elección presidencial de marzo de 2004, no alcanzaron los porcentajes regulados en los numerales tres y siete del Art. 182 del Código Electoral, y que como consecuencia de ello hubiere sido cancelada su respectiva inscripción como Partido Político por parte del Tribunal Supremo Electoral, podrán inscribirse nuevamente contando con un número de tres mil afiliados y sus respectivas firmas, debiendo usar, durante el proceso de inscripción, los mismos nombres, divisas, emblemas, siglas y colores que les identificaban como partidos políticos.

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

Han intervenido en el proceso, además de los demandantes, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

I. En el trámite del proceso los intervinientes expusieron lo siguiente:

I. Los demandantes manifestaron que el D. L. n° 586/2005, vulnera los arts. 185 y 86 –que consagran el principio de legalidad–; 21 –que reconoce el principio de irretroactividad de la ley–; y 1 inc. 1° –que se refiere a la seguridad jurídica–, todos de la Constitución.

En cuanto a la violación del art. 185 Cn., expusieron que la Asamblea Legislativa inaplicó las disposiciones legales vigentes al 19-I-2005, es decir, el art. 182 del Código Electoral (CE), al promulgar el inc. 2° del art. 1 del D. L. 586/2005, lo que constituye una violación al principio de separación de Órganos, puesto que ha existido una injerencia del Legislativo en las atribuciones del Judicial.

La Asamblea Legislativa ha incurrido en un evidente exceso –dijeron–, pues la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas, sólo se encuentra reservada para los tribunales al ejercer la facultad de administrar justicia; por consiguiente, si bien resulta inobjetable que cualquier poder público u organismo descentralizado tiene facultad para interpretar la Constitución y aplicarla en los casos que corresponda, la Asamblea Legislativa no puede arrogarse una potestad como la de declarar inaplicables normas infraconstitucionales.

Con dicha actuación –afirmaron– se vulnera también el principio de legalidad, puesto que la Asamblea Legislativa se extralimita en las facultades que le otorga el art. 131 Cn., y contraviene lo dispuesto en el art. 86 inc. 3° Cn., en tanto que los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más atribuciones que las que expresamente les da la ley.

Alegaron, además, que el referido Decreto viola el contenido del art. 21 Cn., es decir, el principio de irretroactividad de la ley, puesto que norma actos ocurridos el 21-III-

2004, sin que lo anterior constituya alguno de los supuestos de retroactividad permitidos constitucionalmente.

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

Asimismo, manifestaron que –en técnica legislativa– la seguridad jurídica exige que las normas y las situaciones que en ellas se contemplan gocen de cierta estabilidad y sean modificables sólo en la forma prevista en las leyes. Por el contrario, la inseguridad jurídica proviene de la mala técnica legislativa, de la inadecuada actuación de los poderes públicos y de la injustificada inestabilidad de las instituciones jurídicas.

2. Efectuado el análisis sobre la admisibilidad de la demanda, se previno a los actores, en fecha 6-V-2005, para que aclararan los términos de la impugnación del D. L. 586/2005 respecto de la supuesta violación al art. 86 Cn., lo cual fue cumplido mediante escrito de 13-V-2005.

Mediante auto de 9-XII-2009, se declaró improcedente la pretensión en cuanto a la supuesta vulneración a los arts. 86 y 185 Cn., puesto que, entender que la Asamblea está inaplicando algunas disposiciones por vicios de inconstitucionalidad y usurpando con ello atribuciones del Órgano Judicial, constituye una interpretación irrazonable; y en relación con la violación a la seguridad jurídica –arts. 1 y 2 Cn.–, se declaró igualmente improcedente al alegarse un enfoque genérico respecto del motivo específico, relativo a la violación al art. 21 Cn.

Sin embargo, se admitió la demanda circunscrita al control del D. L. 586/2005, por la supuesta violación al art. 21 Cn.

3. Al rendir el informe que le fue solicitado, la Asamblea Legislativa expuso que el principio de irretroactividad de las leyes admite excepciones, y la primera es el caso de aplicación retroactiva cuando se trata de materias de orden público.

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

Además, acotó que las leyes de orden público, por su misma naturaleza, tienen por objeto mantener un clima de confianza, estabilidad y garantía general.

En ese sentido, afirmó que el D. L. 586/2005 es de orden público, y es expresamente retroactivo para las elecciones presidenciales que se desarrollaron en el año 2004. A su juicio, “si el legislador no se hubiere pronunciado por la emisión del Decreto hoy impugnado, se estaría violando los derechos adquiridos por parte de las fuerzas políticas que a la fecha cuentan con representación legislativa y municipal, y que por los resultados electorales de la elección presidencial de marzo de 2004, no alcanzaron los porcentajes regulados en los números 3° y 7° del art. 182 del Código Electoral, y que como consecuencia de ello hubiere sido cancelada su respectiva inscripción como partidos políticos por parte del Tribunal Supremo Electoral, podrán inscribirse nuevamente contando con un número de 3,000 afiliados y sus respectivas firmas, debiendo usar durante el proceso de inscripción, los mismos nombres, divisas, emblemas, siglas y colores que los identifiquen como partidos políticos”.

Afirmó, asimismo, que se estaban protegiendo los derechos adquiridos de los funcionarios que se habían asociado para constituir partidos políticos de acuerdo con la ley o ingresar a los ya constituidos, tal como lo establece el art. 72 ord. 2º Cn.

Por otra parte –dijo–, el art. 80 Cn. establece que el Presidente y Vicepresidente de la República, los Diputados a la Asamblea Legislativa y al Parlamento Centroamericano, y los miembros de los Concejos Municipales, son funcionarios de elección popular; por consiguiente, se les están protegiendo, de igual forma, sus derechos adquiridos ganados en su respectiva elección.

Por lo que, lejos de violentarse el art. 21 Cn., se configuró la excepción constitucional que establece que las leyes no pueden tener efecto retroactivo salvo en materia de orden público, y en el presente caso, el D. L. 586/2005, es de orden público.

4. Al contestar el traslado conferido de conformidad con el art. 8 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (L. Pr. Cn.), el Fiscal General de la República afirmó que el Decreto impugnado no es de orden público, pues su texto no lo determina como tal, ni tampoco el CE se ha catalogado como una ley de orden público por el Órgano legisferante.

A su juicio, los pretenses han hecho una interpretación equivocada de lo que trata de resolver el Decreto impugnado: la reducción de requisitos para una nueva inscripción, ante la inminente cancelación por parte del Tribunal Supremo Electoral (TSE) con el objeto de mantener un sistema político pluralista, el cual únicamente se expresa por medio de los partidos políticos, quienes recogen la diversidad de expresiones ideológicas que convergen en los procesos electorales.

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

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

II. Luego de expuestos los motivos de inconstitucionalidad señalados por los demandantes, así como los argumentos de la Asamblea Legislativa y del Fiscal General de la República, corresponde resumir los términos del contraste normativo aducido y la justificación de la autoridad demandada, para luego enunciar el orden lógico de esta decisión.

I. El art. 1 inc. 1° del D. L. 586/2005 establece, primero, que los partidos políticos que al 19-I-2005 contaban con representación legislativa y municipal, y que hubiesen sido cancelados por no alcanzar los porcentajes regulados en los ords. 3° y 7° del art. 187 CE, podrían inscribirse nuevamente contando con un número de tres mil afiliados y sus respectivas firmas.

Por su parte, el inc. 2° del mismo artículo establece que a los partidos políticos que participaron en la elección presidencial del marzo de 2004, *no les serían aplicables* los ords. 3° y 7° del art. 182 CE, como efecto de los resultados obtenidos en dicha elección.

A. Los actores sostienen la inconstitucionalidad por violación al principio de irretroactividad, pues consideran que se pretende un efecto retroactivo del inc. 2° del art. 1 del Decreto citado, al dejar sin aplicación los ords. 3° y 7° del art. 182 CE, regulando así actos ocurridos el 21-II-2004, sin que lo anterior constituya una de las excepciones prescritas para la existencia de retroactividad de la ley de acuerdo con la Constitución: orden público o ley penal más favorable.

B. La Asamblea Legislativa admitió el efecto retroactivo del art. 1 del D. L. 586/2005, bajo la idea que se trata de una materia de orden público, que tiene por objeto garantizar los derechos adquiridos de los partidos políticos que participaron en las elecciones de marzo de 2004, así como los derechos adquiridos de los funcionarios que participaron en las elecciones a través de dichos partidos.

2. Delimitados los términos de la contradicción constitucional alegada y la defensa de la autoridad demandada, en la presente decisión se definirán: (III) los aspectos de la seguridad jurídica en el ámbito de la producción de normas; para luego exponer (IV) la noción de una de sus manifestaciones concretas, el principio de irretroactividad y sus excepciones constitucionalmente admitidas; y con base a ello, (V) dilucidar la constitucionalidad de la disposición impugnada.

III. 1. Como forma concreta de ejercicio del poder en nuestra sociedad, el Estado descansa en gran medida sobre la idea de la seguridad jurídica. La situación ideal sería la actuación racional y fundada de los otros actores públicos y privados; sin embargo, la realidad cotidiana demuestra que para lograr este comportamiento de los demás, y específicamente del poder público, es necesario tomar medidas institucionales y reglamentarias, así como articular principios que disciplinen su funcionamiento.

En cuanto definidora de un *status* de certeza para el individuo en sus relaciones con el poder público, la seguridad jurídica se manifiesta en los más diversos campos y respecto de todos los Órganos del Estado, lo que resulta una consecuencia lógica y necesaria de su carácter de *valor estructurador del ordenamiento jurídico*, pues pretende asegurar la estabilidad en la actuación pública, en relación con las legítimas expectativas de los ciudadanos y la sociedad en el mantenimiento y permanencia de lo ya realizado o declarado.

Ahora bien, es preciso afirmar que este valor no es absoluto, pues de lo contrario el ordenamiento jurídico existente se congelaría al impedirse su necesaria renovación y adaptarlo a las circunstancias de tiempo y espacio. La seguridad jurídica como valor no ampara, por tanto, la preservación indefinida del régimen jurídico que se establece en un momento histórico determinado.

2. Una primera aproximación a la seguridad jurídica –como valor estructural– se centra en el proceso previo de creación y articulación del Derecho a fin de conseguir la certeza de éste y la mayor calidad técnica del mismo.

Desde este punto de vista, son varios los principios que se suman a la lista de concreciones de la seguridad jurídica como valor fundamental en la estructuración del Estado; así pueden mencionarse los principios de certeza y claridad legislativa, y el principio de irretroactividad de las leyes, todos ellos con una relación muy estrecha.

En conexión con lo anterior, y sobre la convicción de la necesidad de conocer de una forma previa las consecuencias de los actos estatales, la Constitución salvadoreña recoge en el art. 1 la seguridad jurídica, el cual sirve de punto de partida al art. 21 Cn., que expresa, de otro lado, la prohibición, por regla general, de retroactividad de las emisiones normativas.

3. En ese sentido, adquieren relevancia algunos elementos de las disposiciones jurídicas, como caracteres representativos de seguridad jurídica:

A. Así, el primer requisito de la norma escrita debe ser el de su *validez*, pero, junto a ello, debe garantizarse su conexión con el resto del sistema jurídico.

Una disposición jurídica es válida, cuando ha sido emitida de acuerdo a los cánones de producción normativa establecidos; por tanto, son las normas sobre producción jurídica

las que regulan las *competencias* normativas de diversos órganos, los *procedimientos* que deben seguirse para generar las distintas fuentes, y la *potencialidad material* de cada fuente del Derecho.

En ese sentido, la exigencia de certeza impone a los poderes públicos la obligación de que la producción de normas se ajuste a las pautas preestablecidas por el sistema jurídico del país, lo que redundará en la identificación objetiva de cuáles leyes han sido emitidas y cuáles de sus alteraciones son válidas, así también se permitiría saber si el ingreso de cualquier modificación legal ha sido regular conforme al sistema.

B. Por su parte, la *vigencia* implica la pertenencia *actual* y *activa* de una disposición en el ordenamiento jurídico, de manera que es capaz de regular todas las situaciones subsumibles en su supuesto de hecho, toda vez que haya sido publicada y concluido su período de *vacatio legis*.

En otras palabras, la *vigencia* de las disposiciones es el intervalo de tiempo durante el cual una disposición jurídica pertenece al sistema y es susceptible de ser aplicada. La cualidad de imponer en la realidad las consecuencias previstas en las disposiciones empieza desde el momento de su publicación o difusión oficial del cuerpo normativo que las contiene, más el lapso de *vacatio legis*.

A partir de tal suceso, y no antes, las disposiciones contenidas en las leyes se vuelven jurídicamente aplicables, vale decir, producen efectos normativos hacia el futuro.

IV. Como se apuntó anteriormente, el principio de irretroactividad de las leyes figura como una concreción de la seguridad jurídica como valor fundamental.

1. Sobre el mismo, es pertinente tener en cuenta que, ya sea de forma expresa o tácita, todas las disposiciones jurídicas se refieren a intervalos temporales, en su *supuesto* y en su *consecuencia*.

El momento en que acontecen los supuestos relevantes para un caso, es determinante para la aplicabilidad de las disposiciones del mismo. Así, *el ámbito temporal abstracto que contiene la disposición debe coincidir con el momento en que acontece la acción* que habilitaría su aplicación. De manera que todo lo que ocurra fuera de ese ámbito temporal debe considerarse irrelevante para tal disposición.

Por tanto, para establecer si determinada circunstancia de hecho es merecedora de la consecuencia jurídica prevista en una disposición, es necesario establecer en qué momento es realizada la acción y el intervalo de tiempo al que la primera se refiere.

2. Desde el punto de vista del aplicador de la norma, el sistema jurídico vigente presente al momento de su decisión, ocupa una posición privilegiada en cuanto a la aplicabilidad al caso concreto; sin embargo, no es el único susceptible de aplicación actual, ya que existirán casos en los que quien aplica la norma debe optar por disposiciones que ya han sido derogadas, pero que retienen su aplicabilidad, porque los hechos a los que se refiere se consumaron durante su vigencia *–ultractividad–*.

Así también, existirán otros supuestos en que se deberán aplicar disposiciones actualmente vigentes, sobre situaciones o hechos iniciados o acontecidos con anterioridad a dicha vigencia *–retroactividad–*.

3. Ahora bien, en el sistema jurídico salvadoreño, uno de los criterios de aplicabilidad de las normas en el tiempo es el principio de *irretroactividad* de las leyes, consagrado en el art. 21 Cn.

Al respecto hay que subrayar que la Constitución no garantiza un principio de irretroactividad absoluto o total; sino que sujeta la excepción a dicho principio a los casos de leyes favorables en materia penal y en materias de orden público –este último, declarado expresamente en la ley y avalado por la jurisdicción constitucional–.

Como límite al legislador, la irretroactividad implica que las emisiones normativas futuras no pueden calificar jurídicamente los actos o hechos pretéritos de los individuos o instituciones públicas, de manera que se altere la regulación que correspondería aplicar, según el ordenamiento que estuvo vigente en el momento en que aquélla tuvo lugar o se consumó.

Desde este punto de vista, la retroactividad se verificaría en la afectación o modificación de situaciones jurídicas consolidadas; es decir, en la traslación de consecuencias jurídicas a un momento anterior a la vigencia de la nueva ley.

De ahí que, en definitiva, para comprobar si una ley es o no retroactiva, sea determinante verificar, primero, si las situaciones iniciadas en el pasado son reguladas por la nueva ley; y segundo, si las consecuencias de ésta se extienden a esas situaciones consumadas.

4. A. Como se dejó apuntado, ya sea de forma expresa o tácita, todos los enunciados jurídicos se refieren a intervalos temporales en su *supuesto* y en su *consecuencia*.

Cuando la afectación de la *nueva disposición* se da en el supuesto de hecho, el intervalo de tiempo se refiere a la *subsunción*; mientras que si el ámbito temporal se da en la consecuencia, se refiere al *efecto*.

B. En virtud de ello, cabe distinguir dos requisitos para verificar la retroactividad: que el *enunciado jurídico nuevo* se refiera a supuestos de hecho pasados; y que, además, desplace a las consecuencias jurídicas que el ordenamiento anterior preveía.

En conclusión, ninguna ley es retroactiva *stricto sensu* si solamente se refiere a hechos pasados –por ejemplo, el derecho intertemporal, en la sucesión de normas procesales–. Lo determinante es calificar si pretende extender las *consecuencias jurídicas del presente* a situaciones de hecho que se produjeron en el pasado –Sentencia de 6-VI-2008, pronunciada en el proceso de Inc. 31-2004–.

V. Corresponde ahora dilucidar si, de conformidad con su estructura, el art. 1 del D. L. n° 586/2005, tiene efectos retroactivos.

1. A. El *supuesto de hecho* del inc. 1° del art. 1 es la cancelación de los partidos políticos que al 19-I-2005 contaban con representación legislativa y municipal, pero que no alcanzaron los porcentajes regulados en el CE, exigibles en ese momento. La *consecuencia jurídica* es que, no obstante su cancelación, podrían inscribirse nuevamente contando con un número de tres mil afiliados, *siempre que hubiere sido cancelada su inscripción como partido político, por parte del Tribunal Supremo Electoral*. Es decir, esta norma aplica a partidos políticos que fueron realmente cancelados y les prescribe unas consecuencias futuras.

En el enunciado jurídico contenido en el art. 1 inc. 1° se advierte lo siguiente:

a. En tal inciso el *intervalo de subsunción* es el 19-I-2005, al aludirse a “las fuerzas políticas que *a la fecha* cuentan con representación legislativa y municipal...”, refiriéndose, por tanto, a la fecha del D. L. n° 586/2005.

b. El inicio de la *vigencia* fue el 10-II-2005, es decir, ocho días después de la publicación en el Diario Oficial (2-II-2005).

c. El momento al que se refiere la consecuencia del enunciado –*tiempo del efecto*– coincide con el intervalo de validez; o sea, que genera una consecuencia jurídica no prevista previamente, pues sería a partir de la entrada en vigencia del D. L. 586/2005 (10-II-2005) que los partidos políticos cancelados pudieron inscribirse nuevamente (a futuro), una vez publicado el Decreto y transcurrido el período de *vacatio legis*.

Expuesto lo anterior, se advierte que no se trata, entonces, de un enunciado con efectos retroactivos, pues, si el tiempo del hecho regulado se refiere al momento de la emisión del D. L. 586/2005, y su consecuencia jurídica –*inscribirse* nuevamente– es una regulación hacia el futuro, *el inc. 1° del art. 1 empieza a surtir efectos luego de su vigencia, y no antes.*

B. El supuesto de hecho del inc. 2° del art. 1, del D. L. 586/2005, es pretérito: la participación de los partidos políticos en la elección presidencial de marzo de 2004. La *consecuencia jurídica* es desplazar la regulación de los ords. 3° y 7° del art. 182 CE, según los resultados obtenidos en dicha elección.

En este enunciado jurídico se advierte lo siguiente:

a. El *intervalo de subsunción* –intervalo de tiempo durante el cual ha de tener lugar el acontecimiento– es previo al Decreto: 21-III-2004, fecha en la cual se llevaron a cabo las elecciones presidenciales.

b. El inicio de la *vigencia* fue el 10-II-2005, es decir, ocho días después de la publicación en el Diario Oficial (2-II-2005).

c. El tiempo al que se refiere la *consecuencia* del enunciado –*tiempo del efecto*– es el 26-III-2005, fecha en la cual se dieron a conocer los resultados oficiales de las elecciones presidenciales, y momento en el cual –según esta disposición jurídica–, no se les aplicaría a los partidos políticos el art. 182 ords. 3° y 7° CE; por lo tanto, no serían cancelados aquéllos que no hubiesen llegado a los porcentajes contemplados en dicha ley.

Expuesto lo anterior, el *tiempo de la consecuencia* del enunciado jurídico es previo al *intervalo de validez*; es decir, que los efectos de dicha norma –10-II-2005– se despliegan hacia un momento anterior a la vigencia del mismo Decreto, o sea, a marzo de 2004; *por lo tanto, se trata de una norma jurídica con efectos retroactivos*. Esto modifica la *consecuencia* que ya estaba prevista en el art. 182 ords. 3° y 7° CE, y que era la que correspondía aplicar a los hechos que acontecieron durante su vigencia.

C. Advierte esta Sala, entonces, que el inc. 1° del art. 1 del D. L. 586/2005, no tiene efectos retroactivos; mientras que el inc. 2° es efectivamente retroactivo, y según las argumentaciones expuestas por las partes, corresponde ahora verificar si se trata de una materia de orden público, facultad que este Tribunal puede ejercer, conforme al art. 21 inc. 2° Cn., por tratarse de una materia constitucional.

2. A. Respecto del concepto jurídico de *orden público*, no ha existido uniformidad sobre qué debe entenderse por tal; pero doctrinariamente se han ensayado algunos elementos conceptuales que se describen a continuación:

a. El *orden público material* –o restringido– consiste en una situación de tranquilidad en la sociedad, como ausencia de agresiones a bienes jurídicos relevantes. Así también, se ha sostenido que desde una perspectiva formal –o amplia–, orden público se entiende como límite a la voluntad de los particulares; es decir, como ley imperativa *no disponible* por los individuos.

b. Otras posturas doctrinales sostienen que orden público es un *concepto metajurídico*, pues no se identifica con ordenamiento jurídico alguno, ni con el sistema normativo e institucional propio de un Estado, sino que se dirige a tutelar bienes y principios que no son tomados en consideración de modo específico por una norma jurídica, pero que son considerados *esenciales para la convivencia en un determinado momento histórico*.

En respuesta crítica a esta idea, se ha tratado de definir al orden público como un *status* social establecido y condicionado por la voluntad formal de una comunidad jurídica, en función de su tradición histórica, sus convicciones éticas más arraigadas, sus costumbres y convencionalismos más generalizados, sus necesidades y exigencias más sentidas.

c. Una definición más restringida, considera al orden público como el conjunto de acciones dirigidas a evitar, reducir o corregir los daños causados a las personas o sus bienes por toda clase de medios de agresión por los *elementos naturales* o extraordinarios, cuando la gravedad de sus efectos les hace alcanzar el carácter de calamidad pública.

En ese sentido, el concepto en estudio incluiría aquellas medidas que contrarresten las perturbaciones contra la salubridad, seguridad y propiedad de las personas, o contra los servicios públicos esenciales para la comunidad, provocadas por desastres naturales o estado de guerra o actos violentos o de fuerza contra el ordenamiento constitucional.

d. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hace referencia a las “condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público” (Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985).

B. Una de las propiedades definitorias del concepto de orden público es ser cambiante, ya que se refiere a intereses que el Legislador –a veces también el Juzgador– considera prevalentes en la sociedad en un momento determinado, motivo por el cual deben ser especialmente protegidos. Obviamente, su caracterización dependerá de las circunstancias sociales, económicas y políticas que un Estado expresa o implícitamente adopta. Parece claro, entonces, que el orden público no puede concebirse de manera aislada o autónoma, sino que necesariamente se reconduce al precepto y materia que lo consagra.

Lo que sí puede recalcarse es que el concepto de orden público no es particular ni exclusivo de una sola rama del Derecho; se enuncia y está implícito en diversas ramas jurídicas. Es por ello que en cada una se aporta una connotación distinta, lo que da como resultado que no exista una concepción unívoca de dicho concepto jurídico indeterminado.

C. Conforme a lo expuesto, analizar detenidamente su función y sus articulaciones con el *contexto* en el cual habitualmente se utiliza, puede contribuir a una configuración crítica de la noción de orden público que, en definitiva, apunte a su transformación, y fundamentalmente, a su reconstrucción, en aras de una concepción dinámica del sistema normativo y de su aplicación.

Desde la perspectiva en que constitucionalmente se sitúa –arts. 6, 21, 25 y 29 Cn.–, el orden público aparece relacionado con los límites legítimos a determinados derechos, y por tanto, dista mucho de constituir una cláusula habilitadora de poderes indeterminados e ilimitados hacia el Legislador.

Y es que, *si se tiene en cuenta la importancia que la Constitución atribuye al conjunto de derechos –con todas las técnicas y herramientas de protección y potenciación, como la proporcionalidad– está claro que el orden público se formula desde esta perspectiva de límites a tales derechos y, por tanto, habrá de ser objeto de interpretación restrictiva.*

Por ello, la herramienta hermenéutica adecuada a este tipo de análisis se centra en la definición misma de orden público, como *principio que busca la adecuada orientación o colocación de situaciones inseguras o dificultosas, para contrarrestarlas o reducirlas, a través del equilibrio y proporción de las mismas, en aras del interés público o del interés general.*

D. No puede negarse que, en el orden de los hechos, puedan suscitarse necesidades sociales de importancia fundamental que impongan acudir a la retroactividad para solucionarlas; sin embargo, para evitar el abuso de esta herramienta, el principio de irretroactividad de las leyes está concebido como una garantía normativa o mecanismo tendente a tutelar los derechos fundamentales.

La ley, por lo tanto, habrá de aplicarse a situaciones jurídicas o facultades legales o que han emergido bajo su vigencia; mientras que la alteración de situaciones jurídicas consolidadas o nacidas con anterioridad a la ley más actual, debe justificarse y consignarse expresamente, no pudiendo quedar a la discreción del juzgador (*v. gr.*, Sentencias de 2-X-1987 y 16-I-1991, emitidas en los Amp. 5-S-85 y 17-C-90, respectivamente, así como la Sentencia de 25-I-1989, pronunciada en el Inc. 10-87).

En efecto, por el sólo carácter de orden público de una ley, manifestado o no en ella, no debe aplicarse retroactivamente, pues implicaría un exceso a la permisión constitucional, y crearía mayor inseguridad jurídica en perjuicio del orden público que se invoca.

En ese sentido, la jurisprudencia de esta Sala ha sido clara al señalar que el carácter de *orden público* de una ley no le concede a ésta *–ipso iure–* efecto retroactivo, puesto que dicho carácter *debe estar consignado expresamente en la ley*, de una manera general o con referencia a situaciones especiales que ella regula (Sentencias de 26-VIII-1998 y 13-V-2005, pronunciadas en los procesos de Amp. 317-97 y de Inc. 16-2004, respectivamente).

En conclusión, *la calificación de una ley como de orden público no queda sujeta a la discrecionalidad del legislador, sino que presupone el respeto al régimen constitucional establecido, principalmente a las garantías que protegen a los derechos fundamentales de límites excesivos, cuyo núcleo esencial está centrado en los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Por ello, no basta que el legislador dé a sus preceptos vigencia retroactiva arguyendo que son de orden público, sino que compete a la Corte Suprema de Justicia, y específicamente a la Sala de lo Constitucional –por tratarse de materia constitucional–, proceder al análisis de tales normas para determinar si una ley es o no de orden público (art. 21 Cn.)*

E. En el presente caso, la Asamblea Legislativa no consignó expresamente el carácter de *orden público* en el Decreto impugnado. No obstante ello, en el informe rendido en la tramitación de este proceso, sostuvo que la finalidad es preservar el ejercicio del derecho político a asociarse para constituir partidos e ingresar a los ya constituidos (art. 72 ord. 2° Cn.)

a. Al respecto, se ha afirmado en la Sentencia de 25-IV-2006, pronunciada en el proceso de Inc. 11-2004, que con la incorporación del pluralismo al modelo eleccionario y a las acepciones del Estado moderno, se hace necesario implantar instituciones democratizadoras que aseguren la *participación política* de los ciudadanos, principalmente, a través de un conjunto de facultades que tienen por objeto activar la vida política de un Estado bajo el matiz de libertades públicas o libertades democráticas.

Mediante dichas facultades –derechos fundamentales, estrictamente– se asegura al ciudadano la posibilidad directa de influir y acceder a la organización del Estado, y ser determinante y director de la política nacional. En ese sentido, el art. 72 Cn. establece, entre otros, el derecho político a asociarse para constituir partidos políticos e ingresar a los ya constituidos.

Al igual que el derecho de asociación, el derecho establecido en el art. 72 ord. 2º Cn., puede apreciarse desde una doble vertiente: la que se manifiesta en el derecho de cada persona individualmente considerada y que constituye un ámbito de autonomía individual – asociarse o no–; y la vertiente colectiva del mismo derecho, que implica el libre desenvolvimiento de la asociación como persona jurídica, dentro de la licitud de sus fines.

Asociarse para crear partidos políticos o ingresar a los ya existentes constituye una derivación del derecho general de libertad, donde se pone de manifiesto el carácter individual del derecho subjetivo de asociación, que se ejerce en compañía de otros individuos con el mismo ánimo.

b. No cabe duda que la presencia de los partidos en las elecciones confirma su papel mediador de la relación representativa entre electores y electos (Sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009). *Pero también, una parte esencial del consenso y representatividad política reside en el respeto a las reglas del juego preestablecidas por la ley (CE): las formas y procedimientos institucionales deben ser observados estrictamente en los procesos político-electorales y en los debates ideológicos plurales.*

Este respeto de las reglas legales del proceso democrático, pretende generar una aproximación porcentual de la representación social, hacia la representación orgánico-funcional en las instituciones estatales, y dar mayor legitimidad a la decisión de los órganos de conformación compuesta; por el contrario, no es la idea de la democracia plantear un sistema en el que cada individuo o cada identidad diferenciada tenga necesariamente que estar presente en las instituciones políticas, representando sus características peculiares o sus propios intereses en el debate político.

c. En efecto, una de las funciones principales de los procesos electorales es la generación de participación política, pues posibilitan, por un lado, *expresar al electorado sus preferencias políticas*; elegir programas políticos distintos; y, por otra parte –no menos

importante—, producir representación, en la que se refleja el pluralismo de la comunidad en el seno de las instituciones públicas.

Como expresión del poder electoral, el sufragio asume la función principal de determinar la elección y nombramiento de las personas que han de ejercer el poder del Estado, en representación del pueblo, del cual deviene el carácter legítimamente representativo de las autoridades. Así también, *el sufragio permite reflejar el rechazo tácito de otras ofertas electorales que no satisfacen sus expectativas*, idea central en toda democracia que garantiza en el electorado la última palabra en el traslado de la responsabilidad política hacia los funcionarios electos por voto popular.

En ese marco, el partido político es una asociación de individuos unidos por la defensa de intereses concretos que se enmarcan dentro de una determinada ideología, organizado internamente mediante una estructura jerárquica, con afán de permanencia en el tiempo, y cuyo objetivo es alcanzar el poder político, ejercerlo y concretar determinado programa político. Dicho objetivo —alcanzar el poder político— solamente se logra con la participación en los mecanismos o procesos electorales y *en el respeto del ordenamiento legal que sirve de base a tales procesos, en los cuales se canalizan las demandas de la población hacia los poderes públicos*.

En ese sentido, la faceta individual —que también es de configuración legal— queda preservada independientemente de si hay o no un traslado de la representación social hacia las estructuras orgánico-funcionales del Estado, cuando un partido político no supera las barreras electorales predeterminadas por el ordenamiento jurídico vigente al momento de la elección popular.

d. Y es que, si se acepta que preservar por siempre y en todos los casos los derechos políticos adquiridos, es materia de orden público, no podrían hacerse efectivas las

intervenciones legítimas sobre los mismos, ni activarse el dinamismo democrático en la creación y disolución de los partidos políticos.

3. A. El presente caso tiene como sustento fáctico previo, la elección presidencial de 21-III-2004, declarado firme por Decreto del TSE, de 3-IV-2004, publicado en el Diario Oficial n° 67, de 14-IV-2004.

Según acta de escrutinio final autorizada por el TSE, en fecha 26-III-2004, en dicho evento se dieron los siguientes resultados electorales: el partido ARENA obtuvo un total de 1.314,436 votos, equivalentes al 57.71 % del total de votos válidos; el partido FMLN obtuvo 812,519 votos válidos, equivalentes al 35.68 %; el partido PCN obtuvo un total de 61,781 votos, equivalentes al 2.71 % del total de votos válidos; y la coalición CDU-PDC obtuvo 88,737 votos válidos, equivalentes al 3.9 %.

B. Ante estos resultados, y para lo que al presente caso interesa, el TSE debe iniciar el proceso de cancelación de los partidos políticos que no alcanzaron el porcentaje mínimo establecido en la legislación que regulaba el evento electoral en cuestión, contemplado en el art 182 CE –3 % de los votos válidos para los partidos que participaron solos, y 6 % para los que participaron en coalición–.

Tales resultados son coherentes con las intenciones de voto democrático y con la finalidad de representación orgánica e institucional que los partidos debieron acreditar para poder subsistir, lo cual no fue alcanzado por algunos de ellos.

Contrario a ello, el D. L. 586/2005 ha pretendido desconocer y anular la voluntad del electorado –como soberano–, ya consolidada con el resultado de las elecciones mencionadas; y, con efectos retroactivos en una materia que no es de orden público, habilita a los partidos que no obtuvieron el porcentaje mínimo establecido en la ley, a

subsistir a un escrutinio democrático en el que el cuerpo electoral se decantó por el rechazo tácito a su oferta electoral.

Lo que atiende a un verdadero orden público, como necesidad de estabilidad institucional y democrática, es respetar los resultados electorales, antes que desacreditarlos por las expectativas particulares del derecho de asociación de las personas que integran partidos políticos que no superaron la barrera de representación mínima para subsistir como tales.

C. En suma, tanto en la omisión del texto del Decreto impugnado, de consignar expresamente que se trataba de una materia de orden público, como del análisis de las justificaciones rendidas por la autoridad demandada en este proceso, *se concluye que la regulación impugnada no es materia de orden público, no obstante sus efectos retroactivos; y por tanto, debe declararse la inconstitucionalidad del inc. 2° del art. 1 del Decreto Legislativo n° 586, de 19-I-2005, publicado en el Diario Oficial n° 23, de 2-II-2005, por violación al art. 21 Cn., ya que constituye una regulación con efectos retroactivos y la exoneración de las consecuencias electorales no es materia de orden público.*

En consecuencia, el TSE deberá iniciar el procedimiento de cancelación de los partidos políticos que no alcanzaron los porcentajes establecidos por el CE en las elecciones presidenciales del año 2004; *y tales partidos no podrán beneficiarse de los requisitos establecidos en el mencionado inc. 1° del art. 1, D. L. 586/2005, sino que deberán inscribirse con los mismos requisitos que se exigen actualmente a los demás partidos políticos.*

Por tanto

Con base en las razones expuestas, disposiciones y jurisprudencia constitucional citadas, y arts. 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador esta Sala:

Falla:

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

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

3. *Notifíquese* la presente resolución a todos los intervinientes.

4. *Publíquese* esta Sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial.