

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



**ACTIVISMO JUDICIAL EN LA JURISPRUDENCIA ELECTORAL  
DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL, PERIODO 2009 - 2018.**

**PRESENTAN:**

**ALVAREZ DE LOS REYES, ABNER DANIEL  
SORTO HERNÁNDEZ, SAÚL ANTONIO**

**PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE:  
LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS**

**DIRECTOR DE CONTENIDO:**

**Dr. EDWIN GODOFREDO VALLADARES PORTILLO**

**NOVIEMBRE 2019**

**CIUDAD UNIVERSITARIA ORIENTAL  
SAN MIGUEL, EL SALVADOR, CENTROAMÉRICA.**

**AUTORIDADES**

**MCS. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO**  
**RECTOR**

**DR. RAÚL ERNESTO AZCÚNAGA LÓPEZ**  
**VICERECTOR ACADEMICO**

**ING. JUAN ROSA QUINTANILLA**  
**VICERECTOR ADMINISTRATIVO**

**ING. FRANCISCO ANTONIO ALARCÓN SANDOVAL**  
**SECRETARIO GENERAL**

**LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN**  
**FISCAL GENERAL**

**FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL**

**AUTORIDADES**

**LIC. CRISTOBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ**  
**DECANO.**

**LIC. ÓSCAR VILLALOBOS**  
**VICE-DECANO.**

**LIC. ISRAEL LOPÉZ MIRANDA  
SECRETARIO EN FUNCIONES.**

**MTRO. JORGE PASTOR FUENTES CABRERA.  
DIRECTOR GENERAL DEL PROCESO DE GRADUACIÓN.**

**DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.**

**AUTORIDADES:**

**LIC. ÓSCAR VILLALOBOS  
JEFE DE DEPARTAMENTO EN FUNCIONES**

**LIC. RAFAEL ANTONIO ANDRADE POLÍO  
COORDINADOR GENERAL DE PROCESO DE GRADUACIÓN**

**DR. EDWIN GODOFREDO VALLADARES PORTILLO  
DIRECTOR DE CONTENIDO**

**LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA  
ASESOR METODOLÓGICO**

## **INDICE**

### **CAPITULO I**

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

1.1 SITUACION PROBLEMÁTICA.....	2
1.2 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.....	9
1.3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.....	13
1.3.1 PROBLEMA FUNDAMENTAL.....	13
1.3.2 PROBLEMA ESPECÍFICO.....	13
1.4 JUSTIFICACIÓN.....	13
1.5 OBJETIVOS.....	16
1.5.1 OBJETIVO GENERAL.....	16
1.5.2 OBJETIVO ESPECÍFICO.....	16
1.6 ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN.....	17
1.6.1 ALCANCE DOTRINARIO.....	17
1.6.2 ALCANCE JURÍDICO.....	19
1.6.3 ALCANCE TEÓRICO.....	20
1.6.4 ALCANCE TEMPORAL.....	23
1.6.5 ALCANCE ESPACIAL.....	24

### **CAPITULO II**

#### **2.0 NOCIONES DEL CONOCIMIENTO EVOLUTIVO, TEORÍCO Y DOCTRINARIO SOBRE ACTIVISMO JUDICIAL ELECTORAL**

2.1 ANTECEDENTES DE ACTIVISMO JUDICIAL.....	27
2.1.1 ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTORICO DEL. ACTIVISMO JUDICIAL.....	28
2.1.1.1 ACTIVISMO JUDICIAL: ESTADOS UNIDOS, EUROPA Y LATINOAMÉRICA.....	29
2.1.2 CONCEPTO.....	33
2.1.3 NATURALEZA JURÍDICA.....	38

2.1.4	CARACTERÍSTICAS DEL ACTIVISMO JUDICIAL.....	40
2.1.5	TIPOS DE ACTIVISMO JUDICIAL.....	43
2.1.5.1	ACTIVISMO JUDICIAL CONTEMPORÁNEO.....	44
2.1.5.2	ACTIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO.....	45
2.1.5.3	ACTIVISMO JUDICIAL POSITIVO Y NEGATIVO.....	49
2.1.6	ACTIVISMO JUDICIAL APLICADO EN SALA DE LO CONSTITUCIONAL.....	50
2.2	ACTIVISMO JUDICIAL A LA LUZ DE LA CONCEPCIÓN POSTPOSITIVISTA Y NEOCONSTITUCIONALISTA DEL DERECHO.....	53
2.2.1	ACTIVISMO JUDICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES: APLICACIÓN EN LA TEORÍA POSTPOSITIVISTA.....	55
2.2.2	ACTIVISMO JUDICIAL EN LA EVOLUCIÓN INTERPRETATIVA DEL ESTADO MODERNO.....	58
2.2.3	APLICACIÓN TEORÍA DEL ACTIVISMO JUDICIAL ENFOQUE SOBRE CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO Y GARANTISTA.....	60
2.2.4	UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POSITIVIZADOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO.....	64
2.3	MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.....	67
2.3.1	TELEOLÓGICO.....	67

2.3.2	JURISPRUDENCIA DE INTERÉS.....	68
2.3.3	DE LA JURISPRUDENCIA PROGRESISTA O HISTÓRICA-EVOLUTIVA.....	69
2.3.4	INTEPRETACIÓN ORIGINARIA Y EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN.....	70

### **CAPITULO III**

#### **3.0 APLICACIÓN Y DESARROLLO DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES**

3.1.	JUSTICIA CONSTITUCIONAL.....	77
3.1.1	EL SURGIMIENTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.....	77
3.1.2	JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ROBUSTECIMIENTO DE LA JUDICATURA.....	78
3.1.3	CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO JUECES ARMADOS CON LOS VALORES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y DEL IUSNATURALISMO.....	79
3.1.3.1	NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO.....	81
3.1.3.2	LAS VARIANTES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO.....	83
3.1.4	SALA DE LO CONSTITUCIONAL.....	85
3.1.5	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	88
3.1.6	COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.....	91
3.2	ACTIVISMO JUDICIAL FRENTE A DERECHOS FUNDAMENTALES.....	92

3.2.1	LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL EJERCICIO ACTIVISTA JUDICIAL.....	95
3.2.2	ACTIVISMO JUDICIAL Y JUDIALIZACIÓN DE LA POLITICA COMO EXPRESION DEL PROTAGONISMO JUDICIAL.....	101
3.3	LÍMITES DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN LA ACTUACION JURISDICCIONAL CONSTITUCIONAL.....	107
3.3.1	APLICACIÓN DE PRINCIPIOS JUDICIALES EN FUNCIÓN GARANTE DE UN ACTIVISMO JUDICIAL POSITIVO.....	109
3.3.2	EFEECTO ANTIDEMOCRATICO EN LA APLICACIÓN DE UN ACTIVISMO JUDICIAL NEGATIVO O “INCORRECTO”.....	115
3.4	FACTORES CAUSALES QUE GENERAN ACTIVISMO JUDICIAL.....	119

## **CAPITULO IV**

### **4.0 ACTIVISMO JUDICIAL DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR PERIODO 2009-2018 EN MATERIA ELECTORAL.**

4.1	EL CONTEXTO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ACTIVISTA JUDICIAL ELECTORAL, PERIODO 2009-2018.....	126
4.1.1	SUJETOS INTERVINIENTES: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	128
4.1.2	ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL SISTEMA ELECTORAL SALVADOREÑO.....	130
4.2	INDICADORES APLICABLES QUE DEFINEN UNA SENTENCIA JUDICIAL ACTIVISTA.....	135

4.2.1	GRADOS APLICABLES DE INTENSIDAD LEVE, MEDIO E INTENSO EN EL EJERCICIO ACTIVISTA JUDICIAL.....	137
4.3	PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E IDENTIFICACIÓN DE SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR EN MATERIA ELECTORAL, PERIODO 2009-2018.....	139
4.4	REFLEXION SOBRE ACTIVISMO JUDICIAL POSITIVO O “CORRECTO”: LÍMITES Y GARANTIAS FRENTE AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	176
 <b>CAPITULO V</b>		
<b>5.0 ANÁLISIS, DESCRIPCIÓN E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS</b>		
5.1	SISTEMA DE HIPÓTESIS.....	180
5.1.1	OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	180
5.2	DISEÑO METODOLÓGICO.....	185
5.2.1	TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	185
5.2.2	POBLACIÓN.....	185
5.2.3	MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	186
5.2.4	MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	186
5.2.5	TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.....	187
5.2.6	INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN.....	188
5.2.7	PROCEDIMIENTOS.....	188
5.2.8	REALIZACIÓN DE ENTREVISTAS.....	189
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....		252
CONCLUSIONES.....		252
RECOMENDACIONES.....		257
BIBLIOGRAFÍA.....		260

## **AGRADECIMIENTOS.**

Le agradezco a Dios por haberme acompañado y guiado a lo largo de mi carrera, por ser mi fortaleza en momentos más difíciles y por brindarme la bendición en realizarme profesionalmente.

A mis padres Nicolás y Marisol a quienes amo, por ser los pilares fundamentales para lograr mis metas personales y profesionales, han sido mi apoyo incondicional toda la vida, espero retribuirles un poco de todo lo que me han dado, siempre estaré agradecido con ellos.

A mi hermano Misael, por ser parte fundamental en mi vida, al realizar grandes sacrificios para apoyarme y lograr en superar los obstáculos en los momentos más difíciles, siempre te estaré agradecido; A mis hermanos Pablo y Nicolás por su apoyo incondicional en mi vida tanto personal como académica.

A mi tía Rebeca, quien fue parte de mi formación personal, siempre le estaré agradecido.

A mi docente asesor del presente Trabajo de Graduación Dr. Edwin Valladares por la enseñanza teórica y práctica, que ayudó a realizar de mejor manera la presente investigación; aportando sus conocimientos que serán de importancia en mi formación profesional, formando un interés especial por el Derecho Constitucional.

A él Ex Magistrado Dr. Sidney Blanco; al Abogado Dr. Manuel Escalante; a los Colaboradores Jurídicos Mtro. Tovar Peel y Mtro. Marcos Vela, a todos ellos por otorgar su valioso conocimiento para resolver mis interrogantes acerca del presente tema en la realización del trabajo de grado. Además a nuestro Tribunal Calificador Dr. Ricardo Arieta y él Maestro Hugo Noé García por su valioso conocimiento y colaboración como idóneos maestros y excelente Tribunal Calificador.

Mis Amigos: Magaly por ser él mejor regalo en mi tiempo en la Universidad, gracias; sin olvidar a Mayra, Bea, Cecy, Walter, Anthony y Saú por su apoyo moral y social durante la carrera, les aprecio.

**Abner Daniel Alvarez.**

Agradecido con Dios, por permitirme alcanzar este objetivo trazado, sé que no ha sido fácil, pero con mucho esfuerzo y dedicación he logrado culminar mis estudios Universitarios, siempre y en todo momento guías mis pasos para que este sea el inicio de más triunfos futuros.

De igual forma dejaré plasmada mis muestras de agradecimiento para mis dos pequeñas hijas Arely Sorto Buruca y Alisson Sorto Buruca, por tan importantes muestras de amor y cariño hacia mí, siendo ellas una razón más para mantenerme en pie de lucha, logrando culminar mi carrera universitaria. De igual manera no encuentro forma de decirle que se me partía el alma cada vez que se me acercaban para que jugara con ustedes y tuve que rechazar esas peticiones, nomás porque tenía que estudiar, realizar una tarea, o trabajar en mi tesis.

A mi compañera de vida Heidy Iveth Buruca, por tan valiosa compañía y amor que me has brindado a lo largo de estos años, gracias te doy por todo ello, porque tú al igual que mí fuiste testigo de mis altos y bajos y siempre me motivaste para que siguiera dando lo mejor de mí; tú al igual que mis hijas significan mucho en mi vida y es a ustedes a quien les dedico este triunfo.

A mis padres, gracias por todo su amor, gracias por la educación y el apoyo brindado para que pudiera superarme profesionalmente, gracias papá por tus consejos y demostrarme como ser hombre de bien, gracias mamá porque siempre estuviste ahí en cada uno de mis triunfos, ustedes han sido siempre ejemplo de lucha para poder lograr mi objetivo hoy ya culminado, espero un día poder compensarles. Gracias a mis hermanas y hermano, por sus distintas muestras de apoyo en el transcurso de mi formación profesional, gracias por sus consejos y motivación para que siguiera luchando hasta alcanzar el objetivo.

Mis muestras de agradecimiento también las hago extensivas para mi asesor de tesis, el Doctor Edwin Godofredo Valladares Portillo, por ese compromiso para con los educando, de formar profesionales pensantes y críticos de nuestra realidad. Finalmente, agradecer a los señores, ex Magistrado Lic. Sidney Blanco, Mtro. José Arturo Tovar Peel, Mtro. Marcos Antonio Vela Ávalos y Dr. Manuel Escalante.; por apartar un espacio de su tiempo en tan apretada agenda para poder brindarnos una entrevista y enriquecernos de su amplio conocimiento.

**Saúl Antonio Sorto Hernández.**

## **INTRODUCCIÓN**

El trabajo de investigación que se presenta a continuación pretende desarrollar de forma objetiva un análisis a determinadas Sentencias de Inconstitucionalidad en materia Electoral emitidas por la Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia. Para cumplir esta pretensión se tomó una muestra de las Sentencias que en su momento provocaron un impacto en el ámbito Político-Electoral. Estas Sentencias implican un cambio de paradigma Jurídico actual, sobre el nuevo rol de la Sala de lo Constitucional, en especial la del periodo 2009-2018 se evidencia en sus diferentes resoluciones en sus decisiones; desarrollando criterios innovadores en la aplicación del nuevo rol de los Jueces en la defensa y conservación de los Derechos Fundamentales; y que, en materia Político-Electoral a “Golpe de Sentencia” han generado reformas al Sistema Electoral salvadoreño.

Lo función anterior se desarrolla a partir de lo siguiente; si, en efecto esas Sentencias de Control de Constitucionalidad fueron pronunciadas bajos lo límites de protección y garantía Constitucionales; y, si efectivamente el nuevo protagonismo de los Magistrados es justificable y necesario en dar un mayor reconocimiento e innovación a los Principios, Valores y Derechos Fundamentales en materia Política de los Ciudadanos; en ese orden de ideas, se toma la decisión de elegir el tema “Activismo Judicial en la Jurisprudencial Electoral de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018”.

La importancia de realizar la presente investigación, es desarrollar el Activismo Judicial contenidos en las Sentencias emitidas por la Sala de lo Constitucional sobre el Control de Constitucionalidad en materia Electoral. Siendo necesario establecer los parámetros Normativos, Teóricos y Doctrinarios sobre los cuales se fundamenta muchos de los Principios, Métodos de Interpretación y Teorías Jurídicas que utiliza la Sala de lo Constitucional para definir sus pronunciamientos Jurisprudenciales Activistas; es por lo anterior, en el desarrollo de los diferentes capítulos se establezcan los postulados básicos y necesarios para concretar porqué, consideramos que se evidencia un Activismo Judicial en la Jurisprudencia Electoral; cabe destacar que se estudiara y analizara Doctrina Especializada, mediante voces de autoridad, Académicos especialistas en el tema, Indicadores y Grados de aplicación e Intensidad Activistas, aspectos de Judicializacion de la Política, Criterios Jurisprudenciales, normativa Constitucional, Teorías

Jurídicas, Métodos de Interpretación, aspectos de Argumentación, Ponderación y la misma Jurisprudencia; son algunas instituciones Jurídicas necesarios conocer los anteriores postulados. Ya que en ellos se encuentra la información necesaria sobre cómo entender, analizar y evidenciar cuando estaremos ante la presencia de aplicación de un Activismo Judicial Positivo respetuoso de los límites Constitucionales y garante de los Derechos Fundamentales o al contrario frente a un Activismo Judicial antidemocrático con efectos negativos para la Seguridad Jurídica y el Derecho.

Por lo anterior, consideramos la necesidad de establecer la verdadera aplicación del ejercicio Activista Judicial por parte del Tribunal Constitucional de la Magistratura 2009-2018, a raíz del impacto significativo en las reformas del Sistema Electoral salvadoreño y las diferentes opiniones sobre temas de División de Poderes, Corrección Funcional, Congruencia en sus pronunciamientos, Seguridad Jurídica, y el mismo rol de la Sala, en un Estado Constitucional de Derecho; en ese orden de ideas, son cuestiones que se han suscitado en la comunidad Jurídica y abren al debate, análisis y estudio crítico para su comprensión objetiva y verídica, por parte de la Academia.

Por lo anterior, es necesario estudiar desde la Academia, sus pronunciamientos justificables y necesarios, Legitimados Constitucionalmente y Democráticamente, para darle respuestas a las acciones de Control Constitucional del Poder Constituido que establecen los Ciudadanos agraviados mediante su Derecho de Acción al presentar sus controversias ante la Sala de lo Constitucional. Siendo necesario la aplicación de la Justicia Constitucional implica la protección de todo el contenido de la Constitución, a tal grado que debe asegurar el cumplimiento de la normativa orgánica pero también de los presupuestos que implican la Dogmática Constitucional, la protección de los Principios y Valores y sobre todo los Derechos Fundamentales de las personas. Para ello, es necesario saber los parámetros y conceptos fundamentales que un Tribunal toma en consideración, al momento de Interpretar la norma Constitucional en alcanzar la realización, satisfacción, restauración o dejar sin efecto una norma o acto emanados de los demás Poderes que tiene un carácter vinculante con la Constitución.

Las ideas anteriores son herramientas que permiten individualizar los indicadores Activistas Judiciales, postulando evidenciar tráficamente el Grado de Activismo Judicial de la Sala de lo Constitucional entre Leve Medio e Intenso; a la vez, el Tipo de Activismo aplicado en la línea Jurisprudencial Electoral de un Activismo Contemporáneo Positivo de las diferentes resoluciones

emitidas por la Sala de lo Constitucional y que son el objeto de estudio de nuestra investigación, ante el positivo resultado de evidenciar Activismo Judicial que consideramos de forma objetiva necesaria y justificable por parte de la Magistratura en la correcta aplicación de postulados Teóricos-Doctrinarios en general, como resultado en reconocer y potencializar los Derechos Fundamentales de los Ciudadanos; pero a la vez, advertimos las consecuencias de no considerar parámetros necesarios para la protección de los Derechos, estas resoluciones pueden tener efectos derivados que podrían lesionar Principios, Valores y Derechos Fundamentales; frente la aplicación incorrecta o equivocada de la Teoría, Doctrina y Criterios Jurisprudenciales Constitucionales.

Al no establecer, los límites Constitucionales necesarios para Interpretar y aplicar la Teoría Jurídica; o en su caso, no medir el efecto negativo de la toma de una decisión, en la que afecte los Derechos de los Ciudadanos y de forma más agravante de una Colectividad, son algunos de los elementos que permiten no solo en presentar, sino razonar del porqué se considera identificar, estudiar y analizar el Activismo Judicial que aplicó la Sala de lo Constitucional del periodo 2009-2018 en sus resoluciones de Control de Constitucionalidad en materia Político-Electoral.

En ese contexto, es necesario presentar la estructura de los capítulos que se desarrollan en la investigación, en el primer capítulo presentamos la situación problemática, sus antecedentes y enunciados del Activismo Judicial en la Jurisprudencial Electoral de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018. Además, establecer la Justificación del porqué la presente investigación, los objetivos que deberán de cumplirse y los alcances investigativos: aspectos Doctrinarios, Jurídicos, Teóricos, Temporales y Espaciales que se deberán desarrollarse en los diferentes capítulos.

En el capítulo dos, desarrollamos diferentes temarios sobre las nociones del conocimiento evolutivo-teórico-doctrinario sobre Activismo Judicial Electoral, estableciendo los antecedentes históricos del Activismo Judicial; aspectos sobre origen y evolución son necesarios para entender el contexto histórico cambiante, desde su concepción en el Derecho Anglosajón norteamericano en el contexto del debate jurídico entre los Originalistas y no Originalistas sobre la forma de cómo Interpretar la Constitución; en su finalidad, concederle Interpretación correcta a la norma Constitucional para materializar los Derechos Fundamentales mediante la aplicación más idónea conforme al caso en concreto. Desarrollamos la importancia de un concepto sobre Activismo Judicial, en la Doctrina Jurídica establecemos diferentes conceptos de autores especializados del

tema, siendo de gran importancia individualizar los conceptos que mejor se adecuen a la finalidad de la presente investigación. Sin olvidar la función del ejercicio Activista de la Sala de lo Constitucional en estudio; a la vez, establecemos la Naturaleza Jurídica del Activismo como institución, sus características y los tipos de Activismo Judicial que enmarca la Doctrina y la misma práctica de la Judicatura, entre los que encontramos: Contemporáneo, Dialógico, Positivo o Negativo, identificando el Activismo que se aplica y evidencia en la Jurisprudencia Electoral de la Sala de lo Constitucional del periodo 2009-2018.

Establecemos un marco Teórico-Jurídico a la luz del cambio de paradigma teórico contemporáneo del Derecho, bajo un enfoque Postpositivista y Neoconstitucionalista; el cuál, justifica y legitima la aplicación del Activismo Judicial por parte de los Tribunales Constitucionales. Las Constituciones modernas se caracterizan por su indeterminación y carácter abierto de los Principios, Valores y Derechos Fundamentales y al momento de aplicar al caso concreto los Tribunales Constitucionales deben de Interpretar para materializar su contenido. Para ello, establecemos los modelos o Técnicas de Interpretación Constitucional, en realizar un estudio de los nuevos Métodos de Interpretación de los Principios, Valores y Derechos Fundamentales mediante la Argumentación y Ponderación como herramientas para justificar sus pronunciamientos. Lo relevante de este capítulo es enfatizar la intersubjetividad que existe al Interpretar, ya que cada Intérprete de la Constitución elegirá independientemente el método más idóneo para el caso en concreto; frente a las críticas que se desarrollan, en la falta de límites sobre los criterios de Interpretación, Argumentación y Ponderación. Ya que, no debe existir una Interpretación desenfrenada que no esté sujeta a limitaciones de carácter razonable, proporcional y Correccional. Los pronunciamientos deben ser lo más objetivo posible, considerando todos los elementos y criterios que la Doctrina genera sobre la Interpretación Constitucional.

En el capítulo tres, establecemos la aplicación y desarrollo del Activismo Judicial en los Tribunales Constitucionales, mediante la postulación de diferentes temas; entre ellos: Justicia Constitucional, Constitucionalismo Contemporáneo para poder comprender todo lo que se genera alrededor del Derecho Constitucional; siendo de importancia, al estudiar la función de la Sala de lo Constitucional en sus competencia y funciones como máximo Tribunal de Ultima Instancia en materia Constitucional y en específico, entender la aplicación Jurídica del Control de Constitucionalidad frente al ejercicio Activista Judicial.

Además presentamos el Activismo Judicial frente a Derechos Fundamentales, en cómo Legitimar Constitucionalmente y Democráticamente la función Activista por medio de la Judicialización de la Política; que a través de la Política en la Justicia Constitucional, se crea un sentimiento de respeto hacia la Constitución, legitimando la actuación de la Justicia en la aplicación del Activismo Judicial, bajo los límites Constitucionales en su actuación; mediante la aplicación de Principios Jurídicos en función de Garantizar un Activismo Judicial Contemporáneo Positivo o Correcto .

En el capítulo cuatro se presentan las consideraciones sobre la relación de las funciones de Justicia Electoral, que corresponden al Tribunal Supremo Electoral y la Justicia Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Sala de lo Constitucional), con el fin de determinar si la segunda al momento de efectuar el Control de Constitucionalidad de los actos electorales es coherente con el Sistema de Justicia Electoral establecido por la Constitución y las Leyes Secundarias. En síntesis lo que se busca es armonizar si el ejercicio de Control de Constitucionalidad de los actos electorales es coherente con el Sistema de Justicia Electoral establecido por la Constitución y las Leyes Electorales; para lograr ese objetivo, se revisará el contexto que ha surgido de la Jurisprudencia Constitucional de contenido electoral emitida por la Sala de lo Constitucional desde el año 2009 hasta el 2018, ya que en ese periodo de los Magistrados ha estado marcada por cambios importantes en sus criterios; específicamente sobre el ámbito Político-Electoral, ello permitirá observar y obtener las conclusiones, sobre el tema central Activismo Judicial en la Jurisprudencia Electoral de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018.

La parte central de este capítulo será el desempeño Activista de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en El Salvador, al abordar el Activismo Judicial del Tribunal Constitucional siempre despertara interés en la comunidad jurídica sobre la Interpretación Constitucional de la Constitución, el Lenguaje Jurídico a utilizar, en sí, el significado que él Magistrado Constitucional le concede a la Ley, cuando confronta con la Constitución. Siendo un elemento esencial el parámetro de la Legitimidad Constitucional y Democrática. Lo anterior, lo presentamos por medio de indicadores Activistas Judiciales, que hemos de desarrollar en su momento. Presentaremos los resultados del estudio de las Sentencias de Inconstitucionalidad seleccionadas que se consideran una expresión de Activismo Judicial. Lo anterior permitirá elaborar un perfil definido de la Sentencia Activista de la Sala de lo Constitucional de El Salvador;

finalmente presentaremos una reflexión sobre Derechos Fundamentales: Límites y Garantías frente al Activismo Judicial Positivo o Correcto en materia Electoral.

En el capítulo quinto se emplea la metodología de la investigación a través de las entrevistas a ex Magistrados y Colaboradores de la Sala de lo Constitucional y Abogados Constitucionalistas, mediante el análisis Crítico-Jurídico con base al conocimiento Teórico- Doctrinario, es que podemos deducir los motivos porque consideramos que una Sentencia posee Indicadores y Grados de intensidad del ejercicio Activista Judicial. Ahora bien, es por medio del análisis y síntesis de las diversas preguntas realizadas a los entrevistados y su respectivo análisis, es que podemos acercarnos a las conclusiones y realizar recomendaciones que pueden desarrollarse para mejorar algunos aspectos y en su caso tener en cuenta futuros precedentes donde pueda ser semejantes los conflictos Jurídicos-Constitucionales que se presenten y cumplir con los enunciados y objetivos planteados en la presente investigación.

Para finalizar, adentrarse en un tema de naturaleza en la Jurisprudencia Constitucional tiene su grado de dificultad, en la medida que existe una amplia gama de materias en el Derecho Constitucional y sobre todo, porque cada materia protege y garantiza Valores, Principios y Derecho Fundamentales; por esa razón, que nos encontramos limitados a evocarnos por una materia en específica siendo en el caso Político-Electoral, para poder abordar nuestro tema y desarrollarlo de la mejor manera posible. Sin olvidar que al establecer la nueva función de la Judicatura en conocer y resolver conforme al cambio de la Teoría Jurídica Contemporánea, nos encontramos frente a críticas por parte del sector Jurídico Positivista o Legalista, que en su momento al hablar de Activismo Judicial genera diferentes posiciones encontradas.

Es de suma importancia, mediante la Jurisprudencia como fuente del Derecho en consolidar más Criterios Jurisprudenciales argumentados de la mejor manera por parte de los Magistrados y la misma Teoría Constitucional, así como fomentar la adquisición de mayor conocimiento. Por parte de la misma Judicatura, Estudiantes de Derecho y la Comunidad Jurídica en general en adéntense a la Jurisprudencia salvadoreña para encontrar de forma más objetiva, la verdadera función del ejercicio Activista Judicial por parte de la Sala de lo Constitucional y los demás Tribunales en su función de aplicadores de la Justicia en la garantía de la Seguridad Jurídica como certeza plena del Derecho en su misión de potencializar y reafirmar el Estado Constitucional de Derecho.

# **CAPITULO I**

## **1.0 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.**

### **1.1 SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.**

Como punto de partida es preciso señalar que en la actualidad existe una fuerte discusión jurídica tanto en ámbito jurídico nacional como internacional sobre la práctica del Derecho Judicial cuando se aplica el Control de Constitucionalidad, ya que pone peligro el Principio de Frenos y Contrapesos como límite a la invasión de Competencias Funcionales de cada uno de los Órganos del Estado. Esta problemática se ha sobre dimensionado en la actualidad, pues cada vez es más mediática la labor del Juzgador Activista. En el caso de la Justicia Constitucional esta discusión se torna importante, pues en la medida que las disposiciones Constitucionales son Indeterminadas, los Jueces deben de dar contenido a dichas disposiciones al momento de su aplicación; lo cual, provoca un mayor protagonismo de los Tribunales Constitucionales y el peligro de que esta invada las Competencias del Órgano Legislativo.

Cualquiera que sea la noción se tenga de lo que significa el Activismo Judicial, lo cierto es, que habrá de considerarlo como un medio para alcanzar ciertos fines. Es decir, el Activismo Judicial, por sí mismo no pasaría de ser una categoría meramente descriptiva, a menos que convengamos sobre su capacidad instrumental en relación a determinadas ideas jurídicas y morales. Si esto es así, debemos admitir también que, en su calidad instrumental el Activismo Judicial puede ser positivo o negativo; aunque se suele identificar el Activismo Judicial como fuente judicial progresistas, hay que reconocer que también puede haber un Activismo Judicial profundamente conservador o perjudicial para la concreción de los Derechos Fundamentales.

De ello, se establece el concepto Derecho Formalista se identifica el sistema jurídico con ley, considera que el Derecho es completo, coherente y cerrado; señala que este es capaz de dar respuestas únicas a todos los problemas que surgen en una comunidad política. En versiones extremas empareja validez formal con Justicia. De esta forma este concepto de Derecho se relaciona con una interpretación clásica de la Democracia liberal que promueven una separación radical entre las ramas del Poder Público, estableciendo que el Legislador es el único que tiene capacidad creadora de Derecho, los Jueces deben y pueden, ser neutrales siendo su tarea primordial la materialización de las normas preexistentes. Como por ejemplo, dentro de la misma evolución del Derecho llega la Teoría de los Derechos Fundamentales.

Si recurrimos a los ejemplos históricos más conocidos veremos que las etapas de fuerte Activismo Judicial se han dado sobre todo en relación a los Derechos Fundamentales. Los Jueces activistas han concentrado su actuación en generar las condiciones para reconocer una dimensión fuertemente normativa (a veces incluso de carácter prestacional, dependiendo del caso) a los Derechos Fundamentales. El Activismo Judicial ha permitido alcanzar lo que algunos teóricos han denominado la “revolución de los derechos”, pero lo interesante (para la teoría general del Derecho Constitucional), es que tal revolución fue acompañada por elementos adicionales sobre los que conviene reparar. En otras palabras, el Activismo Judicial entendido como una condición o elemento esencial para la revolución de los Derechos si atendemos a la evidencia histórica disponible, pero no el único.<sup>1</sup> Un concepto sobre Activismo Judicial es el siguiente: en lo que respecta al autor argentino Maraniello (2008), Activismo es toda “actitud activa, frontal y directa frente a diferentes obstáculos que se pueden presentar en el camino hacia un determinado objetivo” y, por consiguiente, un Juez Activista es un “Magistrado desprovisto de toda formalidad brega por el cumplimiento de sus propósito en búsqueda de la verdad jurídica objetiva con respeto de los Derechos Constitucionales”.<sup>2</sup>

En el sentido de las anteriores apreciaciones doctrinales, el término Activismo Judicial fue acuñado por el Juez Federal norteamericano Wayne, en señalar que el “Judicial Activismo”, se puede presentar de dos maneras por un lado de manera Jurisprudencial, el declarar Judicialmente ciertos valores o conferir ciertos derechos a ciertas colectividades sociales; o, de otra forma, al tomar la decisión del juez para defender un Derecho quebrantado argumentando que esa salida judicial justificable por el apremio pro homine invade la competencia de otros Órganos el caso de la política (Wayne, 1992). Otro concepto sobre el Activismo Judicial hace referencia a la práctica y concepción según la cual el Juez se convierte en un limitador y actor subsidiario de los demás Poderes del Estado a través de la aplicación de la Constitución y de los Derechos Fundamentales.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> VALENCIA CANOSA, EDUARDO ANDRÉS., *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Volumen II; Editorial VC. Editores LTDA; Bogotá Colombia, Marzo 2011, pág. 280.

<sup>2</sup> MEJÍA TURIZO, JORGE; PÉREZ CARBALLO, ROBERTO., Artículo Activismo Judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. Autores; Mejía Turizo, Jorge; Pérez Carballo, Roberto; recibido el 12 de diciembre de 2014 aceptado 13 de febrero de 2015; Justicia N° 27—pp. 30-41, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla Colombia; ISSN: 01247441.- Pág. 31.

<sup>3</sup> MEJÍA TURIZO, JORGE; PÉREZ CARBALLO, ROBERTO., Artículo Activismo Judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. Autores; Mejía Turizo, Jorge; Pérez Carballo, Roberto; recibido el 12 de diciembre de 2014 aceptado 13 de febrero de 2015; Justicia N° 27—pp. 30-41, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla Colombia; ISSN: 01247441.- Pág. 31.

Otra noción del Activismo Judicial, corresponde al ejercicio de las funciones Jurisdiccionales, asumiendo cierto protagonismo en el tema de reconocimiento y protección y garantías de los Ciudadanos y por supuesto promoviendo una dinámica fluida de creación de Derecho. El Activismo judicial presupone que el Juez realice, entre otra una función que en principio solo corresponde al Órgano Legislativo: crear normas. Pero el Juez no crea en sentido formal y estricto de la palabra de una norma, no obstante, si crea una regla de regulación para similares casos y puede otorgar o extender derecho que taxativamente el sistema jurídico no contemplaba.

Los Conceptos anteriores en nuestra realidad han generado un pensamiento jurídico que invita al Juez a ser más decisivo y audaz en la protección de las Garantías y Derechos Fundamentales en el momento de emitir las resoluciones sobre la interpretación y aplicación de la norma indeterminada. Se considera una oportunidad para hacer un análisis al debate y asumir una postura frente a la gestión de los asuntos Jurisdiccionales en materia Electoral. Encontramos una denominación conceptual sobre Activismo Judicial que corresponde al ejercicio de las funciones Jurisdiccionales, asumiendo cierto protagonismo en el tema de reconocimiento y protección de garantía de los Ciudadanos, promoviendo una dinámica fluida de creación del Derecho Judicial, pero por otro sentido, para algunos teóricos el Activismo judicial, es catalogados por ciertos sectores de la Doctrina especializada como un abuso de poder (Green, 2009; Cabrillo, 2011), mientras en otra orilla, algunos tratadistas sostiene que es la justa intervención del aparato de Justicia como equilibrador ante la indolencia y paquidermia de otros Órganos de Poder (Landau, 2010; Pisarello, 2000).<sup>4</sup>

Históricamente la actitud de los Jueces no siempre ha sido Activista, desde el establecimiento del Estado de Derecho y la consolidación de la División de Poderes Públicos, los administradores de Justicia habían conservado una posición pasiva, de simples aplicadores del Derecho Positivo, para la cual aludían a una simple fórmula de solución silogística, pues la ley era precisa. El Juez se limitaba a decir las palabras que establece la ley; superando la etapa anteriormente descrita se establece un nuevo entorno Postpositivista y Neoconstitucionalista, en donde el Juez tiene mayor margen de maniobrabilidad en tomar decisiones, aspectos Discrecionalidad y los balances de Pesos

<sup>4</sup> **ACTIVISMO JUDICIAL**, es catalogados por ciertos sectores de la doctrina especializada como un abuso de poder (Green, 2009; Cabrillo, 2011), mientras en otra orilla, algunos tratadistas sostiene que es de justa intervención del aparato de justicia como equilibrador ante la indolencia y paquidermia de otros órganos de poder (Landau, 2010; Pisarello, 2000).

y Contrapesos, (cheks and balances). El problema que pretendemos plantear es si el Activismo Judicial produce el efecto de ir desvaneciendo las líneas funcionales que separan a los poderes públicos y su sistema de controles recíproco entre Poderes. Antes de establecer interrogantes debemos de comprender ciertos Principios Jurídicos y Criterios Doctrinarios, Teóricos y Jurisprudenciales.

Cuando se examinamos el Activismo Judicial en materia electoral sobre el precedente Judicial que emanan de la Sala de lo Constitucional, Tribunal Supremo Electoral y demás Órganos Judiciales y Administrativos establecemos lo siguiente: que no solo el precedente Judicial anteriormente establecido emana exclusivamente resoluciones en ámbito Electoral, sino también existen instituciones que realizan esa función; por una parte encontramos el Tribunal Supremo Electoral como máxima autoridad en materia electoral, frente al ámbito Administrativo y Jurisdiccional; instituciones de estudios jurídicos nacionales que establecen cierta Doctrina Judicial en materia electoral. También podríamos decir que un Tribunal es Activista cuando sigue una postura Postpositivista o Neoconstitucionalista que lleva el Control de Constitucionalidad a todas las zonas exentas de Control de actos ampliando el Objeto de Control.

Con lo antes dicho, somos conocedores que también se da en la corriente de pensamiento Positivista un control por parte de los Jueces de un Activismo Jurídico en cuanto a positivizar todas las actuaciones de una Sociedad en sí, en su momento se le conocía como Precedente Judicial; pero en nuestra investigación nos enfocaremos en una postura Postpositivista y Neoconstitucionalista. En nuestra investigación establecemos específicamente una serie de Sentencias Jurisprudenciales sobre Inconstitucionales más recientes emitidas por la Sala de lo Constitucional de El Salvador, en las cuales se ha identificado cierto grado de Activismo en materia Electoral; siendo oportuno un estudio profundo de estos precedentes Jurisprudenciales, que se pronuncian a través de la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018 estableciendo las siguientes Sentencias de Inconstitucionalidad:

- Inc. 61-2009 (candidaturas no partidarias, y las listas desbloqueadas la listas de los candidatos; poner de manifiesto la forma en que la Sala de lo Constitucional interpreta la Constitución, es decir cuál sería su carácter de interpretación).

- Inc. 7-2011 (El nombramiento del magistrado Moreno Nino sobre afiliaciones partidarias y la Sala además de resolver las cuestiones demandadas establece a regular un nombramiento de acto de cumplimiento de Constitución).
- REFERENCIAS: Inc. 10-2011; Inc. 57-2011; Inc. 35-2015; Inc.66-2013; Inc.48-2014; Inc.18-2014; Inc.56-2016; Inc. 77-2013/97-2013; Inc. 39-2016; Inc. 56-2016.

Otro aspecto a considerar, es la necesidad de diferenciar Judicialización de la Política al Activismo Judicial este puede ser ejercido tanto en esferas políticas como en otros terrenos no necesariamente políticos; de ahí la observación para no entender estos como sinónimos. Maravall también advierte que la Judicialización de la Política es algo muy distinto al Activismo Judicial, en tanto este último refiere a “aquellas situaciones en que los Tribunales expanden el ámbito de sus decisiones, abarcando cuestiones que corresponden a instituciones políticas, o actúan como árbitros entre actores políticos enfrentados”.<sup>5</sup>

De igual manera, de acuerdo a los Doctrinarios especialistas como Ferejohn, Pasquino y, Maravall<sup>6</sup> son del criterio de que el Activismo Judicial se incrementa en situaciones de bloqueo político. Algo a lo que también se refirieren cuando hablan del papel que juega la élite política en la Judicialización de la Política, toda vez que esta se aprovecha de la ventaja de trasladar a las cortes la decisión de temas políticos “complejos o sensibles” que causan división o son riesgosos, estrategia que les permite despolitizar esos temas. Bajo estos escenarios, el Activismo Judicial se presenta como la antítesis de la auto-restricción Judicial, siendo ambas diferentes vías de acceso hacia la Judicialización de la Política y de relevancia al estudio en tanto se comparte con el profesor Courtis, que estas caracterizan la actividad política de los Tribunales, dado que permiten determinar si los Tribunales acompañan o marcadamente se separan de las decisiones políticas de los demás Poderes del Estado.

En este sentido, nótese que la actitud y posicionamiento del Juez en su Jurisprudencia Interpretativa (activista/auto-restringido) no se relaciona con sus inclinaciones político-ideológicas

<sup>5</sup> **BRENES VILLALOBOS, LUIS DIEGO;** *El Rol Político del Juez Electoral*, San José Costa Rica, Tribunal Supremo de Elecciones, Instituto de formación y Estudios en Democracia, año 2012; P. 352. ISBN 978-9968-907-70-5.

<sup>6</sup> **MARAVALL CITADO POR BRENES** (2013, págs. 10-11), explica que el Activismo Judicial “refiere aquellas situaciones en que los Tribunales expande el ámbito de sus decisiones, abarcando cuestiones que correspondían a instituciones políticas, o actúan como árbitro entre actores políticos enfrentados”.

(progresista/ conservador). Según Courtis, no existe un nexo necesario entre Activismo Judicial y progresismo político, o entre auto-restricción judicial y conservadurismo político: La calificación de activismo o auto-restricción judicial sólo informa acerca de la posición de los Tribunales frente al statu quo: el análisis de la tendencia política manifestada por los Tribunales dependerá de aquellos valores confirmados o revertidos con la actuación judicial, por acción o inacción.<sup>7</sup>

El principio de Frenos y Contrapesos (cheks and balances), es un Principio que tiene origen en el Constitucionalismo Anglosajón, que la Doctrina hispanoparlante le ha denominado comúnmente el Principio de los “Frenos y Contrapesos”, y que consiste en que cada una de las ramas del Poder se controlen las unas a las otras, para prevenir que una de estas se convierta en suprema para inducirlas a cooperar; los sistemas de Gobierno que emplean la Separación de Poderes se crean típicamente con un sistema de cheks and balances. Efecto difuminador del Activismo Judicial frente al principio de División de Poderes, se señala cuando el Juez asume en sus decisiones una actitud extremadamente Activista, que produce injerencia en la esfera competencial de otro Poder, y esto no puede ser contrarrestado, de alguna manera las líneas o límites que separan funcionalmente las distintas potestades, para ello hay que tomar en consideración Principios Constitucionales la División de Poderes, colaboración armónica o formas de Interpretación de la Ley. Los Riesgos del “Gobierno de los Jueces”. (Efecto antidemocrático del Activismo Judicial) es la apertura de ciertas normas Constitucionales y su compatibilidad con diversas opciones políticas de desarrollo legislativo puede llevar a que un Juez Activista simplemente suplante la elección del Legislador por sus propios valores subjetivos, convirtiendo el Control de Constitucionalidad en un instrumento para revertir las decisiones de la mayoría cuando no correspondan con la visión personal del juzgador.

Si los Jueces utilizan el Control Constitucional para interferir con las Políticas del Ejecutivo y Legislativo, no sólo estarían interfiriendo en las funciones Constitucionales de los otros Poderes del Estado, sino que estarían propiciando un desplazamiento de la participación y militancia política de los Ciudadanos, que deberían lograr los cambios de políticas públicas en otros foros Democráticos, basados en la movilización y la Deliberación Ciudadana. El problema que se pretende plantear, es si el fenómeno del Activismo Judicial produce el efecto de ir desvaneciendo

<sup>7</sup> **BRENES VILLALOBOS, LUIS DIEGO;** *El Rol Político del Juez Electoral*, San José Costa Rica, Tribunal Supremo de Elecciones, Instituto de formación y Estudios en Democracia, año 2012; P. 352. ISBN 978-9968-907-70-5. Pág. 10

las líneas funcionales que separan los Poderes Públicos y si ese sistema de controles recíprocos entre ramas no se está desbalanceando, a favor de un poder con mayor acento controlador o limitador (en caso del Órgano Jurisdiccional, en la aplicación del Principio de los Frenos y Contrapesos), estableciendo las siguientes interrogantes: ¿Cuáles son los límites del Activismo Judicial en la Actividad Jurisdiccional? ¿Asistimos a una era del Gobierno de Jueces? ¿La división clásica de los poderes en un Derecho Constitucional Democrático se ha difuminado?

En este punto es pertinente señalar que el Activismo Judicial se justifica a fin de establecer unos límites a la actividad desbordada por el Juzgador y así poder determinar cuándo podría considerarse que existe una invasión arbitraria o quizá atenuada a las Competencias Constitucionales y legales de las demás esferas del poder amplio del aparato Estatal, fundamentamos lo anterior que las situaciones políticas y administrativas en El Salvador dan licencia para que la Sala de lo Constitucional mediante su Jurisprudencia interviene en un claro Activismo Judicial, el cual se le ha generado numerosas críticas, por resoluciones de Inconstitucionalidad que establecen modificaciones por medio de las cuales ordena al Legislador en una posición desventajosa que no tenía previsto el mismo Legislador.

Los críticos consideran que el Activismo Judicial en general invade los campos del Legislativo o Administrativo y que ella contribuye en un clima de Inseguridad Jurídica. Pero debemos entender lo siguiente: En ello se determinará cuando se presenta una válida y justificable creación del Derecho vía Jurisprudencial y en que circunstancia se configura implícitamente un rompimiento a los principios de separación y equilibrio de poderes. Establecer un Activismo Judicial como una creación del Derecho presupone que el Juez realice, entre otras, una función que al principio solo corresponde al Órgano Legislativo, la creación de normas. Pero el Juez no crea en sentido formal y estricto de la palabra una norma; no obstante, si crea una regla de regulación para similares casos y puede otorgar o extender Derechos que taxativamente el sistema jurídico no contempla. Al final el Control Judicial es el único dispositivo que puede perseverar la continuidad de ciertos principios que son el núcleo de la vida Democrática y que están plasmadas en la Constitución, porque la creación Judicial del Derecho por el carácter indeterminado y “Texturas Abiertas”<sup>8</sup> de las normas

<sup>8</sup> Hart acuño en la filosofía de derecho la expresión “textura abierta” para referirse a la presencia de un núcleo de certeza y de una penumbra de incertidumbre en la aplicación de palabras generales. Lo que buscaba Hart era otra metáfora que apoyara su idea de la creación derecho “intersticial. Ahora, la más adecuada interpretación que puede darse a la expresión “textura abierta” que empleo Hart, es que buscaba un término para referirse a la vaguedad en sentido amplio. (Timothy Endicott, 2000).

puede generar un riesgo de arbitrariedad por parte del Juzgador al momento de resolver ciertas situaciones políticas. Con lo anterior se establece que el Activismo Judicial mediante la creación jurídica del Derecho es necesario el condicionamientos o limites (que puede hacerse desde la misma Jurisprudencia) y Principios Constitucionales.

La potestad creadora del Juez no se limita al análisis hermenéutico de las normas, realizada en las distintas sentencias, si no que se vierte en todas las decisiones, a pesar de ver que no hay problema del Juez creador de Derecho, puede existir cierto riesgo de arbitrariedad por parte del Juzgador a la hora de resolver algunas problematizaciones políticas, o donde hay delimitación clara en torno a la separación de Derecho y Moral o los Principios Constitucionales que por su contenido se considere de textura abierta. Bajo las anteriores premisas, la creación judicial del Derecho sin el señalamiento de unos condicionamientos o límites que pueden hacerse desde la misma Jurisprudencia, traería consigo que las decisiones Jurisdiccionales sean con apego a las normas garantes de protección y la Seguridad Jurídica.

Se debe entender que superadas las etapas descritas anteriormente, los Jueces se deben de incursionar en nuevo entorno Postpositivista, Neoconstitucionalista; en que tendrán mayor margen de maniobrabilidad “decisional” de los precedentes establecidos en resoluciones en materia electoral y de ellas se determina el nivel de protagonismo del Activismo Judicial como parámetro entre Leve, medio e Intenso, en las argumentaciones e interpretaciones que requiere la misma indeterminación del ordenamiento jurídico, al momento de la aplicación de la norma jurídica electoral en los diferentes casos que los Ciudadanos presenten ante los Tribunales Judiciales.

## **1.2 ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.**

Como antecedente del Activismo Judicial está ligado a las categorías jurídica de la Interpretación Constitucional y Precedente Judicial; así en el Derecho Constitucional estadounidense (Common Law), encontramos el debate sobre el Originalísimo y No Originalísimo. El Originalísimo afirma que cualquier Interpretación que se le realice a la Constitución, debe originarse desde su propia literalidad, como si se tratara de una ley, conforme a los defensores del Originalismo, cualquier Interpretación a la Constitución de los Estados Unidos, debe llevarse a cabo básicamente observando simplemente el texto, sin salirse de él. Que ese texto, ratificado en año de 1789 (segunda enmienda), su significado es fijo y el mismo siempre, y por lo tanto, tiene un alto

contenido de predictibilidad. De modo que, la Constitución de los estadounidenses es vista desde la óptica de los Originalistas, debe entenderse y ser concebida, como un conjunto de normas, que fueron transferidas al Gobierno por el pueblo, por lo que al momento de interpretarla, hay que tomar en cuenta una disciplina que está ínsita en sus propias letras (en el preámbulo).

De otro lado, sus contrapartes y opositores, los No Originalistas, en cambio, lo que sostienen que aun cuando todos los Ciudadanos estadounidenses están sujetos a la Constitución, la misma en realidad es en sí, lo que los Jueces digan que es una verdadera Interpretación. El afirmar que la Constitución tiene un sentido invariable, y que todo lo contrario, su naturaleza siempre fue, continua siendo y será, desde su redacción original, siempre dinámica, porque ésta deberá siempre estar ubicada del lado de los principales puntos de vista de la sociedad importando poco el momento en que esta última se encuentre. Los defensores de la teoría evolucionista sostienen, que los fundadores de la Constitución americana, al momento de redactarla, lo que produjeron fue un documento que aunque con contenidos amplios y generales, su propósito era, desde su nacimiento, que fuera un pacto vivo, capaz de sobreponerse, cuando fuera necesario, a las variaciones de las circunstancias que ha de deparar el transcurrir del tiempo.

En un escenario político caracterizado por la exaltación de los Principios de Soberanía Popular y la División de Poderes, la consagración de un sistema de Control de Constitucionalidad ejercido por los Jueces o Tribunales Judiciales; establecemos como precedente del Derecho Anglosajón que opero en los Estados Unidos de América, a partir de la célebre sentencia dictada en 1803 por el Juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*, genero duros cuestionamientos; todo a su vez causo alarma en los dogmáticos al Principio de la Soberanía Popular el hecho de los Jueces pudieran anular, si así fuese al resolver un caso en concreto y particular, una ley emanada del Órgano Legislativo que se considera es la fiel expresión de la voluntad popular, en que, virtud del Principio Democrático de Representación, posee el poder soberano para elaborar la ley.

La decisión judicial de anular una ley, cuando esta contradiga a las normas previstas por la Constitución dio un nuevo giro a la clásica concepción del Principio de División de Poderes; pues puso en tela en juicio la tesis de Montesquieu, según la cual “los Jueces de la nación, como es de su conocimiento, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el reglas de la ley misma”; pues el Juez abandono

su papel pasivo de mero aplicador de la ley para asumir una labor más activa en el proceso de racionalización del ejercicio del poder político, sometiendo a Juicio de Constitucionalidad la disposición legal con la que resolverá en un caso concreto sometido a su conocimiento para determinar que la misma cumpla con las condiciones de validez no solo formal, por ser expedida por el Legislativo, si no también material porque su contenido sea compatible con la Constitución, como la norma suprema del ordenamiento jurídico.

Si bien las polémicas y cuestionamientos surgieron en el mismo proceso de consagración del sistema de Revisión Judicial o Judicial Review, conocido también como el modelo americano, en el que la labor del Control de Constitucionalidad la ejercen los Órganos Judiciales; se reavivó e incremento más aun con la adopción del sistema concentrado, conocido también como un modelo europeo, en que el Control está encomendado a un Órgano especializado e independiente de los Órganos del poder público cuyos actos o decisiones controla. De manera que las polémicas y cuestionamientos no concluyeron, al contrario, se acentuaron por diversas razones: de un lado, en la medida en que el sistema ha tenido avances y logros importantes en la consolidación y fortalecimiento de los Sistemas Constitucionales de los diferentes Estados, y, de otro, en la medida que los Tribunales o Cortes Constitucionales han pasado del papel pasivo de Legislador Negativo hacia una Jurisdicción activa creadora de Derecho, a través del desarrollo del Derecho Jurisprudencial y la consiguiente generación de la reglamentación Constitucional.

Latinoamérica no podía estar exenta de la realidad, pues el proceso de restauración de los Regímenes Democráticos en reemplazo de los Regímenes Dictatoriales de la década de los años sesenta, setenta y el consiguiente proceso de construcción del nuevo Estado Social y Democrático del Derecho ha dado lugar a la adopción del modelo europeo del Control de Constitucionalidad, en su caso, el fortalecimiento del modelo americano. En consecuencia, la creación e implementación de Cortes o Tribunales Constitucionales en los diferentes Estados latinoamericanos ha generado también polémicas y cuestionamientos con relación a la naturaleza jurídica y el papel que desempeñan estos organismos especializados, en torno a la ubicación de los mismos en el sistema Constitucional, así como sobre los alcances de las decisiones adoptadas en el desempeño de las funciones.

Es importante tener presente que el Control de Constitucionalidad inicialmente se configuro por la tendencia del poder, como una reacción frente a la primacía Legislativa, con el propósito de lograr que la Constitución deje de ser una mera carta política que contenga la declaración de principios, para convertirse en una norma jurídica directamente aplicable a la solución de un conflicto entre el particular con el Estado; de manera que las disposiciones legales ordinarias, emitidas por el Legislativo, si no también debe de encuadrarse de las normas de la Constitución y ser compatibles con el sistema de Valores, Principios y Derechos fundamentales, sobre los que la estructura del Estado de Derecho posteriormente, a partir de la Segunda Guerra Mundial, el Control de Constitucionalidad surgió como una manifestación del Estado Democrático Derecho en cuanto supone la consagración del Principio de Supra legalidad Constitucional, es decir, la Supremacía Constitucional, la tutela y protección de los Derechos Fundamentales de las personas y la configuración moderna del Principio de División del ejercicio del Poder Político, tanto en un aspecto horizontal, vertical y territorial.

En nuestra realidad el funcionamiento del Tribunal Supremo Electoral, ha formado parte de una agenda de reformas Electorales en El Salvador prácticamente desde su creación en el año 1991, cuando a partir de las reformas constitucionales derivadas de los Acuerdos de Paz. Se discute el funcionamiento del Tribunal Supremo Electoral es la separación de sus funciones administrativas y de Justicia Electoral, todo esto sobre la base de las críticas en su desempeño en cada elección en aspectos como el control de las fases del proceso electoral, con los antecedentes mencionados, sería de esperarse que la Jurisprudencia Constitucional que bajo ciertas condiciones esta llamada a controlar los actos del Tribunal Supremo Electoral que no se apaguen a la Constitución y corrija sus pronunciamientos que se contrario a la norma fundamental. El periodo 2009-2018 de la Sala de lo Constitucional, estableció una serie de precedentes Judiciales en materia Electoral que generaron controversia en el ámbito de las instituciones políticas en El Salvador, por los diferentes pronunciamientos evidenciando cierto grado de Activismo Judicial, siendo el grado de protagonismo mayor de los Magistrados que lo conforman por los antecedentes anteriores nos enfocaremos en la presente investigación.

### **1.3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA.**

#### **1.3.1 PROBLEMA FUNDAMENTAL.**

1 ¿Cuáles son los límites y garantías que el Activismo Judicial en materia electoral debe de respetar para no violentar Derechos Fundamentales de los Ciudadanos?

#### **1.3.2 PROBLEMAS ESPECIFICOS.**

- 1 ¿En qué medida las resoluciones pronunciadas por la Sala de lo Constitucional en materia electoral, logran reflejar un Activismo Judicial Positivo o Negativo?
- 2 ¿Por qué razón, el Activismo Judicial de la Sala de lo Constitucional en materia electoral, amplía el objeto de Control más allá, de sus competencias funcionales violentando con ello, el Principio de Separación de las Competencias Funcionales de los Órganos del Estado?
- 3 ¿Cuándo es necesario que la Sala de lo Constitucional emita resoluciones activistas en materia electoral?
- 4 ¿Cuál es el grado de intensidad de las resoluciones Judiciales Activistas en materia Electoral, de la Sala de lo Constitucional entre Leve, Medio e Intenso?

### **1.4. JUSTIFICACION.**

En los últimos años la función Jurisdiccional ha evolucionado en contenido del rol del Juez en su actividad, pues cada vez es más mediática la labor del Juzgador. En caso concreto las concepciones según la mayoría de Tribunales Constitucionales establecen que sobre la Interpretación de las disposiciones indeterminadas, los Jueces doten de contenido sus resoluciones para su aplicación

en la discusión contemporánea sobre el Derecho Judicial y Electoral en la forma de cómo resolver las diferentes realidades que se presentan como Activismo judicial se desarrolla en la idea de creación del Derecho, frente antinomias y lagunas y la misma indeterminación de la norma Constitucional en su carácter abierto; lo anterior posibilita el Activismo Judicial en los casos de los Tribunales Constitucionales. Existe una discusión sobre el funcionamiento del Tribunal Supremo Electoral y las decisiones del Poder Legislativo, en la separación de las funciones administrativas y la Justicia Electoral,<sup>9</sup> todo se basa en opiniones y hasta críticas en el desempeño de los procesos electorales propiamente dicho.

Con este antecedente es necesario que la Jurisprudencia Constitucional,<sup>10</sup> que bajo ciertas condiciones o límites está llamado a controlar los actos del Tribunal Supremo Electoral y el Poder Legislativo que no se apeguen a la Constitución y corrija sus pronunciamientos en aquellas prácticas contrarias a la norma fundamental, y con esa medida contribuya a fortalecer el funcionamiento e institucionalidad. Dentro de la Interpretación Evolutiva implica que los Jueces ejerzan Activismo en complementar lo que el Legislador no ha establecido o en mandatos de optimización al Legislador. La Teoría Constitucional o Jurisprudencial actual establece abre ciertas posibilidades riesgosas cuando hablamos sobre Democracia y Estado de Derecho sobre la misma División de Poderes que representa el Estado mismo en la Constitución se establece enunciados sobre Principios y Valores en el momento de motivar las decisiones de sus resoluciones, en el momento de plantear la Doctrina Jurídica, los Jueces están dentro de la misma motivación de Interpretar la norma indeterminada para argumentar sus decisiones; Esencialmente es una cuestión de subsumir cuando se aplica la literalidad de la norma; pero cuando se establecerán otras formas de Interpretación actuales del Derecho existen pautas racionales, siendo un procedimiento más complejo que produce un mayor protagonismo de los Jueces.

En nuestro sistema continental es una novedad con relación a otros tiempos en el Derecho, para ello es el Activismo Judicial necesario para dar respuesta a los problemas complejos que se

<sup>9</sup> Ejemplo de esa discusión es el documento “Modernización del Tribunal Supremo Electoral: Separación de Funciones y Justicia Electoral” de la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES, 2012).

<sup>10</sup> El salvador tiene un diseño de Control de Constitucionalidad simultáneamente Difuso (art.185 Cn.) y Concentrado (Art. 183 Cn.), con prevalencia este último. El primero opera para casos concretos y corresponde a cada Juez de la Republica, algunas instituciones con Jurisdicción especial, como TSE, Corte de Cuentas de la Republica y de acuerdo a ciertas interpretaciones a todo Funcionario Público (Art. 235 Cn.); sin embargo el carácter concentrado, es competencia reservada a la Sala de lo Constitucional y una vez establecidos no pueden ser contradichos por otro Juez o Funcionario.

enfrenta la Sociedad en nuestra realidad Jurídica Electoral, pero es muy necesario que el Activismo Judicial tenga límites ya que en la medida que estén bien definidos esos límites, no existirá el riesgo que ese protagonismo judicial en las resoluciones judiciales, tomen un carácter de arbitrariedad, dejando por un lado los Principios del Derecho y ello no genere una vulneración o agravios a Derechos Fundamentales de los Ciudadanos, por ello la necesidad de establecer e identificar los límites con el que debe actuar el Actividad Judicial, el desarrollo Jurisprudencial de los Principios Jurídicos; en medio del análisis de la Jurisprudencia cabe tener presente la discusión contemporánea sobre si estamos en la presencia de un Activismo Judicial por parte de los diferentes Tribunales y más en concreto el Tribunal Constitucional y si ese Activismo respeta las garantías y Derechos Fundamentales, actuando en los límites considerados por la ley, el Estado de Derecho y por ello la necesidad de investigar que es uno de los temas teóricos más relevantes de la actualidad.

Nos enfocaremos por supuesto en la amplia aceptación actual de la relevancia y efectiva aplicación por los Jueces en la Jurisprudencia como Fuentes del Derecho. Nos enfocaremos, no en la Teoría Jurídica Positivista estricta (expuesta a veces en brillantes pero etéreas construcciones, sin apego a la realidad del fenómeno jurídico), que postula el logro formal de la plenitud del orden jurídico sólo en base a reglas; ello no da respuesta en la necesidad jurídica de cómo resolver los conflictos electorales que tienen conocimiento los Tribunales Constitucionales; nuestra parte principal se enfocara en Jurisprudencia y la Doctrina, como superadores de las reglas, en caso de lagunas y contradicciones insalvables, incorporando valores jurídicos distintos y separados de las reglas; por ello, el presente trabajo de graduación.

En nuestro trabajo de grado utilizaremos los métodos de investigación Teórico, Metodológico para poder sustentar nuestro planteamiento sobre el Activismo Judicial en la Jurisprudencia Electoral de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018 especificando quienes serán los beneficiados, siendo la comunidad jurídica en general, diferentes instituciones de estudio jurídico en materia electoral y los ciudadanos que conozcan los límites establecidos por parte del Derecho Judicial en los casos complejos sobre resolver realidades en ámbito Electoral y tener conocimiento sobre los precedentes judiciales que pueden poner en práctica, ante la vulneración de Derechos Fundamentales en materia Electoral.

## **1.5 OBJETIVOS.**

### **1.5.1 OBJETIVO GENERAL.-**

1. Analizar los contenidos Teóricos, Doctrinarios y Jurisprudenciales del Activismo Judicial a fin de evidenciar los límites que hacen posible o factible la protección de Derechos Fundamentales en materia Electoral.

### **1.5.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.-**

1. Establecer cuando los Tribunales Judiciales dentro de sus resoluciones, se hace factible la aplicación de resoluciones Activistas en materia Electoral.
2. Identificar cuando la Sala de lo Constitucional dentro de sus mandatos de optimización garantizará el Principio de División de Poderes y tutela de un Estado Constitucional de Derecho en las resoluciones que manifiesten Activismo Judicial en materia Electoral.
3. Estudiar las diferentes resoluciones Judiciales en las cuales identifique el Activismo Judicial Positivo o Negativo en ámbito Jurisprudencial en materia electoral.
4. Determinar el grado de Activismo Judicial de la Sala de lo Constitucional en materia Electoral entre Leve, Medio o Intenso; en el estudio de diferentes resoluciones.

## **1.6 ALCANCES DE INVESTIGACION.**

### **1.6.1 ALCANCES DOCTRINARIO.**

De acuerdo a los Alcances Doctrinarios evocando a Herman Heller, la Constitución vive hoy porque es vívida, en el sentido que se aplica, realmente y en los más variados asuntos de la convivencia, sometiéndose a ella los Gobernantes igual que los Gobernados.<sup>11</sup>

En relación a la subordinación de la Ley a la Constitución, de primero que la primera vale solo en la medida en que respeta a la segunda. Con palabras elocuentes, Herbert Krügger<sup>12</sup> lo plantea en la aseveración siguiente: si por siglo el ejercicio de los Derechos Fundamentales, fue posible en la medida en que lo permitía la ley, hoy la ley vale en la medida que respeta los Derechos esenciales.

En nuestra época, llamada posmodernidad, se ha planteado, como lugar común, la crisis del Estado, de la soberanía y de la ley con el carácter de rasgos matrices del proceso que vivimos. Este es el momento propio para declarar mi coincidencia con esa aseveración, adhesión que no significa, sin embargo, propugnar la supresión de tal forma política, ni de la soberanía, como tampoco como de la legislación en cuanto instrumento de configuración de la convivencia legítima.<sup>13</sup>

Siguiendo la idea anterior pareciera que estamos frente a un cuadrilátero donde los boxeadores son Jueces versus libertad del Legislador. Con esa formulación me refiero a la expresión de una tesis favorable a la Interpretación creativa de la Jurisprudencia. Al Juez, supuesto la presencia de los principios, el consiguiente abandono del método de la subsunción, la penetración general del texto Constitucional, se le encarga un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones Constitucionales. La sustancialización de la Constitución sitúa en el primer plano la consideración de la existencias de Justicia sustancial que es el caso concreto trae consigo. Por lo cual, si con anterioridad el Juez interpretaba/ampliaba el Derecho independientemente de la valoración del caso en concreto, ahora el Juez debe interpretar el Derecho a la luz de las exigencias de la Justicia vehiculadas por el caso. La Interpretación Moral del caso incide, de este modo, en la Interpretación

<sup>11</sup> Teoría del Estado (México DF, Fondo de Cultura Económica, 1967), pp. 243 ss. (como lo citó José Luis Cea Engaña – Estado Constitucional de Derecho, Nuevo Paradigma Constitucional).

<sup>12</sup> Citado por Otto Bachof: (lo citó Prieto Sanchís Luis (2001)) Jueces y Constitución (Madrid, Civistas 1994), p.43.

<sup>13</sup> **CONSULTESE KLAUS VON BEYME:** Teoría Política de la Post modernidad (Madrid, Alianza, 1997). (como lo citó José Luis Cea Engaña – Estado Constitucional de Derecho, Nuevo Paradigma Constitucional).

de la palabra Derecho. Debido a este peculiar papel asumido por el Juez, este tiende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del Sistema Jurídico.<sup>14</sup>

Con lo antes mencionado, la normativa Constitucional deja de estar secuestrada dentro de los confines que dibujan las relaciones entre Órganos Estatales, deja de ser un problema exclusivo que resolver entre el legislador y el Tribunal Constitucional, para asumir la función de normas ordenadas de la realidad que los Jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetro Fundamentales de sus decisiones. Desde luego, las decisiones del Legislador siguen vinculando al Juez, pero solo a través de una Interpretación Constitucional que efectúa este mismo.<sup>15</sup>

Esta Interpretación Constitucional exige Control para que sea efectiva. Por ende, sin suprimir ni disminuir la vigilancia del Legislativo, se enriquece el régimen de Frenos y Contrapesos con la revisión que debe ser hecha, especialmente, por los Tribunales Constitucionales. Esta es una Magistratura diferente de la Judicatura Ordinaria; máxima o sin superior en su misión de guardián del Código Político, y resueltamente configurada por el Poder Constituyente para proteger los Derechos Fundamentales, de las minorías ante actuaciones o amenazas de las mayorías.<sup>16</sup>

Luis Diego Brenes Villalobos,<sup>17</sup> el actor nos ilustra sobre un adecuado posicionamiento de todo administrador de Justicia frente a las situaciones políticas o ideológicas; en ese sentido si obviamos los posicionamientos de Brenes Villalobos, estaríamos en presencia de un abuso de poder del “Gobierno de los Jueces”: La apertura de ciertas normas Constitucionales y su compatibilidad con diversas opciones políticas de desarrollo Legislativo puede llevar a que un Juez Activista simplemente suplante la elección del Legislador por sus propios Valores subjetivos, convirtiendo el Control de Constitucionalidad en un instrumento para revertir las decisiones de la mayoría cuando no correspondan con la visión personal del Juzgador. En el sentido de las anteriores apreciaciones doctrinales, todo ese actuar por parte de los Jueces se resume en dos palabras: *Activismo Judicial*, corresponde al ejercicio de las funciones Jurisdiccionales, asumiendo cierto

<sup>14</sup> **POZZOLO, SUSANNA.**, *Neoconstitucionalismo Y Especificidad De La Interpretación Constitucional*, DOXA 21-II (1988); Universidad de Génova (Italia), págs. 340-341.

<sup>15</sup> **EN PALABRAS DE L. FERRAJOLI**, (lo citó Prieto Sanchís Luis (2001). la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución, Derechos y garantías. La ley del más débil, Introducción de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999, pp 26.

<sup>16</sup> **LUIS JOSEPH FAVOREU** (como lo citó Prieto Sanchís 2001) “Los Tribunales Constitucionales”, en Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (coords.): La jurisdicción constitucional en Iberoamérica (Madrid Dykinson 1997), pp 103.

<sup>17</sup> **BRENES VILLALOBOS, LUIS DIEGO**; *El rol político del Juez Electoral*. San José Costa Rica, Tribunal Supremo de Elecciones, Instituto de formación y Estudios en Democracia, año 2012; P. 352. ISBN 978-9968-907-70-5.

protagonismo en el tema de ciertos reconocimientos y protección de Garantías de los Ciudadanos y por supuesto promoviendo una dinámica fluida de creación de Derecho.<sup>18</sup>

### **1.6.2 ALCANCE JURIDICO.**

De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico y siguiendo la estructura de la pirámide de Hans Kelsen, será importante seguir este ordenamiento jerárquico de las normas para determinar los alcances que cada una de ellas en su momento nos podamos referir a fin de delimitar los alcances que traerá nuestra investigación.

Partiendo primeramente con la Constitución de la Republica de El Salvador, en ella está regulado un gran número de disposiciones a fin de garantizar el respeto de la persona humana así también los fines del Estado, que como ya lo sabemos es el garantizar el respeto de nuestros Derechos y garantizar la Seguridad Jurídica de las personas, en este sentido se nos hace fundamental el estudio de la misma para determinar si dichos fines se están garantizando en nuestra realidad; por otra parte es importante retomar el Capítulo III de la mencionada Constitución “los Ciudadanos, sus Derechos y deberes políticos y el cuerpo normativo” esto último como punto principal para la investigación de nuestro a fin de que se respete Democracia representativas, el bipartidismo, los Derechos Políticos del Ciudadano.

Al referirnos a las normas secundarias son todas las normas que emana la Asamblea Legislativa, pero para efecto de desarrollar nuestro trabajo de graduación nos estamos enfocándonos principalmente en el Código Electoral, esta norma jurídica se encuentra en la segunda escala de la pirámide de Hans Kelsen, dicha disposición regula lo que en nuestra Constitución en Capítulo III hace mención sobre los Derechos y Deberes Políticos, esta ley desarrolla todo el proceso electoral con el objetivo de hacer cumplir el mandato Constitucional, del cual nuestro tema de investigación está determinado hacer un estudio sobre el Activismo Judicial, como ley secundaria también estudiaremos la Ley de los Partidos Políticos y de los organismos temporales (Junta receptoras de Votos).

<sup>18</sup> **MEJÍA TURIZO, JORGE; PÉREZ CARBALLO, ROBERTO;** Artículo Activismo Judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. Autores; Mejía Turizo, Jorge; Pérez Carballo, Roberto; recibido el 12 de diciembre de 2014 aceptado 13 de febrero de 2015; Justicia N° 27—, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla Colombia; Pág. 32.

### 1.6.3 ALCANCE TEORICO.

En relación a los alcances de la Teoría Jurídica, nos aventuraremos en dos corrientes de la Teoría Jurídica del Derecho, para encaminar nuestro trabajo de investigación, hacemos mención del Neoconstitucionalismo y Postpositivismo. En relación a la primera teoría también denominado Constitucionalismo Contemporáneo o Constitucionalismo, a secas son expresiones o rúbricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presunta nueva cultura jurídica.<sup>19</sup>

La Teoría Jurídica Contemporánea se establece en una realidad jurídica de pasar al Estado de Derecho, al Estado Constitucional de Derecho, a situarse en la actualidad a las Teorías del Derecho Contemporáneo, siendo la Teoría de los Derechos de Fundamentales y la Teoría Interpretativa del Derecho de Robert Alexy<sup>20</sup> el cual defiende la existencia de una carga argumentativa a favor de la Libertad Jurídica y la Igualdad Jurídica sobre la Ponderación y ha influido en la discusión sobre los Derechos Fundamentales el cual en su tesis principal establece que los Derechos Fundamentales son Principios y estos son mandatos de optimización, en una explicación adecuada de la naturaleza y la estructura de los Derechos Fundamentales, que puede utilizarse para la construcción de una teoría adecuada de los Derechos Fundamentales en la Constitución, en un Estado Constitucional de Derecho.<sup>21</sup>

Al final de la última década del siglo XX surgió la corriente Teórica denominada *neo constitucionalismo*; Dworkin resulto desde el inicio vinculado a ella. Pozzolo, al introducir el termino, asociado a una visión particular de la Interpretación Constitucional en la que ubico a Dworkin, caracteriza al Neoconstitucionalismo a partir de los Principios vs Normas, Ponderación vs Subsunción, Constitución vs Independencia del Legislador y Jueces vs Libertad del Legislador<sup>22</sup>, lo que unifica estas formulaciones en una peculiar visión de la Constitución en un abordaje teórico que contrasta con la metodología positivista; siendo la visión Dworkiniana<sup>23</sup> el

<sup>19</sup> **PRIETO SANCHÍS, LUIS.**, *Derechos Fundamentales Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, Editorial Palestra Editores, año 2007, Lima Perú, pp 201.

<sup>20</sup> **ALEXY, ROBERT.**, 2002: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (reimpresión), Madrid, España, óp. Cit., pp. 44 y ss.

<sup>21</sup> **BERNAL PULIDO, CARLOS.**, *Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. ¿Es la Teoría de los principios la base de una Teoría adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española?*, DOXA 30-2007, cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, año: 2007.

<sup>22</sup> **SUSANNA POZZOLO.**, *Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional*; DOXA 21-II (1988); cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Génova (Italia), págs. 340-341.

<sup>23</sup> **MARQUISIO RICARDO**; *El Constitucionalismo de Ronald Dworkin y su Teoría del Derecho como moral política institucionalizada*, libro Filosofía Del Derecho, pág. 1110.

problema normativo se fue ampliando y unificando, en su tesis el valor fundamental y los múltiples valores que pondremos tener en consideración son diferentes manifestaciones, que apoyan los términos argumentativos y cobran especial relevancia según la particularidad del dominio normativo que se trate. (Ética persona, moral individual, Justicia, Democracia, Derecho). Las Teorías anteriores legitiman un Activismo Judicial; y establecer lo que menciona el Neoconstitucionalismo asume una especificidad de la Interpretación Constitucional y una Interpretación moral de la Constitución.

Dentro de los modelos de Interpretación Jurídica Contemporánea Dworkin parte de un concepto de interpretación muy amplia, donde se incluyen distintas operaciones dependiendo cual sea el contexto siendo las siguientes: la interpretación de una conversación, artística, científica y una práctica social siendo la cortesía del Derecho; las ideas de una Constitucionalización del Orden Jurídico bajo el paradigma del *Postpositivismo Jurídico*<sup>24</sup> establece en la estructura de un Sistema Jurídico hay que considerar que, además de las reglas, hay Principios Jurídicos, es decir hay normas que establecen la solución una solución normativa, pero no definen un caso. Los Principios, así entendidos dotan de sentido a las reglas, permiten verlas como instrumentos de la protección y promoción de ciertos Valores Jurídicos, y por, otro como resultado de un balance de ponderación o compromiso para cada caso, siendo la ponderación<sup>25</sup> la forma en que aplican los Principios Jurídicos, es decir las normas que tienen estructura de mandatos de optimización, determinando las posibilidades jurídicas que puedan realizarse en la mayor medida posible en la realidad jurídica existente.

- **Teoría de la Interpretación.**

Riccardo Guastini concretamente diferencia tres niveles distintos de análisis del fenómeno jurídico que corresponden, además, a tres funciones del lenguaje diferentes: Metateoría, Teoría y Doctrina.<sup>26</sup> Una Teoría de la Interpretación, por su parte, se encarga de responder al interrogante básico « ¿qué es interpretar? » apelando a un discurso descriptivo, esto es, mediante enunciados susceptibles de ser verdaderos o falsos; se trata de un estudio científico. Una teoría de la

<sup>24</sup> JOSEP AGUILÓ REGLA., *Positivism y Postpositivismo Dos Paradigmas Jurídicos En Pocas Palabras\**; DOXA 30/2007, cuadernos de filosofía del Derecho, ISSN 0214-8676 pp. 665-675, pág. 666.

<sup>25</sup> PULIDO, CARLOS BERNAL., *Estructura Y Límites De La Ponderación*; DOXA 26/2007, cuadernos de filosofía del Derecho ISSN.: 0214-8676.

<sup>26</sup> GUASTINI, RICCARDO, (2000) "Teoría y Doctrina de la Interpretación, en la propuesta de Riccardo Guasquini; citado por en el trabajo de estudio de María Concepción Gimeno Presa; DOXA 23, p. 689.

Interpretación Jurídica es un análisis donde se describe el modo en el cual los Intérpretes actúan de hecho la Interpretación puede realizarse en diversos sentidos; restringido, amplio y amplísimo. En la propuesta de Guastini se pueden distinguir cuatro tipos de Interpretación: la Interpretación Auténtica, que es la que realiza el autor mismo del documento interpretado. El ejemplo más claro de este tipo es la Interpretación de la Ley que hace el mismo Legislador mediante otras Leyes; la Interpretación Oficial, es la que lleva a cabo un órgano del Estado en el ejercicio de sus Funciones. Por ejemplo, la otorgada por el Consejo de Estado en sede consultiva; la Interpretación Judicial, es la efectuada por un Órgano Jurisdiccional; la Interpretación Doctrinal, es la hecha por los Juristas, por lo general profesores de Derecho, en obras académicas. Se<sup>27</sup> distinguen tres Teorías sobre la Interpretación: una Teoría “Cognitiva” o Formalista, una Teoría “Escéptica” y una Teoría Intermedia. Estas Teorías representan un particular modo de entender a la Interpretación, debido a sus diversas concepciones del concepto.

- **Teoría de la Jurisprudencia o decisión de los Jueces.**

**a) La Jurisprudencia como cuerpo sistematizado de Sentencias.** Se basa en una realidad: la existencia de Jueces, que dictan sentencias ante desacuerdos y conflictos en medio de la vida social. A los Tribunales les corresponde aplicar unas reglas, respecto de unos hechos, jurídicamente analizados, mediante la Interpretación de normas, o sus sustitutos (los Principios, Valores), dictando Sentencias para cada caso. Y al Jurista le compete dar un paso más: diseccionar dicha labor, sistematizar todas las Sentencias según su materia (su especialidad), analizarlas y ofrecer un producto nuevo, distinto: la sistematización y crítica del cuerpo de Doctrinas de esa Jurisprudencia.

**b) La Uniformidad de la Jurisprudencia.** Este es un tema teórico muy relevante para la práctica, que cabe observar y desarrollar según las especificidades de cada sistema jurídico; por ejemplo, el fenómeno Jurisprudencial no es el mismo en los Sistemas Anglosajones (en que rige el stare decisis), que en los Sistemas Continentales (en que para las Jurisdicciones inferiores no son vinculantes las decisiones de las Jurisdicciones superiores), de donde se derivan los precedentes.

<sup>27</sup> CAMPOS SILVA, JAVIER ARTURO; (2014), “La Interpretación Jurídica”; octubre 2014; documento extraído de los archivos de docencia de Miguel Carbonell, en la página: <http://www.miguelcarbonell.com/docencia/>.

c) **El desarrollo Jurisprudencial de los Principios Jurídicos.** En medio del análisis de la Jurisprudencia cabe tener presente la discusión contemporánea sobre Reglas y Principios, que es uno de los temas teóricos más relevantes de la actualidad; La Jurisprudencia y la Doctrina, como superadores de las reglas, en caso de lagunas y contradicciones insalvables, incorporando Valores Jurídicos distintos y separados de las Reglas.<sup>28</sup>

#### **1.6.4 ALCANCE TEMPORAL.**

Según lo propuesto para la realización de nuestro trabajo de graduación y enfocándonos en el espacio “tiempo”, estará comprendido desde el año de 2009-2018. Tiempo en el cual se pretende estudiar en los distintos cuerpos normativos los procesos que de ellos se ha decantado el Activismo Judicial en la emisión de dichas Sentencias, en relación a las que se puede hacer mención:

- ✓ Sentencias por parte de la Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia.
- ✓ Amparos por parte de la Sala de lo Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia.
- ✓ Resoluciones que ha emitido el Tribunal Supremo Electoral.
- ✓ Resoluciones en materia Electoral, por parte de Tribunales comunes donde este evidenciado el Activismo Judicial.

De acuerdo al tiempo que relativamente son nueve años que desarrollaremos de investigación, en cada uno de ellos se pretende cronológicamente evidenciar cuales son las resoluciones que han dictado los distintos Tribunales Judiciales o Administrativos donde sea evidente el Activismo Judicial, el mismo que como ya sea venido diciendo que sea violatorio a Derechos Fundamentales y a la Seguridad Jurídica, ello para efecto de simplificar la información recabada y sea comprensible de forma sencilla para los lectores.

Los antecedentes en el espacio temporal son por un aspecto jurídico Constitucional, ya que la magistratura de la Sala de lo Constitucional del periodo 2009-2018, como lo establecimos anteriormente sus argumentaciones consecuentemente sus resoluciones han desarrollado ciertos grados de intensidad, por mandatos de tiempo las elecciones a magistrados duran diez años, cada

<sup>28</sup> **VERGARA BLANCO, ALEJANDRO;** Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N°44 Valparaíso Julio 2015, Estudios Filosofía del Derecho; <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-685120150001000197>.

cambio generacional, elegidos por el Legislativo, por ello el alcance temporal en la ampliación del tiempo que se ha establecido en nuestro tema Activismo Judicial en la Jurisprudencia Electoral de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018.

### **1.6.5 ALCANCE ESPACIAL.**

De acuerdo con el espacio geográfico a delimitar dentro del objeto de estudio en nuestro proceso de grado, la misma la ubicamos de acuerdo a nuestro tema en un área geográfica nacional; ya que como es de nuestro conocimiento las resoluciones que emiten ciertos Tribunales Judiciales o Administrativos son de estricto cumplimiento a nivel nacional, y es a raíz de esas mismas resoluciones las que viene a versar nuestra investigación.

Según lo antes expuesto en el párrafo anterior, y para ser enfáticos de qué Tribunales emiten resoluciones y que las mismas tienen fuerza coercitiva a nivel nacional por parte del Sistema Judicial tenemos la Sala de lo Constitucional como el máximo Intérprete de la Constitución, a tal sentido que las mismas se citan como Jurisprudencia a nivel nacional en casos similares, es así que se tiene como fenómeno de objeto de investigación ciertas resoluciones que dicha Sala de lo Constitucional ha emitido en materia Electoral.

Por otra parte también encontramos al Tribunal Supremo Electoral, como ente regulador de todos los procesos Electorales según mandato Constitucional; en relación a los alcances de investigación dicho Tribunal emite resoluciones Electorales en materia administrativa y las mismas son de estricto cumplimiento a nivel territorial para los partidos políticos y para los Ciudadanos, de esto nos lleva a determinar nuevamente que la investigación que realizaremos, la misma se hará a nivel salvadoreño.

Es así como damos a conocer que nuestro trabajo de grado se investigará en un área determinada que abarca el territorio salvadoreño, siendo como punto de referencia el determinar cuáles resoluciones son propias de manifestar un activismo judicial que no sea acorde a la evolución del Derecho, violatorio a la Seguridad Jurídica y contradictorio a los Principios Constitucionales.

# **CAPITULO II**

Haciendo referencia al capítulo segundo de nuestra investigación, daremos a conocer primeramente los Antecedentes de Activismo Judicial y con ello iniciamos mencionando los orígenes donde ha desarrollado el Activismo Judicial. Es un término de mucha relevancia para resolver ciertas cuestiones complejas en la administración de Justicia; adentrándonos más en dichos orígenes, daremos a conocer que tanto en Norteamérica como en Suramérica, como se desarrolla la aplicación del mismo obteniendo así un avance evolutivo e histórico en su aplicación.

Será importante el hacer una investigación detallada en cuanto a su conceptualización y de acuerdo a los conceptos que sean compilados de tratadistas del Derecho, su forma de interpretar y entender serán factor determinante para estructurar un concepto propio una vez se tenga una claridad cognitiva e interpretativa de este término tan complejo; se desarrollará la Naturaleza Jurídica del mencionado término a fin de dar a conocer las bases jurídicas de donde se ampara y se encuentra regulado explícita o implícitamente de acuerdo a bases jurídicas nacionales o internacionales; así mismo, daremos a conocer las características del Activismo Judicial, es decir la forma de cómo identificar cuando nos encontramos frente a una postura Activista; una vez ya se haya dado a conocer las diferentes características que este mismo término posee.

Siguiendo siempre en la parte introductoria de los antecedentes, estableceremos las diferentes clases de Activismo Judicial, que el Derecho Judicial ha desarrollado y es de nuestro conocimiento, con la idea anterior, estableceremos que de acuerdo a la características de cada uno de ellos; retomaremos únicamente el más idóneo para ser desarrollado en el transcurso de la investigación siendo este mismo objeto de estudios y análisis más profundo sobre el tema. En relación a la parte introductoria que corresponde a las teorías Aplicables al Activismo Judicial Electoral, en este apartado pretendemos desarrollar la teoría del Postpositivismo, con dicha teoría daremos a conocer como rompe con el paradigma Positivista, transformado a un sistema donde incorpora Principio y Valores; de ello haremos mención, sobre la teoría de los Derechos Fundamentales y Teoría Interpretativa del Derecho. Tratándose del Neoconstitucionalismo como teoría del Derecho, en este apartado se desarrollará el Constitucionalismo Moderno como cambio de paradigma de la Teoría Jurídica. Por último desarrollaremos los Métodos de Interpretación Constitucional, siendo necesario para justificar la actuación del ejercicio Activista por parte de la Magistratura Constitucional.

## 2.0 NOCIONES DEL CONOCIMIENTO EVOLUTIVO- TEORICO-DOCTRINARIO SOBRE ACTIVISMO JUDICIAL ELECTORAL.

### 2.1 ANTECEDENTES DE ACTIVISMO JUDICIAL.

Génesis sobre Activismo: es toda actitud, frontal y directa frente a diferentes obstáculos que se pueden presentar en el camino hacia un determinado objetivo. La palabra “activa” deriva del latín *activus*, que significa facultad de obrar con diligencia, eficacia y prontitud. Afirmamos que el Control de Constitucionalidad representa el aporte más importante de la cultura jurídica de los Estados Unidos al Constitucionalismo de nuestro tiempo. Tras una evolución, este fenómeno se ha extendido a la mayoría de los Estados Constitucionales, en los que el debate en torno a la Jurisdicción Constitucional, Difusa o Concentrada ha pasado a ocupar un lugar central. El debate de la Judicial Review en los Estados Unidos se ha realizado desde dos puntos de vista distintos.

Cada uno de ellos, a su vez, involucra dos posturas en un enfoque Técnico - Jurídico, que se ocupa de los métodos de interpretación de la Constitución y recoge dos posiciones encontradas: **los Originalistas** (la Constitución y los Derechos Fundamentales, tienen un significado unívoco que los Jueces pueden interpretar “sin salirse de las cuatro esquinas del texto Constitucional); y, **los No Originalistas** (mantienen que junto a determinados preceptos Constitucionales precisos, existen otros, que comprenden a los Derechos Fundamentales, frente a los cuales los Jueces tienen más de una posibilidad en la Interpretación Constitucional).

Señalamos más allá de los matices históricos que aportan los diferentes ordenamientos jurídicos de la actualidad, la sola expansión del Derecho como técnica de regulación y limitación de los Poderes Públicos obliga a replantear el papel de la Jurisdicción de los actuales Estados Democráticos. A partir de la Segunda Posguerra, sobre todo, la mayoría de las Constituciones Europeas y Latinoamericanas han incorporado una serie de Derechos y contenidos materiales que introducen un verdadero reto en la Hermenéutica Constitucional. En términos generales la tradición norteamericana ha sido bastante judicializada, mientras que la europea se ha inclinado por la preeminencia del Poder Legislativo; es interesante que en las últimas décadas han tomado mayor importancia corrientes doctrinarias que procuran matizar esas aproximaciones dominantes. Precisamente se ha realizado desde una postura progresista, que propugna una Interpretación Extensiva, Sistemática y Evolutiva de los Derechos Fundamentales como la misma Democracia.

### 2.1.1 ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICO DEL ACTIVISMO JUDICIAL.

La historia Constitucional de los Estados Unidos de Norteamérica nos ilustra sus raíces y la forma cómo se gestó el Activismo Judicial y su aplicación en el reconocimiento de ciertos Derechos Sociales. Para llegar a reconocer ese Activismo Judicial, los Jueces se apoyaron de dos corrientes de pensamiento jurídico y las mismas fueron pilares para la aplicación del mismo, nos referimos al Postpositivismo y Neoconstitucionalismo; estas dos corrientes de pensamiento jurídico, van encaminadas en pro de una nueva era en la interpretación, aplicación y administración de Justicia, la cual se ha expandido alrededor de todo el globo terráqueo, siendo objeto de diversos estudio y análisis.

La difusión del término Activismo Judicial inicia en la década de 1950 en EE.UU. con el disparo de salida preparada durante años importantes movimientos cívicos en defensa de los Derechos, puede fijarse convencionalmente en el año de 1954, cuando se emite la Sentencia del caso *Brown versus Board of Education* para remover la segregación racial en las escuelas. Su realización completa se lleva a cabo desde ese año y hasta la primera mitad de la década de 1970, cuando las fuerzas conservadoras sustituyen en el estrado de la Suprema Corte a los Jueces Liberales que habían tenido un papel destacado en Defensa de los Derechos.<sup>29</sup>

Desde luego, que con posterioridad a esa Sentencia han habido otros casos de Activismo de gran importancia, pero son escasos, y repartidos en el tiempo y sin que el conjunto de todos ellos haya reproducido en extensión e intensidad los múltiples pronunciamientos progresistas que en materia de Derechos Fundamentales fueron dictados entre 1954 y 1973, sobre todo, mientras presidía la Corte Earl Warren<sup>30</sup>. Más a delante en su momento conocamos algunos casos más conocidos que fueron resueltos en el tiempo de la presidencia de Warren.

Como lo ha sintetizado, el profesor Charles Epp, los requisitos que se suelen identificar para que exista una revolución de ese tipo son: **A)** La Previsión Constitucional de los Derechos; **B)** una Judicatura Progresista o al menos receptiva de la causa de los Derechos; **C)** una cultura popular

<sup>29</sup> MIGUEL CARBONELL., *Derechos Fundamentales Y Activismo Judicial En America Latina*, III-UNAM, Derechos procesal Constitucional, Volumen II, Tomo I, Bogotá Colombia, Marzo de 2011.

<sup>30</sup> EARL WARREN., (Los Ángeles, 19 de marzo de 1891–Washington D. C., 9 de julio de 1974) fue un jurista y político estadounidense. Entre 1943 y 1953, fue gobernador de California y candidato a la vicepresidencia de los Estados Unidos en 1948. Fue el 14°. Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, desde el 5 de octubre de 1953 hasta el 23 de junio de 1969 en el período presidencial de Dwight D. Eisenhower. En 1964 fue presidente de la comisión encargada de investigar el asesinato de John Fitzgerald Kennedy, la llamada Comisión Warren.

que se identifique con los valores que preservan los Derechos, y **D**) un Activismo Social y organizativo que sea capaz de llevar hasta la mesa de los Tribunales los casos por violaciones de Derechos. Las cuatro condiciones mencionadas estuvieron presentes en Estados Unidos hacia la mitad del siglo XX. Por nuestra parte nos podríamos preguntar lo siguiente, ¿en El Salvador y el resto de países latinoamericanos habrá existido este tipo de revolución de los cuales menciona Epp y en los que ponga de manifiesto estos cuatro Requisitos?

### **2.1.1.1 ACTIVISMO JUDICIAL: ESTADOS UNIDOS, EUROPA Y LATINOAMÉRICA.**

Una de las mayores conquistas del Civismo Democrático y Republicano fue la de haber pasado del Gobierno de los hombres al Gobierno de las Leyes. El Constitucionalismo estadounidense se desarrolló alrededor de esa gran conquista conceptual, socavada, lamentablemente, por el recurrente Activismo Judicial del Tribunal Supremo, cuyos Jueces, en no pocas sentencias, interpretaron la Constitución a la luz de sus preferencias personales, con una lectura coyuntural de los Derechos y los Principios Constitucionales. El Activismo Judicial, practicado, inclusive, con más audacia y fuerza en los niveles inferiores de la estructura Judicial estadounidense, se convirtió, para los Originalistas, Positivistas y adherentes a la voluntad Democrática expresada por el Legislador, en el pretexto para que los Jueces desconozcan el valor y la eficacia de las leyes e incursionen en el proceso político. Así, del Gobierno de las leyes, en el que soñaron los fundadores de la República, se ha retornado al Gobierno de los hombres, esta vez, togados y vestidos de negro.

Es histórica la forma como los activistas y liberales en el Senado estadounidense, liderados por Ted Kennedy,<sup>31</sup> bloquearon, hace 25 años, la nominación al Tribunal Supremo del famoso Juez conservador Robert Bork, quien, desde la Judicatura y la Facultad de Derecho de Yale, revolucionó, con una visión originalista, la legislación sobre carteles económicos (antitrust law) para orientarla en beneficio de los consumidores, sin que adquiriera una proyección en contra de la competencia. Su pecado Judicial fue haber deslegitimado a los Jueces que sentenciaban sobre la base de sus puntos de vista personales. Decía que los Jueces que miraban fuera de la concepción

<sup>31</sup> **EDWARD MOORE "TED" KENNEDY** (Boston, Massachusetts, Estados Unidos, 22 de febrero de 1932 - Hyannis Port, Massachusetts, 25 de agosto de 2009) fue un político estadounidense del Partido Demócrata. Hasta el día de su muerte fue el senador sénior del estado de Massachusetts (47 años, desde 1962). Fue también uno de los más prominentes miembros de la familia Kennedy, hermano del presidente estadounidense John F. Kennedy y también del senador de Nueva York Robert F. Kennedy.

original de la Constitución, siempre terminaban mirándose a sí mismos, y, por ello, eran peligrosos, pues, desconocían los límites Constitucionales en nombre de sus preferencias individuales.<sup>32</sup>

Dos buenos ejemplos de Activismo Judicial en el Continente Americano son:

1) el de la Corte Suprema de los Estados Unidos que declara la inconstitucionalidad de la Segregación Racial en establecimientos educacionales, poniendo fin a la doctrina separados pero iguales (caso *Brown v. Board Education*,) es ejemplo más conocido sobre un Tribunal activista, ya que la Suprema Corte de los Estados Unidos mientras fue presidida por Earl Warren, entre 1953 y 1969. 2) El de algunos Jueces de Brasil a propósito del movimiento de Los Sin Tierra,<sup>33</sup> como el Grupo de Magistrados Gauchos, ligados a la Asociación de Jueces de Rio Grande del Sur, que trabajan en desarrollar Derecho alternativo e incluso participan en cursos de preparación de nuevos Jueces en la Escuela Superior de Magistrados de Rio Grande del Sur, concienciando a los futuros funcionarios sobre la importancia de desarrollar un nuevo Derecho.<sup>34</sup>

¿Qué fue lo que hicieron ese grupo extraordinario de Jueces que no fuera estrictamente apegado al paradigma irrenunciable del Estado Constitucional? Si revisamos sus más conocidas Sentencias veremos que lejos de asumir funciones que no les correspondían, los Justices de la Corte Warren se limitaron a aplicar, pero con todas sus consecuencias, lo que con claridad se podía deducir del texto Constitucional vigente;<sup>35</sup> y por parte de los Jueces brasileños buscan implementar dentro del nuevo Derecho: a) el Positivismo de combate o militante, cuando se puede aplicar el Derecho vigente; b) el uso alternativo del Derecho: como actitud hermenéutica respecto del Derecho positivo vigente; c) Derecho alternativo, como superación de la legalidad, que de todas formas se plantea como excepcional. En ambos casos podremos observar que el Activismo Judicial se gesta en ciertos casos a raíz de un fenómeno social, del que se tenga que dar vida a un nuevo Derecho para dar salida a dicha situación.

<sup>32</sup> **TORRES LUIS FERNANDO.**, *Activismo Judicial En La Era Neoconstitucional*, Vol 15, enero -junio 2013, Pág. 66.

<sup>33</sup> **El Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra (MST)**, El Movimiento de los Trabajadores Rurales Sin Tierra, abreviado MST, es un movimiento político-social brasileño de inspiración marxista que lucha por la reforma agraria y la justicia social. Se originó en la oposición al modelo de reforma agraria impuesto por el régimen militar, principalmente en los años 1970, que priorizaba la colonización de tierras en regiones remotas, con los objetivos de exportar los excedentes poblacionales y de la integración estratégica. Contrariamente a este modelo, el MST busca fundamentalmente la redistribución de las tierras improductivas.

<sup>34</sup> **ANA KARINA TIMM HIDALGO.**, (2017). *Activismo Judicial Dialógico en América Latina. La Lucha de los Derechos* (Tesis Doctoral) Universidad San Carlos III de Madrid, España.

<sup>35</sup> **CARBONELL MIGUEL.**, *Derechos Fundamentales y Activismo Judicial en America Latina*, Editorial Trotta, México, 2010, Pág. 296.

- **Caso de Brown V. Board of Education of Topeka.**

En esta Sentencia se trataba de una niña afroamericana que pretendía su admisión por razón de distancia en una escuela pública a la que asistían niños blancos, admisión que le había sido denegada con fundamentos en la existencia de segregación racial. Se llamaba Linda Brown, residía en Topeka, Kansas, cursaba tercer grado y diariamente debía caminar una milla a través de una subestación de ferrocarril para asistir a su escuela primaria, no obstante que a solo siete cuadras de distancia había otra escuela a la que podía asistir, aunque fuera para niños blancos. El padre de Linda, Oliver Brown, trató de inscribirla en esta última, pero el director de la escuela se negó. Brown fue a McKinley Burnett, el jefe de Topeka de la rama de la National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) o Asociación Nacional para el Adelanto de la Gente de Color (una organización creada en 1909 para promover los Derechos de los afroamericanos), quienes le prestaron su ayuda.

En “Brown vrs. Board of Education” la Corte entonces se apartó de aquella Doctrina, sosteniendo que la segregación de los niños en las escuelas públicas, fundada en motivos de raza, los priva de gozar de idénticas oportunidades educacionales. El Tribunal apreció que, aun posibilitando a los niños negros el acceso a establecimientos propios para ellos con iguales condiciones materiales que los que disponen los blancos, les genera un sentimiento de inferioridad difícil de superar. La segregación dispuesta por la ley estadual en las escuelas públicas tiende a retardar el desarrollo mental y educacional de los niños afroamericanos y los priva de los beneficios derivados de un sistema integrado de educación.

Otro caso donde se dio un precedente en el Activismo Judicial y del cual conoció el Juez Earl Warren es el siguiente:

De acuerdo y en relación al primer caso, en ese entonces se generaron importantes precedentes en materia de igualdad racial en las escuelas (caso Brown versus Board of Education de 1954).

- La Supremacía Judicial en la Interpretación de la Constitución (Cooper versus Aaron de 1958), de cateos y revisiones policíacas (caso Mapp versus Ohio de 1961).
- Libertad Religiosa (caso Engel versus Vitale de 1962).
- Asistencia letrada gratuita (caso Gideon versus Wainwright de 1963).

- Libertad de prensa (New York Times versus Sullivan de 1964).
- Derechos de los detenidos (Miranda versus Arizona de 1966).
- Derecho a la intimidad de las mujeres (Griswold versus Connecticut de 1965 en relación con la compra y el uso de métodos anticonceptivos).

Todas las anteriores sentencias fueron precedidas por en la durante la presidencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos por parte de Earl Warren.

- **El caso Riggs contra Palmer, o caso Elmer.**

No referimos al célebre caso Riggs contra Palmer, más conocido como caso Elmer. La sentencia que lo resolvió, dictada en Nueva York en 1889, enjuiciaba los siguientes hechos: en su testamento Francis Palmer dejaba sus bienes a sus hijas, la Sra. Riggs y la Sra. Preston, así como a su nieto, Elmer. Pero Elmer, ante la posibilidad de que Francis contrajera nuevo matrimonio y con el fin de proteger su herencia de la eventual alteración del testamento inicial a la que podría conducir la celebración de estas segundas nupcias, dio muerte a su abuelo. Elmer fue condenado por la comisión de su crimen y entonces las Sras. Riggs y Preston iniciaron un Proceso Judicial al objeto de impedir además que el parricida percibiera la herencia de su propia víctima. Esta Acción Civil contaba con el obstáculo de que el *Statute of Wills* (estatuto de los testamentos) de Nueva York no contemplaba la indignidad en la que Elmer había incurrido como impedimento para suceder.

Tras ser desestimada la pretensión de las demandantes en Primera Instancia, la cuestión se elevó a la Corte de Apelación de Nueva York, en donde se enfrentaron dos posiciones: la mayoritaria, mantenida por el Juez Earl, a favor de Riggs y Preston, y la defendida por el Juez Gray, que favorecía a Elmer. Finalmente se impuso la primera opinión, basándose en un principio formulado en los siguientes términos: “a nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad de su propio crimen”.

La cuestión que cabe entonces plantearse es de dónde había surgido este principio que resolvía el caso en perjuicio de Elmer. Al parecer no estaba escrito en ningún lugar hasta entonces y sin

embargo formaba parte del Derecho y en esa condición sería de aplicación por parte de los Jueces.<sup>36</sup>

- **La Sentencia del Caso *Lüth*.**

El Tribunal Constitucional Alemán por primera vez desarrollo un precedente de Activismo Judicial. Es el caso de Erich Lüth dirigió un llamado al público, los propietarios de los cines y los distribuidores fílmicos, a boicotear las películas de Viet Harlan que produjo después de 1945, basado en que Harlan fue el más prominente realizador de filmes nazis, en lo cual se relacionó nematográfica antisemita del nacionalismo. El Tribunal de Primera Instancia de Hamburgo condeno a Lüth a no hacer un llamado alguno a boicotear la nueva película de Harlan, “Amada inmortal”; fundo su resolución en que tal llamado al boicot violaba el artículo 826 del Código Civil, que prohíbe “causar daño a otro manera contraria a las buenas costumbres y a propósito”. Lüth promovió la queja Constitucional contra esta Sentencia.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán fue de la opinión de que no era bastante efectuar estas dos subsunciones asiladas, sino más bien que cuando la aplicación de normas del Derecho Civil condujera a la restricción de un Derecho Fundamental, siempre se exigirá que se tenga lugar una ponderación de los Principios Constitucionales en colisión. El resultado de la ponderación del Tribunal Constitucional Federal fue que el Principio de Libertad de Expresión debía prevalecer frente a los que iban con él.<sup>37</sup>

### **2.1.2 CONCEPTO.**

Como en toda investigación a desarrollar se han compilado algunos conceptos sobre el término Activismo Judicial, de personas expertas y con un amplio conocimiento en materia Constitucional; y para ser más enfáticos, con una corriente de pensamiento Postpositivista, Neoconstitucionalista. Esto con el objetivo de ir estructurando las bases para ir desarrollando de forma más precisa nuestro tema a investigar, y por supuesto, darle al lector las definiciones de este término; aunque, el mismo es muy utilizado por los Jueces, para la comunidad jurídica aún puede resultar desconocido.

<sup>36</sup> MARINA GASCÓN ABELLÁN Y ALFONSO GARCÍA FIGUERO., *Interpretación y Argumentación Jurídica*, a. ed. -- San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003, Pp 350.

<sup>37</sup> ALEXY, ROBERT., *Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2007, pág. 5.

Como primer concepto citamos a MORELLO, quien nos dice que este término puede ser entendido como: la creatividad de las sentencias, al protagonismo del Tribunal y al aggiornamento (“actualización” en italiano) o del servicio de Justicia, dicho en otros términos, nos encontramos frente al Activismo Judicial, toda vez que los Magistrados hacen interpretaciones novedosas sobre el texto Constitucional y con esto, envían algún tipo de mensaje a los Poderes del Estado y a la Sociedad en general.<sup>38</sup>

Es de recordar que las realidades son muy cambiantes, no son del todo estáticas, en este sentido y según como nos ilustra Morello Augusto, los Tribunales muchas veces están obligados dentro de su actuar en la administración de Justicia, hacer creativos al momento de resolver ciertas Sentencias en particular, esa labor creadora por parte de los Jueces nace de la necesidad de dar solución aquellos casos en los cuales la ley no prevé literalmente su regulación y se tenga que dar una resolución haciendo efectivo el servicio de Justicia. Siguiendo con la idea anteriormente planteada, nos daremos cuenta que ese caso hipotético es un claro ejemplo donde se nos manifiesta el Activismo Judicial. Ahora bien, para que este Activismo Judicial sea considerado como tal, Morello establece que dicha Interpretación que haga todo administrador de Justicia, debe de hacerse desde la Constitución misma con el fin, de que si bien se crea Derecho, este Derecho sea producto de las Interpretaciones que se le haga a la Constitución misma, evitando que el mismo sea contradictorio a la norma suprema. Por otra parte, para la escritora brasileña Monia Clarissa Henning Leal, el Activismo Judicial ha de entenderse como una postura del Juez frente al cumplimiento de sus Funciones Judiciales.<sup>39</sup>

De acuerdo con el concepto que hemos leído, Hennning Leal ve al Juez como un ser con criterios que derivan de la misma Constitución, siempre y cuando se requiera dentro del cumplimiento de sus funciones dar solución a las situaciones que se le puedan presentar, por la razón que él está facultado para dar cumplimiento a una resolución, este concepto de Activismo Judicial, está muy acertado según el estudio que estamos realizando, porque precisamente es en esas situaciones se nos manifiesta el Activismo Judicial, cuando dentro del cuerpo normativo de una Ley, Reglamento

<sup>38</sup> **MEJÍA TURIZO, JORGE; PÉREZ CARBALLO, ROBERTO.**, Artículo Activismo Judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. Autores; Mejía Turizo, Jorge; Pérez Carballo, Roberto; recibido el 12 de diciembre de 2014 aceptado 13 de febrero de 2015; Justicia N° 27—pp. 30-41, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla Colombia; ISSN: 01247441.-Pág.31.

<sup>39</sup> **LÓPEZ STERUP, HENRIK.**, *Separación De Poderes, Políticas Públicas Y Activismo Judicial: Una Discusión A Partir De La Jurisprudencia De La Corte Constitucional Colombiana Sobre Una Política Pública*; DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, año 2018, Pág. 174.

o la Constitución misma, existan vacíos de los cuales se tenga que regular en un momento determinado ampliando de esta forma el espectro de control por parte del juzgador. Según el Doctrinario BOLICK (2007), para quien esta expresión hace referencia a la práctica y concepción según la cual el Juez se convierte en un limitador y actor subsidiario de los demás poderes del Estado a través de la aplicación de la Constitución y los Derechos Fundamentales.<sup>40</sup> Según Bolick, el Juez tiene que cumplir ciertas funciones frente a los demás Poderes del Estado y hace mención de dos aspectos importantes, como un *limitador* y como *actor subsidiario*. En el primer aspecto, podríamos decir que todo Juez puede limitar las actuaciones de los demás Poderes del Estado e incluso hasta de abstenerse en la aplicación de una norma, siempre y cuando sean contrarios a la Constitución; en ese sentido, el Juez limitará el actuar de los otros Poderes del Estado y de las leyes cuando las mismas sean violatorio a Derechos Fundamentales, ejerciendo de esta forma Activismo Judicial.

Por otro lado, los Jueces también pueden ser actores subsidiarios de la norma frente a otros Poderes del Estado, en el caso más preciso frente al Poder Legislativo, cuando este último quien legisla y crea la norma, no prevea todos los casos posibles a manifestarse en el futuro y por ende deja sin regular esa situación, cuando con posterioridad a la creación de la norma se manifiesta ese caso; es precisamente en esta medida que surge la necesidad de que el Juez practique Activismo Judicial, quien tendrá que crear esa norma a través de la aplicación de la Constitución y en respetando Derechos Fundamentales para emitir una resolución, sobre situaciones que no fueron reguladas a través del Órgano competente sino a través del Juez subsidiariamente.

Así, el Activismo Judicial podría entenderse, en línea con el profesor Epp, *en el sentido de que el Juez crea un amplio conjunto de nuevos Derechos Constitucionales (Epp, 1998).*<sup>41</sup> De acuerdo con el concepto que da el norteamericano Charles Epp, él maneja la postura que el Juez crea un amplio conjunto de nuevos Derechos Constitucionales, pero debemos recalcar que esa facultad que tiene todo Juez no debe ser absoluta, tiene que tener límites, porque en ese caso se estaría haciendo las veces de un Legislador Constituyente. Por otra parte, el Juez tiene que utilizar la técnica de la

<sup>40</sup> **MEJÍA TURIZO, JORGE; PÉREZ CARBALLO, ROBERTO.,** *Artículo Activismo Judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes.* Autores; Mejía Turizo, Jorge; Pérez Carballo, Roberto; recibido el 12 de diciembre de 2014 aceptado 13 de febrero de 2015; Justicia N° 27—pp. 30-41, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla Colombia; ISSN: 01247441.- Pág. 31.

<sup>41</sup> **LÓPEZ STERUP, HENRIK.,** *Separación De Poderes, Políticas Públicas Y Activismo Judicial: Una Discusión A Partir De La Jurisprudencia De La Corte Constitucional Colombiana Sobre Una Política Pública;* DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, año 2018. Pág. 174.

hermenéutica<sup>42</sup> en los textos Constitucionales, de esa Interpretación que se le haga a dichos textos puede ampliar los márgenes de control a la luz de la Constitución misma, para aquellos casos o situaciones en los que la única salida sea hacer Activismo Judicial.

En lo que respecta al autor argentino MARANIELLO (2008), Activismo es toda “actitud activa, frontal y directa frente a diferentes obstáculos que se pueden presentar en el camino hacia un determinado objetivo” y por consiguiente un Juez Activista es un “Magistrado que desprovisto de toda formalidad brega por el cumplimiento de sus propósitos en búsqueda de la verdad jurídica objetiva con respeto de los derechos constitucionales.”<sup>43</sup> Con relación al actor Patricio Maraniello, el Activismo judicial puede entenderse como todo proceder o actuar que los Jueces realicen luchando contra todas las dificultades para llegar a alcanzar un determinado fin, siempre y cuando ese fin sea el cumplimiento de la Justicia; Maraniello expresa que los Jueces pueden si lo requiere el caso, apartarse de la ley misma, para encontrar una solución que si bien no se encuentre en la literalidad de la ley, puede interpretar sus propios criterios con el propósito de llegar a una verdad infranqueable, estos criterios puede ser aplicados siempre y cuando sea conforme al respeto a los Derechos Constitucionales.

En el Derecho anglosajón norteamericano el término fue acuñado por el Juez Federal norteamericano WAYNE, al señalar que el “Judicial Activism” se puede presentar en dos maneras, por un lado de manera Jurisprudencial, al declarar judicialmente ciertos valores conferir determinados derechos a ciertas colectividades sociales; o, otra forma, al tomar decisión del Juez para defender un Derecho quebrantado argumentando que ese remedio Judicial justificable por el apremio pro homine, invade la competencia de otros Órganos, como es el caso de la política (Wayne, 1992, citado por Gálvez, 2010).<sup>44</sup> Por parte de Wayne quien en la historia norteamericana ha dado un gran aporte a este término y a su aplicación como Jurista de esta nación, nos explica lo siguiente: que el Activismo Judicial lo podremos ver de manifiesto a través de la Jurisprudencia que los Jueces van creando con sus resoluciones, a través de ellas dotan a ciertos valores una

<sup>42</sup> En filosofía, la **HERMENÉUTICA** representa una teoría de la verdad y el método que expresa la universalización del fenómeno interpretativo desde la historicidad concreta y personal. La hermenéutica intenta descifrar el significado detrás de la palabra y, con ello, intenta la exégesis de la razón misma sobre el significado.

<sup>43</sup> **MEJÍA TURIZO, JORGE; PÉREZ CARBALLO, ROBERTO.**, Artículo Activismo Judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. Autores; Mejía Turizo, Jorge; Pérez Carballo, Roberto; recibido el 12 de diciembre de 2014 aceptado 13 de febrero de 2015; Justicia N° 27—pp. 30-41, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla Colombia; ISSN: 01247441.-Pág. 32.

<sup>44</sup> **MEJÍA TURIZO, JORGE; PÉREZ CARBALLO, ROBERTO;** Artículo Activismo Judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. Autores; Mejía Turizo, Jorge; Pérez Carballo, Roberto; recibido el 12 de diciembre de 2014 aceptado 13 de febrero de 2015; Justicia N° 27—pp. 30-41, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla Colombia; ISSN: 01247441.-Pág.32.

transformación radical convirtiéndolos en derecho para el goce de ciertas colectividades ampliando la protección en tutela de Derechos Fundamentales que anteriormente han estado desprotegidas.

El otro punto que nos ilustra Wayne y que es una de las formas más necesaria donde los Jueces deben hacer Activismo Judicial es cuando, los Jueces al momento de tomar una decisión resulta evidente que el Derecho les ha sido quebrantado, se debe declarar como violatorio a los Ciudadanos y a la Constitución misma y abstenerse a su aplicación. En ordenar al Órgano competente la derogatoria del mismo, originando choques en los cuales para muchos sería como un abuso de poderes, pero no será así siempre y cuando se esté actuando conforme a la protección de la Seguridad Jurídica en el respeto de los Derechos Fundamentales y de la Constitución misma.

Para Mejía Turizo, el Activismo Judicial como creación de Derecho, presupone que el Juez realice, entre otra una función que en principio solo corresponde al Órgano Legislativo: crear normas, pero el Juez no crea en sentido formal y estricto de la palabra de una norma, no obstante, si crea una regla de regulación para similares casos y puede otorgar o extender derecho que taxativamente el Sistema Jurídico no contemplaba.<sup>45</sup> Relaciona al Activismo Judicial meramente con la idea de creación de Derecho, que los Jueces tiene que realizar en virtud de no existir una norma que prevea y regule cierto casos en particular; en ese sentido menciona Mejía Turizo, los Jueces tiene que crear la norma aunque no sea directamente esas sus atribuciones, el Juez tendrá necesariamente que crear el derecho cuando el mismo no esté contemplado en el ordenamiento jurídico y así mismo deberá aplicarlo para dar una resolución. Este actor también es de la idea que el Activismo Judicial puede presentarse tanto de forma Jurisprudencial para ser aplicado a casos similares, como también puede conceder o ampliar Derechos cuando estos no se encuentren dentro del Ordenamiento Jurídico.

De acuerdo con las definiciones anteriormente se han compilado tenemos que reparar en lo siguiente, que de acuerdo al análisis de cada una de ellas nos decantamos por la definición que hace MARIANELLO. En la cual establece que Activismo es toda “actitud activa, frontal y directa frente a diferentes obstáculos que se pueden presentar en el camino hacia un determinado objetivo” y por consiguiente un Juez Activista es un “Magistrado que desprovisto de toda formalidad brega

<sup>45</sup> **MEJÍA TURIZO, JORGE; PÉREZ CARBALLO, ROBERTO.**, Artículo Activismo Judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. Autores: Mejía Turizo, Jorge; Pérez Carballo, Roberto; recibido el 12 de diciembre de 2014 aceptado 13 de febrero de 2015; Justicia N° 27—pp. 30-41, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla Colombia; ISSN: 01247441, Pág. 33.

por el cumplimiento de sus propósitos en búsqueda de la verdad jurídica objetiva con respeto de los Derechos Constitucionales”.

Y lo hacemos porque somos del criterio que para que los Jueces creen una norma deberá estar muy enmarcado con conocimiento de las realidad objetiva actual y por su puesto empapados de conocimientos jurídicos críticos que serán la herramienta más importante para abrirse camino esforzándose en dar respuestas a cierta problemática social, en un absoluto respeto de la norma suprema. Como equipo de investigación damos a conocer un concepto propio de acuerdo con lo que hemos venido compilando de cómo manejamos el término Activismo Judicial: puede entenderse como: toda práctica por parte de los Jueces de crear un nuevo Derecho, el cual no se encuentra regulado dentro del Ordenamiento Jurídico en función Interpretativa de la Constitución para resolver casos controvertidos o defender un derecho quebrantado actualizando este mismo a una realidad dinámica cambiante, siguiendo la Teoría Jurídica Postpositivista y Neoconstitucionalista, en cumplimiento de una búsqueda objetiva de la Justicia y en armonía con el Ordenamiento Jurídico Constitucional.

### **2.1.3 NATURALEZA JURIDICA.**

La Jurisdicción Constitucional en los últimos años ha generado un gran impacto en el Estado Constitucional de Derecho, en los aspectos de garantizar la Constitución y los Derechos Fundamentales; Su función es notoria, desde el enfoque de una centralidad y supremacía que dicta sus Objetos de Control. El Derecho Judicial genera opiniones sobre invadir Competencias reservadas a los Poderes Públicos Representativos, actuando de manera positiva, y no negativa.<sup>46</sup> La premisa anterior es un punto de inflexión en la Teoría Constitucional Contemporánea, sobre la vulneración al Principio de Separación de Poderes y lo más importante hasta donde le alcance su *Legitimidad Democrática*.

El Activismo Judicial se vincula en una relación entre Derecho y Política, para entender su naturaleza jurídica debemos observarlo desde una perspectiva interna de la actuación del Poder Judicial en el funcionamiento de sus competencias, en conjunto con la Judicialización como

<sup>46</sup> **HANS Kelsen**., establece el Control de Constitucionalidad como una función no propiamente Jurisdiccional si no como “Legislador en Sentido Negativo”, la cual analiza el problema abstracto de compatibilidad lógica entre Ley y la Constitución, por consiguiente posee una dimensión general y abstracta, y no una decisión singular y concreta que realiza la Función Jurisdiccional, en destacar la Supremacía de la Constitución, para no comprometer la esencia del Legislativo, por ello establece la función de un Legislador Negativo, que a su vez difiere el Judicial Review americano de carácter Difuso.

proceso de Constitucionalismo Democrático (la Supremacía Constitucional, dimensión objetiva de los Derechos Fundamentales), lo anterior lo encontramos en un protagonismo del Poder Judicial (Magistrados o Jueces) en emitir precedentes judiciales sobre temas fundamentales y estratégicos de la sociedad, en la Judicialización entre el Derecho y la Política encontramos en esa relación histórica lo siguiente, según el autor alemán Dieter Grimm<sup>47</sup> la separación entre Derecho y Política es no obstante, una separación de carácter meramente institucional, lo que no garantiza que el procedimiento de aplicación Judicial de la Jurisdicción Constitucional que se determina en carácter abiertos de Principios de Indeterminación de la norma, lo anterior abre a un mayor margen de la Interpretación de la norma Constitucional, y a la vez un mayor protagonismo de los Jueces en la aplicación del ejercicio Activista; bajo el objeto del Principio de Primacía Constitucional y el Control de Constitucionalidad genere pronunciamientos de orden Político con una postura proactiva del Juzgador.

Asociado el Activismo Judicial en acción y actividad siempre estará ligado con dinámica, impulso y movimiento; costando que el Activismo puede ser conservador con el objetivo de mantener el estado de las cosas o por lado contrario progresista respecto a la connotación “Judicial Activism” que impera en el Common Law. Su naturaleza se define en pronunciamientos cuando exista conciencia de la naturaleza y funciones de esta institución del Control de Constitucionalidad se contribuirá a otorgar estabilidad jurídica e independencia a todos los Órganos y Poderes Constitucionales mediante el Tribunal Constitucional en su precedentes judiciales de una Jurisprudencia ponderada entre la autolimitación en la función de un Activismo Judicial moderado justificado razonado, generando un reconocimiento social que se reconoce su función como institución bascular del Estado de Derecho encargado de resolver en última instancia las controversias Constitucionales<sup>48</sup> mediante una “Interpretación Constitucionalmente adecuada” .

La naturaleza del Activismo Judicial sobre resoluciones en materia electoral es la introducción de la influencia política de la Justicia Constitucional en cuestiones políticas,<sup>49</sup> muchas veces consecuencia de la indeterminación del propio texto Constitucional, en la que son frecuentes las

<sup>47</sup> **DIETER, GRIMM., (2006)**, Constitución y Política (Traducción de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte; Del Rey). pp.14-16 passim.

<sup>48</sup> **LANDA, CÉSAR.,** “Guardián de la Constitución” en Editorial Gaceta del Tribunal Constitucional, Edición N° 2, abril-junio 2006, <http://gaceta.tc.gob.pe/editorial.shtml?x=1258>, 26/08/2010, 9:28.

<sup>49</sup> **GÁSCON ABELLÁN, MARINA y GARCÍA FIGUEROA.,** *Interpretación y Argumentación Jurídica*, 1° Edición, Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, San Salvador, El Salvador, año 2003, pág. 160.

clausulas abiertas o de fuerte contenido valorativo.<sup>50</sup> Las Constituciones actuales contienen muchos preceptos que padecen de una escasa formalización; es más, muchos de ellos constituyen la Positivización de Principios y Juicios de Valor, de manera que su significado está altamente Indeterminado. Esta Indeterminación hace el Juicio de Constitucionalidad de la ley un Juicio notablemente Discrecional. En algunos casos tan Discrecional, que pareciera que el Juez Constitucional viene irremediamente abocado a convertirse en un Sujeto Político; llegando al aspecto de la Judicialización de la Política, en un tema que lo desarrollaremos más adelante en la investigación. La misma aplicación del Control de Constitucionalidad sobre aspectos políticos, conlleva muchos casos ejercer la función Activista Judicial, por parte de la Magistratura Constitucional.

#### 2.1.4 CARACTERÍSTICAS DEL ACTIVISMO JUDICIAL.

El constitucionalista americano Mark Tushnet<sup>51</sup> establece una reflexión, acerca de las dificultades hermenéuticas y pragmáticas que la expresión “Activismo Judicial” trae consigo para definir criterios claros para establecer cuando una decisión puede ser clasificada como “Activista”, ya que el concepto de lo que se considera “activo” es variable, ya que en su función de actividad Interpretativa, no posee estándares definidos, cambiando en el tiempo y espacio; Además, el Activismo no posee contenido *Ideológico* preciso, siendo ejercicio en los términos *Conservadores* como en un sentido más liberal o *Progresista*, sin dejar a un lado que no se le puede identificar plenamente con la característica, en función de garante de la Constitución y los Derechos Fundamentales, ya que en ocasiones los pronunciamientos de actos o decisiones pueden ser contrarios cuando se aplica un Activismo Judicial Negativo. Para poder entender las características que se establecerán aspectos relacionados a la Doctrina Contemporánea sobre el tema y sus diferentes nociones de doctrinarios autoritarios y bajo los argumentos del Neoconstitucionalismo.<sup>52</sup> **Características del Activismo Judicial:** El autor especializado en Activismo Judicial Morello,<sup>53</sup> da como características esenciales del Activismo los siguientes

<sup>50</sup> Precisamente la visión de estos peligros explica el enérgico rechazo de Kelsen a las normas Constitucionales más o menos vagas o ambiguas; cfr. La Garantía Jurídica de la Constitución (La Justicia Constitucional), tratado de J. RUIZ, MANERO, en *Escritos de la Democracia y el Socialismo*, Madrid, Debate, 1988.

<sup>51</sup> TUSHNET, MARK., (2007)., “The United States of America”, en: Dickinson, Brice. *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts* (New York: Oxford University Press). pp. 415-436.

<sup>52</sup> CARBONELL, MIGUEL., (2003)., *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, 334 pp.

<sup>53</sup> MARANIELLO, PATRICIO ALEJANDRO., *El Activismo Judicial, una herramienta de protección Constitucional*, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, ISSN: 1870-6916, Nueva Época, Año 6, N° 32, Abril-Septiembre 2012, pp.46; \* Recibido: 2 enero de 2012, Aceptado: 4 de Febrero de 2012.

elementos: **(I)** El Poder Judicial como verdadero poder del Estado, fijando Políticas Judiciales; **(II)** Respeto de la Constitución por sobre todas las normas y fundamentaciones jurídicas de las partes; **(III)** Búsqueda primordial de la justa solución del caso; **(IV)** Creatividad de las Sentencias y **(V)** Protagonismo del Tribunal. El Activismo se preocupa, ante todo, por la justa solución del caso y por el respeto de los Principios y Derechos Constitucionales, y no tanto por no contradecir o erosionar el sistema.

- El Activismo Judicial se caracteriza en un determinado modo de Interpretación y de aplicación de la Constitución sobre la intensificación y ampliación de la actuación de la Jurisdicción Constitucional.
- Expansión de la actuación del Poder Judicial a ámbitos hasta entonces jamás vistos: el Poder Judicial “llama” para sí la responsabilidad de Garantía, de la Constitución y los Derechos Fundamentales, y en su nombre, desempeña, funciones y toma decisiones que no le serían propiamente atribuidas. (Ejemplos: destinación de recursos públicos; determinación de actuación del Legislador o satisfacción de omisiones Legislativas, entre otros.
- Normatividad de la Constitución en el reconocimiento de una “fuerza normativa de la Constitución” abre camino para una actuación diferenciada y activa del Poder Judicial y, particularmente, de los Tribunales Constitucionales en el sentido de su realización.
- Transferencia de decisiones estratégicas para el Órgano Judicial, especialmente para los Tribunales Constitucionales (decisiones sobre temas polémicos y tendencialmente en Principio más asociados a la deliberación política).
- Crear Derechos, es decir, garantizar la protección de un Derecho no enumerado por este considerado de naturaleza Constitucional, ampliando así la nómina de Derechos protegidos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes.

**Causas de Activismo Judicial:** Este realce de la función Jurisdiccional con el Activismo Judicial, cimentado en la creencia de un Juez “Hércules” todopoderoso en la célebre imagen de Dworkin<sup>54</sup>,

<sup>54</sup> **MARANIELLO, PATRICIO ALEJANDRO.**, *El Activismo Judicial, una herramienta de protección Constitucional*, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, ISSN: 1870-6916, Nueva Época, Año 6, N° 32, Abril-Septiembre 2012, pp.53; \* Recibido: 2 enero de 2012, Aceptado: 4 de Febrero de 2012.

responde sin dudas a una multiplicidad de causas y factores, que pueden sintetizarse en los siguientes: (I) La lentitud de las causas producto de la burocracia procesal. (II) Clausulas Constitucionales y legales de textura “abierta”. (III) El sentir que la Democracia es el “Derecho de tener Derechos”, ha hecho mucho por el exceso del papel del Juez en las Sociedades Contemporáneas.

### **1. Protección a Derechos Fundamentales.**

- Supremacía: Derechos Fundamentales, como elementos centrales del orden jurídico Tribunales Constitucionales precisan decidir sobre cuestiones que envuelven la incidencia de esos Derechos en la apertura del carácter Principista: los Derechos Fundamentales están contenidos en los textos Constitucionales de forma Principista, demandando, así una concreción y determinación de sus contenidos en los fallos concretos, que necesitan ser decididos por el Judicial.
- Inercia u omisión de los Poderes Públicos; en ocasiones el Poder Judicial es llamado a decidir acerca de cuestiones que serían de competencia del Poder Legislativo. (Ejemplo: reglamentación de determinada materia) o el Poder Ejecutivo (ejemplo: creación/implementación de determinada política pública), que, sin embargo, no son ejercidas.
- Tutela y protección de situaciones no reglamentadas por la legislación; la incidencia directa de los Derechos Fundamentales hace que ellos operen y sean aplicados también en situaciones no reglamentadas por la Legislación.

### **2. Ampliación y Alcance de la Constitución.**

- Constitución formal y escrita (analítica), en nombre del Principio de Seguridad Jurídica, se inserta una gran cantidad de contenidos en los textos Constitucionales, que pasan a tener *status* de norma Constitucional y a funcionar como parámetros para el Control de Constitucionalidad, que, con eso, tiene sus espacios y materias de actuación ampliados.

### 3. Constitucionalización del Derecho.

- La eficacia de la Jurisdicción Constitucional determina la interpretación del Derecho infraconstitucional de manera “conforme la Constitución”.

### 4. Factores Operacionales y Jurídicos.

- Ampliación de los recursos e instrumentos a la disposición del ciudadano para la protección de sus derechos (extenso rol de las acciones Constitucionales.- ejemplo: Amparos, Control de Constitucionalidad) resultante de una preocupación con la efectividad de protección y cumplimiento de los Derechos Fundamentales.

#### 2.1.5 TIPOS DE ACTIVISMO JUDICIAL.

La implementación de las corrientes de pensamiento jurídico contemporáneas en el Derecho Judicial y en específico sobre las apreciaciones doctrinales del Activismo Judicial en el ejercicio de las funciones Jurisdiccionales al asumir, el protagonismo en reconocimiento y protección de los Derechos Fundamentales y garantías de los Ciudadanos, promoviendo una dinámica fluida creación de Derecho, es de gran importancia establecer los diferentes tipos de Activismo Judicial establecidos por los diferentes doctrinarios especializados en la materia; lo anterior con la finalidad de comprender la función del Poder Judicial en conjunto con el ejercicio Activista de sus resoluciones que conllevan un carácter de Precedente Judicial, necesario para clarificar las formas de aplicación, el orden histórico-doctrinario, en el Derecho Anglosajón o Continental y así poder identificar la aplicación en nuestra Judicatura.

El desarrollo sociopolítico del Poder Judicial es afectado por cambios significativos desde el surgimiento y evolución continua de los Estados de Bienestar Democráticos, generando transformaciones sobre el Poder Judicial asumir un rol que se desarrolla en la perspectiva del contenido social del Estado de Derecho con un mayor protagonismo en el desarrollo del marco histórico y social en el que se genera el Activismo Judicial bajo las diferentes expresiones de Activismo Judicial Dialógico o a un Constitucionalismo Deliberativo<sup>55</sup> o como se le conoce en el Derecho anglosajón norteamericano de *Judicial Review*.

<sup>55</sup> NINO, CARLOS SANTIAGO, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, traducción del Pedro Saba, Gedisa, Barcelona, 2003.

Actualmente, el poder Judicial es la rama del Estado más cuestionada por la Filosofía Política Contemporánea. El problema radica en la justificación de la Legitimidad Democrática de sus decisiones; por ello, genera debates importantes sobre su actuación y decisiones en asuntos que tradicionalmente se deciden por medios políticos con legitimidad representativa (Legislativo y Ejecutivo), son resueltos por Jueces por medio de sus resoluciones cuando existe formulación de demandas en términos jurídicos y judiciales, activando la función Jurisdiccional por los diferentes actores sociales de forma que el Activismo Judicial Dialógico pretende influir en la forma de gestión de los otros Poderes del Estado, enfocándose en casos y contextos sociopolíticos.

### **2.1.5.1 ACTIVISMO JUDICIAL CONTEMPORÁNEO.**

El debate del “Activismo Judicial” es muy propio del Derecho y política de los Estados Unidos de Norteamérica en cuanto al debate político Constitucional norteamericano entorno a los poderes de los Tribunales de la Suprema Corte, como lo fue el debate de la época entre “federalistas” y “anti federalistas”, convergiendo desde año 1803 se establece la Doctrina Jurisprudencial de la “Revisión Judicial de Legislación”, siendo la primera expresión moderna de la Politización de la Justicia, como primer precedente se establece la decisión del Juez Marshall en el caso “*Marbury versus Madison*”, en el plano contemporáneo, W. Wayne establece dos dimensiones del activismo: primero, en sede Jurisprudencial se reconocen judicialmente ciertos Valores que otorgan ciertos Derechos a grupos sociales minoritarios, débiles o vulnerables; y, en segundo, en la adopción de una posición de los Jueces al defender un Derecho vulnerado que supone invadir la esfera de competencias de otros Órganos políticos o administrativos.

Identifiquemos el Activismo Judicial a estudiar en el presente trabajo; en los temas anteriores conceptualizamos diferentes nociones sobre Activismo Judicial; situemos el Activismo en su función Jurisdiccional Constitucional, el anterior se expresa a través de las Sentencias o Precedentes Judiciales de los Tribunales, mediante el Control de Constitucionalidad de las normas y de la función de la Judicatura y su libertad de *Discrecionalidad*, de los Jueces al servicio de la Justicia y genera mandatos de innovación a los demás poderes públicos, a los Jueces inferiores sobre sus orden Jurisdiccional y a la Sociedad, que generan un cambio en la Legislación, Jurisprudencia o en la Costumbre. Se observara identificando una serie de elementos que facilitan el Activismo Judicial, citamos el trabajo: “la expansión global del poder de la judicatura, de Tate

y Vallinder (1995), en que se establece las condiciones que dan paso a la aparición de un activo Control Judicial de la Constitución: “Los factores que contribuyen a la Judicialización de la política: la presencia de un régimen Democrático; un sistema de Separación de Poderes; una cultura de Derechos (...); partidos políticos débiles o coaliciones de gobiernos frágiles que produzcan trabas en la elaboración de las políticas públicas (...); y, por último, la delegación a las Cortes de autoridad para tomar decisiones en ciertas áreas de las políticas públicas.”<sup>56</sup>

### 2.1.5.2 ACTIVISMO JUDICIAL DIALÓGICO.

Estableceremos por Activismo Judicial Dialógico por un tipo de acción jurídica que se impulsa por los Tribunales de Justicia y la sociedad civil buscando *Diálogos Democráticos* que conduzcan a precedentes judiciales y su ejecución que generen cambios Jurídicos-Sociales determinados para resolver vulneración de Derechos Fundamentales propios de los conflictos graves y estructurales que sufren los Estados Constitucionales en el cual se ha desarrollado. Su objetivo central es la generación de Diálogos Democráticos, a través de los procedimientos judiciales, involucrando a diversos poderes del Estado siendo diálogos *inter orgánicos u horizontales*.<sup>57</sup>

La diferencia teórica más relevante entre el Activismo Dialógico y otros Activismo Judiciales lo encontramos en que el Dialógico forma parte de las propuestas que se llevan a cabo en el ámbito del Constitucionalismo Deliberativo, ya que este observa el rol Activista de la Judicatura cuando se ejerce un Control Judicial que lesiona los límites de justificación de la Legitimidad Democrática.

Bajo la premisa anterior analizar la legitimidad de las Instancias Judiciales como ultimas vías de decisión, que por ser políticas, no pueden ser mejor resultas que en sede Judicial, que por las instancias institucionales que le corresponden a ello se ordena siempre que el Ciudadano active esa la Función Jurisdiccional, en cuestiones políticas complejas y es necesario la Judicatura esté lista para resolver los conflictos a los cuales las diferentes Cortes Judiciales se enfrente. Este tipo de activismo se fundamenta en la deliberación del poder Judicial respecto a las labores de los demás Poderes del Estado, como representante del Dialogo Democrático. Una parte esencial de este tipo de Activismo son sus Sentencias y la ejecución de las mismas, el Juez que aplica este tipo

<sup>56</sup> COUSO, JAVIER., (2004): “Consolidación democrática y Poder Judicial: Los riesgos de la judicialización de la política”, en Revista de Ciencia Política (Vol. XXIV, N°2) pp. 29-48 [Fecha de consulta: 4 de noviembre de 2009]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v24n2/arr02.pdf>

<sup>57</sup> LINARES, SEBASTIAN., “El dialogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas”, en Revista Mexicana de Sociología, 70, N°3, 2008, P. 513. PP 487-539.

no resuelve como solucionar el problema social sometido a decisión forma cerrada, con órdenes precisas orientadas, es decir no emite órdenes.

Una sentencia dialógica dependerá de la elección tomada por el Tribunal con respecto al contenido sustantivo, las medidas judiciales y los mecanismos de solución, estos aspectos son relevantes ya que estas sentencias dialógicas tienen mayores efectos porque se ocupan de dos obstáculos prácticos fundamentales para su ejecución: la resistencia política y la capacidad institucional.<sup>58</sup>

Desarrollamos el Activismo Dialógico, bajo el enfoque de “La Sociedad Abierta de los Interpretes Constitucionales” por Peter Häberle. En la Teoría de la Interpretación Constitucional, establece tres apartados siendo:<sup>59</sup> **(I)** La cuestión de las funciones y objetivos de la Interpretación Constitucional; **(II)** La cuestión de los métodos (procedimientos) de la Interpretación Constitucional (reglas interpretativas) y **(III) la nueva cuestión de los “participantes” de la Interpretación Constitucional**, una cuestión que la práctica suscita: de un inventario se desprende precisamente un grupo muy amplio, pluralista, difuso de participantes; realizando un motivo suficiente para que la Teoría tematice centralmente la cuestión de los participantes, en especial en una Teoría Científica y Democrática.

En su momento la Teoría de la Interpretación estaba demasiado centrada en la “Sociedad Cerrada” de los intérpretes jurídicos de la Constitución, reduciendo su perspectiva en la interpretación de la Jurisprudencia. En un análisis de Häberle sobre la Interpretación, puede ser necesario un concepto más amplio: Ciudadanos y Grupos, Órganos Estatales y publicidad son “fuerzas de producción interpretativa”: Intérpretes Constitucionales en sentido *amplio* actúan por lo menos “preintérpretes”; la responsabilidad corresponde a la Justicia Constitucional que interpreta “en última instancia”. Si se quiere, se trata de una Democratización de la Interpretación Constitucional, como en realidad la Teoría Interpretativa tiene que ser garantizada desde la Teoría Democrática y viceversa. No hay interpretación alguna de la Constitución sin los Ciudadanos activos y las potencias públicas mencionadas.

<sup>58</sup> **RODRIGUEZ GARAVITO, CÉSAR.**, “Más allá de la Jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en, Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales. Tendencias emergentes en el Derecho internacional y el Derecho comparado, citado, p. 910 y ss. P.915.

<sup>59</sup> **PETER HÄBERLE.**, *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución*, en Academia, Año 6, número 11, 2008, ISSN 1667-4154, pág. 2

En palabras de Peter Häberle,<sup>60</sup> una Sociedad Democrática es una “Sociedad Abierta de Intérpretes Constitucionales”. En ese sentido, la labor de la Interpretación de la Constitución no es una actividad exclusiva, sino una función de la cual deben de participar todos los sectores de la vida social. En efecto la Sala de lo Constitucional, comparte que todos los Órganos están incluidos potencialmente en los procesos de Interpretación Constitucional, así también todos los Ciudadanos y grupos están incluidos como intérpretes previos; estos dan concreción a la Constitución a través del ejercicio de sus correspondientes atribuciones y competencias. Sin embargo, la responsabilidad de clarificar la extensión y denotación de las disposiciones Constitucionales permanece en la Jurisdicción especializada –Sala de lo Constitucional- como intérprete vinculante de ***Última Instancia*** (Improcedencia de 27-IV-2011 pronunciada en el proceso de Inc. 16-2011).

Ahora bien, es la cuestión de cómo Legitimar esa Interpretación en una Democracia Deliberativa en el enfoque del Estado Constitucional Democrático; deberá plantearse, desde puntos de vista Democráticos. La Ciencia del Derecho Constitucional, en alguna manera provee que los Ciudadanos y Grupos no tienen una Legitimación Democrática, entendida en sentido tradicional para la Interpretación Constitucional. Pero la Democracia no se desarrolla solamente a través de la relación, formalizada, canalizada, concebida en sentido estricto, de delegación y responsabilidad de los pueblos a los Órganos Estatales (Legitimación a través de las elecciones)<sup>61</sup> hasta el Intérprete Constitucional “competente” en última Instancia. *Se debe desarrollar en una comunidad abierta también, en las formas “más finas” del proceso público pluralista de la política y la praxis diaria, especialmente en la realización de los Derechos Fundamentales, frecuentemente aludido en la “vertiente”*. A través de las controversias sobre las alternativas, las posibilidades y necesidades de la realidad Democrática”.

En la búsqueda del ideal normativo: la Democracia Deliberativa, en la función sobre *Diálogos Democráticos* del Activismo Dialógico, la misma Sociedad en su poder de decisión debe ejercerse de acuerdo con los resultados del proceso de Deliberación Democrática, institucionalizados a través del Derecho. La práctica sobre la Democracia Deliberativa estará constituida por Derechos,

<sup>60</sup> Ver, HÄBERLE, PETER., *El Estado Constitucional*, Traducción Héctor Fix-Zamudio, Universidad Autónoma de México, México, 2001.

<sup>61</sup> PETER HÄBERLE., *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución*, en Academia, Año 6, número 11, 2008, ISSN 1667-4154, pág. 2

dado que sin ellos no es posible deliberar, el hecho que el *Derecho sea una práctica social* implica que la Constitución como convención está caracterizada por su indeterminación, carácter contradictorio, lo que hace inevitable el recurso de la argumentación práctica,<sup>62</sup> para una mayor comprensión sobre los Diálogos Democráticos en una Democracia Participativa, establecemos como argumento de autoridad la Teoría de la Acción Comunicativa de Jürgen Habermas alrededor de la “racionalidad comunicativa” como tema central de su Teoría de la Sociedad, expresando el concepto de “acción comunicativa”,<sup>63</sup> es el proceso de comunicación de planes de acción individual por la vía de un entendimiento hablando. A través de éste, los participantes llegan a un acuerdo del uso consciente de su saber intuitivo de interpretación general de su situación y de sus acciones; si no contáramos intuitivamente con un concepto de acuerdo motivado por la razón no podríamos diferenciar, por ejemplo, la manipulación o coacciones de los procesos de entendimiento.

La idea anterior, en la concepción sobre Democracia Participativa Habermas redefine el concepto de Legitimidad Política, dicho en un sistema político no es legítimo solo porque en determinado momento la mayoría de la población cree que lo es, sino que dicha creencia está fundada en argumentos. Esto requiere una actitud activa de los ciudadanos que supera la pasividad, afirmando que la Legitimidad se funda en consensos construidos a través de un activo diálogo y debate en este espacio público. Reflexionamos en la relación, de la Teoría de la Acción Comunicativa y la Legitimidad Política, produciendo el resultado de procesos activos de formación de consensos de que dicho sistema político es justo y adecuado; la constitución u orden de la Legitimidad Política, no puede ser sino, el producto constante de procesos comunicativos racionales en el espacio público, con mayor razón las principales decisiones políticas deben ser producidas por dichos procesos participativos comunicativos.<sup>64</sup>

Su fin: democratizar los procesos de toma de decisiones públicas y de racionalización social; Habermas está consciente de que el sistema político se mueve por una lógica de Poder, pero en la política moderna no puede reducirse a ello, en la medida que el Derecho confiere forma Jurídica y

<sup>62</sup> NINO, CARLOS SANTIAGO., (edición de Owen Fiss et al.); *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven and London, 1996. Recientemente traducido al castellano por Roberto P. Saba, Gedisa Editorial, Barcelona, 1997, pág.130.

<sup>63</sup> HABERMAS, JÜRGEN., *Teoría de la Acción Comunicativa*, Tomo 1, Capítulo 1, Madrid, España, Editorial Taurus, 1989, pág. 15.

<sup>64</sup> ESTEVEZ VERGARA, JORGE., *La Concepción de la Democracia Deliberativa de Habermas*, Quorum Académico, Vol.2, N°2, Julio-Diciembre 2005, Pp.72-88, Pag.82.

obligatoriedad al poder, se debe incorporar la dimensión normativa y esta no puede provenir de las elites políticas o burocráticas, sino sólo de la Sociedad Civil.

### **2.1.5.3 ACTIVISMO JUDICIAL POSITIVO Y NEGATIVO.**

Al establecer los tipos de “Activismo Judicial”, a esta altura entendemos que es parte de un proceso de la politización de la Justicia, pertenecientes al Constitucionalismo y las Democracias Contemporáneas en el rol de las cortes en el Control de Supremacía Constitucional; con lo anterior argumentamos que conforme a las formas de actuación y aplicación del ejercicio activista por parte de la Judicatura, por un Activismo positivo o “correcto”, que sea garante y respetuoso del Estado Constitucional de Derecho, referente en la protección de los Derechos Fundamentales, bajo la aplicación de los Principios Constitucionales y la ampliación de la Legitimidad Democrática de las instituciones y órganos conexos a la representatividad de la participación ciudadana, argumentando la justificación del Activismo necesario en el resolver los temas complejos políticos, que a instancia Jurisdiccional deban de resolver, en la actuación de los límites establecidos.

Desarrollamos el Activismo Judicial, en los dos enfoques, positivo o negativo, “correcto o incorrecto”. Empezamos con el enfoque del Activismo Judicial Positivo, siendo la postura que adopta el contenido de este presente trabajo. Como pronunciamos anteriormente, el profesor Manili<sup>65</sup> realiza una distinción entre un Activismo “positivo o correcto”<sup>66</sup>, conciliable con el garantismo, favorable a los Derechos Fundamentales, a las acciones de garantía de Derechos y ampliación de la participación ciudadana, frente a un Activismo “negativo o incorrecto” en detrimento y vulneración de los Derechos Fundamentales, esta última clase de Activismo que actúa más allá de los límites y vulnera en cierto grado Principios y Derechos Fundamentales.

El Activismo Judicial negativo si se enfoca en la postura en desgastar en la aplicación del Derecho por Principios, y el Derecho por reglas, la Judicatura se convertiría en agentes de causas políticas y de alguna manera crear un enfoque de una peligrosa discrecional judicial superando a la Seguridad Jurídica y dejar el Derecho Judicial sin su verdadero contenido esencial, generando formas de superación de las exigencias de la Argumentación Jurídica y fundamentación de sus

<sup>65</sup> **MANILI, PABLO LUIS.**, “El activismo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, en Revista La Ley (Tomo 2006-D) pp. 1285 y ss. [Fecha de consulta: 4 de agosto de 2019]. Disponible en: [http://www.pablomanili.com.ar/art\\_activismo.php](http://www.pablomanili.com.ar/art_activismo.php)

<sup>66</sup> **DORADO PORRAS, J.**, El debate sobre el Control de Constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación Constitucional, Madrid, Dykinson, 1997, 148 pp.

decisiones judiciales, con ello una transformación del Derecho legislado en reglas Jurisprudenciales y Judiciales, vulnerando el verdadero sentido del Activismo Judicial, lo anterior generaría un clima dañino a la Seguridad Jurídica y el Estado de Derecho al interferir de forma agravante en las funciones políticas de los Órganos del Poder Democrático con sentencias de envergadura con un efecto antidemocrático o riesgos del “Gobierno de los Jueces”.<sup>67</sup>

Bajo la apertura de ciertas normas Constitucionales y su compatibilidad con diversas opciones políticas de desarrollo Legislativo puede llevar a que un Juez Activista Negativo pueda suplantar la elección del legislador por sus propios valores subjetivos, convirtiendo el Control de Constitucionalidad en un instrumento para revertir las decisiones de la mayoría cuando no corresponda con la visión personal del juzgador propiciando un desplazamiento de la participación y militancia política de los Ciudadanos y sin olvidar la Legitimidad Democrática, que deberían de lograr cambios de Políticas Públicas, basados en la Movilización y Deliberación Ciudadana aunado a ello generaría un detrimento de los Derechos Fundamentales y las Garantías Procesales. Advertimos lo siguiente, este presente trabajo se desarrolla en un enfoque de la aplicación de un ejercicio Activista Positivo o “correcto”, respetuoso de los límites y garantías de los Derechos Fundamentales; en una perspectiva de aplicación de diversos Principios Constitucionales y Judiciales que integran y armonizan el ejercicio Activista Judicial en el Control de Constitucional, en materia Electoral.

### **2.1.6 ACTIVISMO JUDICIAL APLICADO EN SALA DE LO CONSTITUCIONAL.**

Es de suma importancia en clarificar que los diferentes Jueces desde Primera Instancia hasta Última Instancia, en específico los Magistrados de Sala de lo Constitucional en lo que respecta, la aplicación del ejercicio Judicial Activista, desarrollará una integración de diferentes tipos de Activismo siendo los siguientes: **(I) Activismo Judicial Positivo o “correcto”**; este Activismo como Institución Jurídica respetuosa y garante de los Principios Jurídicos y los Derechos Fundamentales, ejerciendo la actuación del Tribunal Constitucional enfocada en los Límites en sus pronunciamientos, la cual es la misma Constitución; establezcamos la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional sobre el tema, citamos parte de la Inconstitucionalidad 163-2013 lo siguiente:

<sup>67</sup> **MEJÍA TURIZO, JORGE; PÉREZ CARBALLO, ROBERTO**; Artículo Activismo Judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. Autores; Mejía Turizo, Jorge; Pérez Carballo, Roberto; recibido el 12 de diciembre de 2014 aceptado 13 de febrero de 2015; Justicia N° 27—, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla Colombia; pp. 32.

(...) Esta Sala ha reiterado que la *formulación lingüística –el texto- de una disposición constituye el punto de partida o marco para la búsqueda del sentido de sus disposiciones* (Sentencia 14-II-97, de 26-III-1999 y de 14-X-2013; Inc. 15-96, Inc. 4-98 e Inc- 77-2013, respectivamente), pero el *texto también fija los extremos o límites últimos entre la interpretación jurídica y una manipulación distorsionadora del contenido de la disposición*. Sin embargo, la forma en que el lenguaje de una disposición cumple esta función limitadora no está predeterminada con carácter general y no puede ser simplificada mediante invocaciones al sentido “claro” o al “tenor literal”. Siendo necesario para su razonabilidad jurídica, ahí entran los Métodos de Interpretación.

Ahora bien, para la mejor realización de Derechos Fundamentales y la misma aplicación de los Principios Jurídicos, llevados a una Constitucionalización, por su carácter abierto e indeterminado que les caracteriza, será necesario para su efectivización, la aplicación de la Interpretación Jurídica en el ámbito Constitucional para que no pierda identidad, establezcamos la Jurisprudencia de la Sala sobre ello, la Inconstitucionalidad 163-2013, citando lo siguiente:

(...) Por otra parte, es necesario recordar que la complejidad usual de la interpretación jurídica se incrementa cuando el objeto de interpretación es el texto de las disposiciones Constitucionales, dado su carácter abierto y concentrado (útil para cohesionar diversos compromisos políticos), así como la mayor referencia a valores que está presente en algunos de sus contenidos. Una de esas dificultades acentuadas en la Interpretación Constitucional es la posibilidad de que alguno de los criterios, pautas o directivas indiquen, de modo preliminar o aparente, resultados distintos. En estos casos, es indispensable respetar el llamado *principio de concordancia práctica*, que obliga a armonizar las normas Constitucionales que reflejen una tensión recíproca en un caso concreto, eligiendo la alternativa de interpretación que favorezca la aplicabilidad y la fuerza normativa de ambas (Sentencia 18-IV-2006, Inc. 7-2005). *Por ejemplo una interpretación orientada a la máxima eficacia de los Derechos Fundamentales*, debe de armonizar con el carácter vinculante de las normas que limiten su ejercicio, para proteger también los bienes Constitucionales que justifican dichas limitaciones.

A la vez, tendrá una influencia del **(II) Activismo Judicial Contemporáneo**, empezamos con un corto análisis histórico de la función de los Tribunales ante el Activismo Judicial; sabemos que es lo que ocurre, en su momento los Tribunales Constitucionales tenían una visión muy conservadora, esa visión Kelseniana del Tribunal Constitucional como Legislador Negativo y su única misión, expulsar la norma del ordenamiento jurídico. Ello generaba, la toma de ningún protagonismo de acción activa frente al ejercicio de la función Jurisdiccional que le compete; siendo la realidad que los Tribunales Constitucionales con el paso del tiempo han cambiado mucho en su forma de actuar y principalmente es un producto del cambio de paradigma de la Teoría

Jurídica del Derecho, que en su momento pasa inadvertido en el análisis de las funciones de los Tribunales Constitucionales.

El cambio de paradigma de un Estado Legislativo de Derecho, en una visión en que el Legislador tiene un margen estructural de acción mucho más amplia, y que el Tribunal efectivamente tiene sentido que solo sea un Legislador Negativo; Pero al paso del Estado Legislativo, al Estado Constitucional de Derecho se produce en los años de 1939 a 1945 con la terminación de la Segunda Guerra Mundial; ese cambio de paradigma a la vez se traduce en el cambio del estructural de la Teoría Jurídica y la misma Constitucionalización del Derecho, sin dejar de lado la gran influencia de las decisiones de la Suprema Corte de Estados Unidos innovadoras.

Expresamos que en un sentido político, pasamos de un Estado que le daba mucha centralidad a labor del Legislador, a un Estado que le da mayor preponderancia a los Tribunales Constitucionales, la causa real es el cambio de paradigma de un sistema Positivista que imperaba, a un modelo Postpositivista. Entendiendo por Postpositivismo simplemente como una forma diferente de dar cuenta del fenómeno Constitucional distinta a la que tenía el Positivismo Jurídico, uno de esos cambios del Paradigma del Postpositivismo es la función que tiene el nuevo protagonismo en la Jurisdicción Constitucional, empleando un Activismo Judicial, en el ejercicio de las atribuciones propias de los Tribunales Constitucionales, pero bajo un paradigma explicativo diferente.<sup>68</sup>

En cierta medida se evidencia la aplicación de un **(III) Activismo Judicial Dialógico**, por parte de la Sala, cuando da la oportunidad a los Ciudadanos en marcar la Agenda Política Jurídica, al interponer las demandas de Control de Constitucionalidad ante el Tribunal, bajo el criterio que no deben existir zonas exentas de Control de los actos u omisiones por parte de las instituciones; por ello es de estricto cumplimiento que la Sala no actuara de oficio, sino a petición de parte. En el orden de la idea anterior el ejercicio de activar la Justicia Constitucional por medio de la demanda de Inconstitucionalidad es exclusivamente un Derecho de los Ciudadanos.

<sup>68</sup> **AGUILÓ REGLA, JOSEP.**, *Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*, Universidad de Alicante, España, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007), ISSN: 0214-8676, pp. 665-675.

Sin olvidar que la misma Sala, conforme a las partes que intervienen se toma a consideración su posición ante la demanda planteada, siendo en los casos de la institución demandada y demás intervinientes en los procesos que se plantean.

## **2.2 ACTIVISMO JUDICIAL A LA LUZ DE LA CONCEPCIÓN POSTPOSITIVISTA Y NEOCONSTITUCIONALISTA DEL DERECHO.**

Presentamos el Postpositivismo y Neoconstitucionalismo dentro de sus elementos teóricos, ideológicos y metodológicos destacándose respecto de la Constitución: Interpretación sistemática, naturaleza normativa, garantía jurisdiccional y fuerza vinculante de la Constitución como norma. Sin olvidar, el aspecto de los Derechos Fundamentales en su contenido esencial y valor normativo pleno y efecto irradiación hacia todo el ordenamiento Jurídico. La incorporación de mayores espacios de participación ciudadana, en la evolución de una Democracia representativa a una Democracia participativa. La creación de instituciones electorales autónomas fortalecer los Órganos de Control; reorganizar las Asambleas o Parlamentos, la creación instituciones como Tribunales Constituciones, defensorías públicas. Y los mecanismos de Justicia Constitucional, se consagraran en la Protección Judicial para hacer efectivos los Derechos y aplicar la Constitución, no solo respecto de los particulares y el Estado, sino también de las relaciones entre particulares.

Se pretende dotar de mayor equilibrio a los Órganos de Poder. Se observa una preocupación Constitucional para fortalecer el Poder Judicial y garantizar la separación entre las ramas del Poder Público, respetando así las ideas de los Frenos y Contrapesos. La rigidez de la Constitución es conjunta, ente con su Garantía Jurisdiccional, su fuerza vinculante y la posibilidad de Interpretarse Extensivamente, uno de los principales elementos que contribuyen al Proceso de Constitucionalización del ordenamiento Jurídico y de expansión de la normativa material de la Constitución. Para Ferrajoli, la rigidez Constitucional es un rasgo estructural de la Constitución vinculado con su posición en la cúspide de la jerarquía normativa.<sup>69</sup>

Los Tribunales deben de someterse a los procesos de transformación del Postpositivismo y el mismo Constitucionalismo; por parte de la Doctrina y el Poder Judicial en la región, conlleva la Judicialización de diversos problemas políticos, reconocer las causas progresistas, controlar en

<sup>69</sup> **GUASTINI, RICCARDO**, Estudios de Teoría Constitucional, 3° Ed., México, UNAM-III-Fontamara, 2007, pp. 153 y ss. Ferrajoli, Luigi, "Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales", en **FERRAJOLI, LUIGI; MORESO, JOSE JUAN, Y ATIENZA, MANUEL**, La Teoría del Derecho en el paradigma Constitucional, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 91-92.

cierta medida la función de los demás Órganos del Estado en las decisiones que pueden conllevar a la vulneración de Derechos Fundamentales de los Ciudadanos, a nivel de protección de la Constitución, la garantía de los Derechos y el respaldo al carácter vinculante de la Jurisprudencia. En gran medida las ideas anteriores, estarán vinculada a entender el ejercicio Activista Judicial por parte de los Tribunales Constitucionales.-

Para entender lo anterior, debemos enfocarnos en el cambio de paradigma de la Teoría Jurídica generando una transformación profunda, pasar de un Estado legal de Derecho (Positivismo Jurídico) al Estado Constitucional de Derecho (Postpositivismo) en ese cambio se incorporan los Derechos Fundamentales, la Garantía Jurisdiccional de la Constitución, se produce una “sobreinterpretación” de la Constitución imponiendo el modelo de la Interpretación Constitucional y la fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso políticos, llevando a dirimir los conflictos políticos entre órganos de distintos niveles de Gobierno tienden a dirimirse jurisdiccionalmente aplicando la Constitución tomando los *Jueces a no mostrar actitudes de autolimitación en las cuestiones políticas*,<sup>70</sup> un nuevo protagonismo de los Jueces.

Las ideas anteriores definen el nuevo rol o protagonismo de los Jueces, tienden hacer más Activistas, ello se manifiesta en la aplicación de métodos de Interpretación Constitucional; se dejan de aplicar los métodos tradicionales y se establecen los métodos modernos como el Evolutivo, Progresista, Democrático, Histórico de la Constitución por decir algunos. La aplicación de estos métodos su finalidad es contribuir al sentido y significado del texto Constitucional para naturalizar las cargas de argumentación o el deber de Justificación que tienen los Magistrados en legitimar sus pronunciamientos. Por supuesto pasar de un Positivismo Jurídico el cuál solo determinaba la aplicación de la norma en su literalidad, que en consecuencia no generaba Activismo Judicial, limitándose los Jueces y restringiéndose en las cuestiones políticas, dándole gran margen al Legislador; Advertimos que los Jueces Activista no deberán ir en contra de la ley, al contrario su límite de aplicación siempre será como inicio y final, la misma norma Constitucional. Lo anterior genera, un gran debate en ese cambio de paradigma en la Teoría Jurídica aplicada en los Tribunales Constitucionales mediante aplicación de modelos sobre

<sup>70</sup> **AGUILÓ REGLA, JOSEP.**, *Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*, Universidad de Alicante, España, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007), ISSN: 0214-8676, pp. 665-675.

Argumentación, Ponderación, Juicio de Igualdad, Proporcionalidad y aplicación de Principios Jurídicos. Las ideas anteriores bajo un ejercicio Activista, justifican los pronunciamientos de los Tribunales para la realización y protección de los Derechos Fundamentales.

### **2.2.1 ACTIVISMO JUDICIAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES: APLICACIÓN EN LA TEORIA POSTPOSITIVISTA.**

Dentro de la concepción Postpositivista el Derecho es una práctica social de doble naturaleza; es el producto de dinámicas autoritativas pero, a la vez, se orienta en la realización de ideales de Justicia, que en forma general deben de coexistir respectivamente en dos aspectos: Valores Formales y Sustantivos. Debemos entender en forma conceptual sobre que es Activismo Judicial: es una forma de comportamiento Jurisdiccional que consiste en tomar decisiones caracterizadas en realizar Valores Constitucionales Sustantivos (Derechos Fundamentales) en la conservación con el resultado consiguiente de interferir justificadamente o injustificadamente en la línea de actuación meramente definitiva en las funciones del Legislador o a la Administración en virtud de los límites de los Valores Constitucionales Formales. (Seguridad Jurídica o División de Poderes).<sup>71</sup>

Esas decisiones judiciales pueden incurrir en la interferencia cuando va más allá de las obligaciones que diferencian las respectivas autoridades Legislativas o Administrativas; por ello la necesidad de un operación de balanceo entre, por un lado los Derechos Fundamentales y los Principios Constitucionales en armonía de un verdadero Estado de Derecho; es necesario aclarar cuando el Activismo Judicial es un comportamiento necesario en cada situación jurídica; y cuando es justificado o injustificado desde la corriente de pensamiento aplicado (Postpositivismo o Neoconstitucionalismo).

Desarrollaremos el Activismo Judicial en la esfera teórica que comparten Alexy, Atienza, Dworkin; bajo el enfoque del comportamiento Judicial Activista se fundamenta en la presencia, en los casos, de una tensión tal entre Valores Formales (razones para la deferencia) y Valores Sustantivos (razones para la interferencia); establecemos lo siguiente: en los casos fáciles, la solución se da por una regla autoritaria; mientras que en, los difíciles, la solución requiere

<sup>71</sup> La Teoría de los Principios Jurídicos Contemporánea, es propia de la concepción Postpositivista del Derecho, desde esa perspectiva se abordará el tema del Activismo Judicial y los Derechos Fundamentales.

balancear las afectaciones alternativas de uno y otros Valores Constitucionales, en caso concreto cuanto mayor sea la afectación a los Valores Formales mayor deberá ser la afectación a los Valores Sustantivos para la interferencia Jurisdiccional ya sea en la Legislación o la Administración sea debida. Según Alexy, en las Constituciones democráticas modernas contienen dos tipos de normas; las que constituyen y organizan los Poderes del Estado en la atribución del poder y las que limitan y dirigen el Poder Estatal. En ellas plantea dos teorías básicas sobre Derechos Fundamentales, una estrecha y rigurosa (“Teoría de las Reglas”), se caracterizan como normas del Derecho Constitucional protegiendo al Estado frente a las actuaciones del Ciudadano; y otra amplia y rigurosa (“Teoría de los Principios”).

Hay casos específicos sobre observar el Activismo Judicial en los casos difíciles, cuando el conflicto convergen la adjudicación de Derechos Sociales, cuando existen desacuerdos entre los Poderes de Estado en específico las autoridades Legislativas o y el Ejecutivo, o los Tribunales Electorales, en nuestra esfera jurídica el Tribunal Supremo Electoral; nos enfocamos en el análisis de la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy aborda el estudio científico de la estructura de la teoría analítica del Derecho sobre el concepto, naturaleza, contenido y la estructura de los Derechos Fundamentales sobre los problemas son interpretación y aplicación en un enfoque de los Derechos Humanos en una dimensión positiva en la distinción entre dos tipos de normas que integran el ordenamiento jurídico: las Reglas y los Principios como mandatos de optimización, se plantean como soluciones a los problemas que plantean los Derechos Fundamentales.

Esta distinción constituye el fundamento del Principio de Proporcionalidad como criterio argumentativo para controlar las restricciones en Derechos Fundamentales en la Legitimación Constitucional a las medidas que restringen Derechos y descartar así las que impliquen un la Ponderación, entendiendo que los Derechos Fundamentales<sup>72</sup> no solo tienen carácter de Reglas sino también de Principios. El contenido *prima facie* de un Derecho Fundamental se determina al interpretar la dispersión que lo consagra, en la solución de las tensiones entre Derechos Constitucionales se determina el contenido definido entre el legislador y los particulares. La conexión entre la Argumentación y los Derechos Fundamentales reside en que solo mediante con

<sup>72</sup> La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania se pronuncia en entender los *Derechos Fundamentales*: Los Derechos Fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en Control del Estado. Sin embargo en las disposiciones de la Constitución sobre tales derechos se incorpora también en un orden de valores objetivo, que como decisión Constitucional Fundamental es válida para todas las esferas del Derecho.

la argumentación se puede fundamentar la atribución del grado de intensidad en el que un Derecho es afectado o en el que es importante un desarrollo o garantía. El principio de proporcionalidad es una estructura vacía sin la Argumentación, como lo establece la autoridad: “*una ponderación sin argumentación sería irracional*”, afirma Alexy.<sup>73</sup>

La influencia de la Teoría de Alexy ha contribuido decisivamente en la creación y fundamentación de sub reglas y el establecimiento de sus propias condiciones de posibilidad, la sistematización de la Jurisprudencia, la construcción del Precedente Judicial, vinculante, la fundamentación de los Derechos como Principios, las formas de resolver las tensiones entre la Jurisdicción Constitucional y la ordinaria mediante la dogmática de los márgenes de acción y en la comprensión y defensa de fenómenos como la expansión de la densidad normativa de la Constitución y la Constitucionalización material del Ordenamiento Jurídico.

Un enfoque sobre Derechos Fundamentales se define como aquellos derechos subjetivos cuyos correlatos consisten en deberes positivos a carga del Estado. Definamos la función del Derecho como un sistema artificial de Garantías Constitucionalmente pre ordenado a la tutela de los Derechos Fundamentales (*el Garantismo*)<sup>74</sup> de Luigi Ferrajoli, lo comprendemos de esta manera para Ferrajoli existen dos tipos: los Derechos Sociales (*positivos*) en una *Garantía Primaria*, que es obligación del Estado su protección estos establecen vínculos a los Poderes Públicos ya son susceptibles de ser violados solo por omisión, en contrario los Derechos de Libertad (*negativos*), se definen a Garantías Primarias que consisten en deberes de no hacer o las prohibiciones, imponiendo límites y estos pueden ser agraviados por acción; cómo se ejecutan en la realidad jurídica, en la función del Poder Judicial o Judicatura de los Tribunales.

Los Derechos de Libertad tienen a sus garantías primarias (prohibiciones correlativas) siempre positivizadas en la Constitución, por lo que una ley contraria a esos derechos va configurar siempre una *antinomia ley-constitución*. Lo que no ocurre con los Derechos Sociales, cuyas violaciones van a consistir siempre en *Lagunas*, es decir, en la falta de creación Legislativa de sus Garantías Primarias (obligaciones correlativas). En ese momento se activan la Función Jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales, sus resoluciones, ahí entra este enfoque Postpositivista en el

<sup>73</sup> ALEXY, ROBERT., 2002: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, España; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (reimpresión), p. 35.

<sup>74</sup> Véase, FERRAJOLI, LUIGI., *Derechos y Garantías. la Ley del Más Débil*, prólogo de Perfecto, Andrés Ibáñez, 8º Edición, Madrid, Trotta. Septiembre 2016, ISBN: 978-84-9879-671-1.

*Activismo Judicial*, asociado en la determinación activa e intervencionista de los Tribunales Constitucionales al llevar a cabo sus funciones Jurisdiccionales.

## **2.2.2 ACTIVISMO JUDICIAL EN LA EVOLUCION INTERPRETATIVA DEL ESTADO MODERNO.**

Encontramos diferentes antecedentes históricos sobre Activismo Judicial, como ejemplo los antecedentes del caso de los Estados Unidos de America; los Precedentes Judiciales de sus Cortes, marcaron un antes y un después respecto a diferentes conflictos políticos, sociales, económicos y demás. Por ejemplo en los años cincuenta la corte Warren marco un precedente sobre el conflicto tan grave y estructural sobre la segregación racial.<sup>75</sup> Finalizada la Segunda Guerra Mundial conlleva la consagración de la protección de la Universalidad de reconocimiento y protección de los Derechos Humanos, llevado a un alcance de protección en el Estado Constitucional de Derecho. Conforme a la misma evolución del Derecho encontramos por parte de los diferentes autores modernos sobre la función de los Tribunales o Juzgados, más en específicos los de rango Constitucional.

Nos enfocamos en el Activismo Judicial; este se justifica en un paradigma moderno de la actuación del Poder Judicial, por las razones que trabajan en un mayor protagonismo de los Jueces, planteando innovaciones institucionales, desarrollando propuestas para enfrentar la crítica relativa al déficit de *Legitimidad Democrática del Poder Judicial*. En el modelo tradicional del Activismo Judicial el Juez no tiene que entrar en Dialogo con otros Poderes del Estado o con la Ciudadanía. ***Debe Juzgar ejerciendo una racionalidad puramente jurídica,***<sup>76</sup> buscando sus herramientas en la Interpretación y Argumentación, pero, a fin de cuentas, constituyéndose en una Instancia Única en decisión.

Durante la construcción del Estado moderno se generó cierta desconfianza en los Jueces por el rol que desempeñaron en las sociedades, cuestiones que se fundamentan en la Principios tales como

<sup>75</sup> Dos textos paradigmáticos de la reflexión sobre el activismo en Estados Unidos y que se confrontan en sus metodologías y conclusiones son: **ROSENBERG, GERALD**, *The Hollow Hope. Can Courts Bring About Social Change*, citado, y **McCan, MICHAEL**, *Rights At Work: Pay Equity Reform and Politics of Legal Mobilization*, citado. Para el primero, el fallo Brown, de 1954, no tuvo un rol paradigmático en la lucha contra la discriminación racial. Sus efectos fueron más bien nulos, pues la segregación finalizo posteriormente y gracias al trabajo de la movilización social y la ley antidiscriminación, no de la famosa sentencia. McCan, en cambio critica dicha postura por ser representativa de una visión muy reducida de los efectos que pueden tener las sentencias.

<sup>76</sup> **FEOLI VILLALOBOS, MARCO.**, *Activismo Judicial y Justicia Constitucional: Los Casos de Colombia y Cota Rica*, Tesis para optar al grado de doctor de LA Universidad de Salamanca, Salamanca, Septiembre de 2012, pag.84.

Separación de Poderes conforme al *Formalismo Jurídico o Positivismo Jurídico Teórico*, la Escuela de la Exegesis francesa, Escuela Conceptualista alemana o Formalismo Jurisprudencial estadounidense, asociaron el Activismo Judicial a una extralimitación de las funciones del Juez, como un atentado a la Seguridad Jurídica, a la Legalidad y la División de Poderes; En su espíritu las Teorías de Interpretación del Derecho como fruto del Estado, desde una visión excluyente a la Ciudadanía y a los Movimientos Sociales y Políticos. Las ideas anteriores logran superarse al implementarse la nueva función de la Judicatura protagonista, se presenta una evolución de la Función Jurisdiccional, los cambios entre lo que podría denominarse pasar de una visión tradicional del Derecho, a una visión alternativa o Contemporánea del Derecho, con la llegada del Estado Constitucional de Derecho (Constitucionalismo) genera cambios en la Judicatura Constitucional que conlleva las *revueltas contra el formalismo*,<sup>77</sup> en el caso de la Judicatura norteamericana.

Comprenden en su contenido central al Movimiento del Derecho y la Jurisprudencia de los Intereses en Alemania, a la Escuela de la libre investigación científica en Francia, y al Realismo Jurídico en Estado Unidos; en todas las anteriores se comienza de una concepción del Derecho, de la Ciencia Jurídica, en una labor más comprometida con los aspectos éticos, Políticos y Sociales conforme con la realidad social, en la que se debe aplicar el Derecho, entender Derecho como una práctica social de doble naturaleza; es el producto de dinámicas autoritativas pero, a la vez, se orienta en la realización de ideales de justicia. El movimiento del Derecho Libre se desarrolló en Alemania a principios del siglo XX, en su primera etapa participo del Formalismo Lógico de la Jurisprudencia, en inspirar a la Jurisprudencia de los interés y el surgimiento de la Sociología Jurídica.

El rol del creador del Derecho que el movimiento reconoce al Juez bajo su responsabilidad que el protagonismo de su pensamiento en la Judicatura se debe de dotar de herramientas intelectuales que le permitan realizar la compleja labor, es necesario que la formación del Juez se amplíe en adquirir de conocimiento sociólogos y sociológicos; bajo el lema: *especialistas en los hechos, no*

<sup>77</sup> Esta expresión es tomada por Renato Trávez de Morton White, quien la aplica no solo al fenómeno jurídico sino también a otras áreas del saber de la historia intelectual norteamericana, en su libro *Social Thought in America: The revolt against formalism*, Viking, New York, 1949. Cfr. **TREVES, RENATO**, *la Sociología del Derecho: Orígenes, investigaciones, problemas*, traducción de María Jose Añon Roig, Manuel Atienza y J.A Pérez Lledó, Ariel, Barcelona, 1998, Pág. 81.

*magos de las decisiones jurídicas*.<sup>78</sup> Sin dejar a lado la referencia que es más conocida de las revueltas contra el formalismo, hablamos de *Realismo estadounidense*, Oliver Wendell Holmes, Juez de la Historia del pensamiento jurídico estadounidense.

Su concepción del Derecho se efectuó en la experiencia de los Tribunales “entiendo por Derecho las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos”,<sup>79</sup> su trabajo lo colocó en los cimientos del Realismo Jurídico, como un Anti Formalistas, desarrollo una crítica contra los riesgos de la reflexión, meramente lógica: “la forma y el método de la lógica satisfacen esa ansia de certidumbre u de reposo que alberga la mente humana. Pero generalmente la certidumbre no es más que la ilusión, y el reposo no es el destino del hombre.”<sup>80</sup> Holmes logró llevar a la práctica ese realismo a través de fallos y votos discrepantes, especialmente en el ámbito laboral, durante sus años como Juez de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, en las tres primeras décadas del siglo XX.

El realismo indica que no existe una única visión objetiva que se dé cuenta de la verdadera naturaleza de lo jurídico, si no múltiples opciones posibles; respecto a la Función Judicial, a pesar de las múltiples matices que existen, su característica central se considera en que los Jueces crean Derecho y que este no se encuentra radicalmente indeterminado. Es decir, las decisiones Judiciales no solo son consecuencia de una interpretación aplicación estrictamente jurídica de las normas, pues los jueces constantemente van más allá de estas y en ese proceso sus ideologías y exigencias son un factor determinante. Analizamos bajo este tipo de concepción la labor judicial es la negación de la separación entre el Derecho y la Política en las ocasiones que el Derecho sea claro, la voluntad del Juez y la Interpretación Judicial le permitirá adaptar la decisión judicial a su interés político.<sup>81</sup>

### **2.2.3 APLICACIÓN TEORICA DEL ACTIVISMO JUDICIAL, ENFOQUE SOBRE CONSTITUCIONALISMO<sup>82</sup> DEMOCRATICO Y GARANTISTA.**

<sup>78</sup> KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la ciencia del Derecho”, traducción de W. Goldschmidt, en la *ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, citado, p.368.

<sup>79</sup> HOLMES, OLIVER W., *La Senda del Derecho*, Abelado Perrot, Buenos Aires, 1975, p.21.

<sup>80</sup> HOLMES, OLIVER W., *La Senda del Derecho*, Abelado Perrot, Buenos Aires, 1975, Citado p.29.

<sup>81</sup> HART, HERBERT, “Una mirada inglesa a la Teoría del Derecho norteamericana; la pesadilla y el noble sueño”, en *El ámbito de los Jurídico*, traducción de Juan Jose Moreso y Pompeu Casanova, citado, pp.327 y ss.

<sup>82</sup> Una aproximación a las nociones y discusiones más relevantes del neoconstitucionalismo, se puede ver en: VV.AA., *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogido, editado por Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2007; VV.AA, *Neoconstitucionalismo (s)*, coord. Por Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, 2003. El primer trabajo que utilizó esta expresión fue el de la connotada integrante de la escuela genovesa de Teoría del Derecho, POZZOLO, SUZZANA, *Neoconstitucionalismo y Positivismo Jurídico*, traducción de Pedro Grande Castro, Palestra, Lima, 2011.

Las transformaciones que experimentaron los ordenamientos jurídicos de Occidente con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, originaron la necesidad de establecer la inclusión de los Derechos Fundamentales en la norma de la más alta jerarquización del ordenamiento jurídico y la atribución de tales derechos a un estatuto normativo propio; bajo la protección de la supeditación de todos los Órganos estatales a los límites que la Constitución les impone a través de los Derechos y los Principios, siendo necesario la creación de diversos mecanismos de protección, entre los que destaca el *Control de Constitucionalidad de las leyes*; confiado a un Órgano especial – el Tribunal Constitucional- de los países del *Civil Law*, quien vela por la Supremacía de la Constitución; y la motivación a que los Ciudadanos articulen sus demandas con importante predominio del lenguaje de los Derechos Humanos y por los canales institucionales que las Constituciones establecen (Habeas Corpus, Control de Constitucionalidad, Amparos). En un enfoque, de cambio de paradigma de la Teoría Jurídica se establecen el nuevo protagonismo de la Judicatura, la fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso políticos, llevando a dirimir los conflictos políticos entre Órganos de distintos niveles de Gobierno tienden a dirimirse Jurisdiccionalmente aplicando la Constitución tomando los *Jueces a no mostrar actitudes de autolimitación en las cuestiones políticas*.

El *Neoconstitucionalismo Jurídico* frente a un Activismo Judicial se justificara en los casos cuando se interfiera en Poder Legislativo o Ejecutivo, deberá dar un mayor margen de aplicabilidad a los valores Constitucionales frente a los valores Sustantivos formales; de esta noción enfatizamos que no exista un prejuicio, en la función Activista de los Jueces sea vista desde un punto de vista en la intervención política directamente; al contrario se desplace la Judicialización de la Política.<sup>83</sup> Sintetizando con las ideas anteriores se puede llegar a entender que la Activismo judicial debe estar justificado en legal forma, bajo los parámetros de la Legitimación Judicial; Que los Jueces deban ser activistas no significa que dejen la interpretación judicial, bajo la perspectiva de la teoría de argumentación jurídica, siempre los casos suscitados, deberán de resolverse con las figuras de aplicación de la Interpretación Judicial, por ejemplo la Interpretación de las Texturas Abiertas del Derecho.

<sup>83</sup> FEOLI VILLALOBOS, MARCO., *Activismo Judicial y Justicia Constitucional: Los Casos de Colombia y Costa Rica*, Tesis para optar al grado de doctor de La Universidad de Salamanca, Salamanca, España, Septiembre de 2012, pag.122.

Las diferentes discusiones sobre que es Neoconstitucionalismo enriquecen los debates sobre la relación entre el Derecho y la moral, la Interpretación, la Ponderación, los Criterios de Pertenencia o validez, las distinciones entre Reglas y Principios y demás. Uno de los aspectos más claros respecto de la identidad es su carácter no Positivista tradicional, con lo que se quiere indicar que es un intento por salir del paradigma hegemónico de la reflexión filosofo-jurídica desde el siglo XIX, pasando a uno nuevo –para algunos su gran heredero-.<sup>84</sup> El concepto que manejaremos será el de Comanducci, establece el Neoconstitucionalismo se presenta como una teoría que enfrenta a tres aspectos centrales de la tradición positivista: el Legicentrismo, la Teoría de la Subsunción y el Estatalismo. Como ideología se caracteriza por sostener la conexión entre Derecho y moral: la Constitución, al contener los Derechos Fundamentales, generaría una obligación moral de ser obedecida y sobre todo implicaría la idea de que el Jurista ha de estar necesariamente comprometido, en una tesis de conexión entre el Derecho y la Moral.

Carbonell considera que el Neoconstitucionalismo posee tres niveles de análisis. En primer lugar, los textos Constitucionales ya no se limitan a establecer competencias o separar los Poderes, sino que están compuestas por normas sustantivas que condicionan la actuación del Estado, mediante la fijación de ciertos fines y objetivos. En segundo lugar, las prácticas Jurisprudenciales, a raíz de la entrada del nuevo tipo de Constituciones Políticas, la forma de trabajar de los Tribunales Constitucionales, han asumido una posición más relevante. Los Jueces se adaptan que si las normas Constitucionales son protagonistas de los diferentes ámbitos de la vida, la Función Judicial, y al verificar su cumplimiento se intensifican las zonas de Control Constitucional. El tercer nivel de análisis es el surgimiento teóricos novedosos que han suministrado las herramientas para comprender los alcances del Constitucionalismo Contemporáneo.<sup>85</sup>

Nos centramos en el tema particular sobre la discusión de *Judicialización de la Política*, que el neoconstitucionalismo puede propiciar; enfocándonos las diversas formas de comprender la *Legitimidad de las Actuaciones Judiciales*. Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Carlos Santiago Nino; sostienen posturas diversas sobre las concepciones de una Democracia Formal, a una Sustancial, Deliberativa. Evidentemente también a diversas formas de comprender esa

<sup>84</sup> **COMANDUCCI, PAOLO**, “Formas de Neoconstitucionalismo; un análisis metateórico”, traducción de Miguel Carbonell, en Revista Isonimia, N°16, abril 2020, p. 97 y ss.

<sup>85</sup> **CARBONELL, MIGUEL**. *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis...* - en Carbonell (Miguel) y García Jaramillo (Leonardo) eds. El canon neoconstitucional, Editorial Trotta, México, 2010, p.156.

*Legitimidad Judicial*, en las actuaciones Judiciales. En que los tribunales resuelvan con base en razones jurídicas y sean capaces de explicarlas constituye, a juicio de Ronald Dworkin, uno de los rasgos más reconocidos de la jurisdicción, del cual depende la “Legitimidad de la Jurisdicción, como instrumento de Gobierno”.<sup>86</sup> Característico de los sistemas jurídicos contemporáneos: como advierte Carlos Alchourrón, “*Una decisión judicial requiere un fundamento o razón y los Jueces deben exponer las razones de sus decisiones*”.<sup>87</sup>

La Legitimación Judicial, comprendiendo a un autor integrante Ferrajoli del Neoconstitucionalismo,<sup>88</sup> defiende una Teoría Democrática Sustancial, según cual el fundamento de la legitimidad de las decisiones del Poder Judicial será precisamente el resguardo de lo que denomina *esfera de lo indecible* por las mayorías, que se incorpora a las Constituciones, daría contenido a los Sistemas Democráticos; se trataría de: “el conjunto de los Derechos de Libertad y autonomía que impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos; la esfera de lo *indecible que no*, determinada por el conjunto de los Derechos Sociales que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones dirigidas a satisfacerlos.”<sup>89</sup> Es decir, se compone de una esfera prohibicionista; de límites negativos impuestos a la Legislación para el resguardo de la libertad y una esfera de obligaciones para el Legislativo y todo el Poder Público en Garantía de los Derechos Fundamentales.

Lo indecible se configura a través de la *Rigidez Constitucional*, el reconocimiento de que las Constituciones son normas supra ordenadoras de la legislación ordinaria, y la correlativa exigencia de procedimientos especiales para su reforma, así como un *Control Constitucional* de las leyes por parte de los Tribunales Constitucionales. Son las instituciones de garantía las que deben de resguardar –Judiciales y Administrativas–, que a su vez obtienen legitimidad en sus actuaciones ya no por el respeto de la ley, sino por la aplicación substancial de la Constitución, aquí se aplican las Teorías sobre la Argumentación Jurídica y Ponderación.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> “Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?”, *New York Council for the humanities Scholar of the Year Lecture 2000*, Nueva York, 11 octubre de 2000, p.6

<sup>87</sup> CARLOS ALCHOURRÓN, “*Sobre Derecho y Lógica*”, *Isonomía*, México, núm.13, 2000, p.13

<sup>88</sup> Con Ferrajoli sucede aquello de ser un típico autor neoconstitucionalista que se niega a utilizar el traje. Él se considera un *constitucionalista garantista* como una vía media entre el paleo-positivismo y el neo iusnaturalismo o constitucionalismo principalista de Alexy o Dworkin, como la única teoría capaz de satisfacer las exigencias del constitucionalismo contemporáneo, Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantistas”, en *Revista DOXA* N°31, 2011, pp.15-53.

<sup>89</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y Garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid 2008, pp. 81 y 103.

<sup>90</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *Democracia y Garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid 2008, citado pp. 107.

Por ello, el Poder Judicial asume la función de Legislador Negativo (Kelsen),<sup>91</sup> para actuar en el rol de constituirse abiertamente en un poder que puede decidir en contra de la voluntad de las mayorías, en sí mismas o representadas (Legitimación Democrática del Legislativo), lo que termina de generar las decisiones del Poder Judicial tenga el carácter de última palabra sobre toda la estructura de autoridad del Estado, la Legitimación Judicial bajo la concepción del Neoconstitucionalismo se observa cuando existe un desacuerdo sobre el Contenido, Extensión, Ponderación y demás sobre los Derechos Fundamentales, como una *circunstancia de la política*, por lo que cada vez que un Tribunal Constitucional se pronuncia respecto de Derechos Fundamentales se está pronunciando sobre aspectos que probablemente existe un desacuerdo social, en ese momento entra la defensa del Control de Constitucionalidad de las leyes como mejor respuestas ante los procedimientos democráticos mayoritarios, en la función de la aplicación correcta por parte de los Magistrados o Jueces.

Lo anterior no implica la supremacía del Poder Judicial, ya que la Judicatura como férreo defensor del Debido Proceso y Garante de los Principios de Legitimación Democrática, División de Poderes y Frenos y Contrapesos (Cheks y Balances), cuenta con la decisión sobre el alcance, contenido y términos de la creación de la Legislación frente a distinción entre el Activismo Judicial y el Neoconstitucionalismo se deben de considerar la Legitimidad del Ejercicio de las funciones del Poder Judicial, bajo la garantía en la protección y los límites de los Derechos Fundamentales, en su compromiso del Estado Constitucional del Derecho en que los Jueces tengan la Legitimidad y capacidad para ser los defensores de los Derechos.

#### **2.2.4 UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.**

En nuestra época de *posmodernidad*,<sup>92</sup> la dignidad de la persona y los Derechos inalienables, son aspectos centrales que se fundamentan en el Constitucionalismo; dejando atrás el paradigma del Legalismo Formal, para dar paso al Estado Constitucional de Derecho que Legitima al humanizar el Ordenamiento Jurídico, introduciendo Valores y Principios de los cuales no se puede dejar de prescindir el intérprete que actúa de buena fe. Observamos la existencia de una subordinación de

<sup>91</sup> KELSEN, HANS., "La Garantía Jurisdiccional de la Constitución" en escritos sobre la Democracia y el Socialismo, Debate, Madrid, 1988, p.109 y ss.

<sup>92</sup> Consúltese KLAUS VON BEYME: *Teoría política de la Postmodernidad*, Madrid, Alianza, año 1997.

la ley a la Constitución, esa Supremacía exige un Control para su efectividad; aclaramos que su misión no es intervenir en las funciones de los demás Poderes del Estado; en este orden de ideas, introducimos el Control de Constitucionalidad. Para ello se fortalece el régimen de Frenos y Contrapesos (Cheks and Balances), que establecen los Tribunales Constitucionales para la protección de los Derechos Fundamentales.

Nos enfocamos en el *Garantismo* es importante en la función de tutela de la Constitución si las personas o grupos carezcan hasta cierto grado en el acceso a las acciones y recursos ante los Tribunales, en si Activar el Órgano Jurisdiccional, como vía para prevenir o rectificar los atentados en contra de la Dignidad Humana y su ejercicio Legítimo de los Derechos.<sup>93</sup> En este contexto establecemos diferentes conceptos jurídicos<sup>94</sup> que fundamentan el Estado Constitucional de Derecho; El Constitucionalismo Humanista se extienden horizontalmente y verticalmente en su irradiación o efecto reflejo que surge de la Constitucionalización del Derecho, el nuevo protagonismo judicial bajo la Legitimación Judicial que se desarrolla en aspectos de Argumentación, Ponderada y Razonada, en cada Precedente Judicial que involucre la promoción y defensa de los Derechos Fundamentales, bajo los preceptos ideales de un sistema normativo que irradia los Valores y Principios Constitucionales, en esta Sociedad pluralista frente a una postura posmoderna, que defiende la manifestación libre de todos los sentimientos, actitudes y opciones de vida de las minorías, siendo necesario la actuación de la magistratura para preservar la unidad e integridad de la Judicatura Constitucional fortaleciendo la *Democracia continua*,<sup>95</sup> en su misión de forjar la cohesión social en el ambiente de tolerancia y respeto.

Ahora bien, nos enfocamos en la característica de la *Universalidad* siendo esencial para la identificación de los Derechos Fundamentales. Es decir, en ese contexto, solamente serían Fundamentales los Derechos que sean Universales. En el caso de Luigi Ferrajoli, quien distingue entre los Derechos Fundamentales y los Derechos Patrimoniales expresa: Los Derechos Fundamentales –tanto los Derechos de Libertad como el Derecho a la Vida, y los Derechos Civiles, incluidos los de adquirir y disponer de los bienes objeto de propiedad, del mismo modo que los Derechos Políticos y los Derechos Sociales; —son derechos Universales que son sus titulares.

<sup>93</sup> Véase, **FERRAJOLI, LUIGI**, *Derechos y Garantías. la Ley del más débil*, Madrid, Trotta. 1999.

<sup>94</sup> **CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS.**, *Estado Constitucional de Derecho, nuevo paradigma jurídico*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005, pág. 52-55.

<sup>95</sup> Véase, *La Justicia Constitucional en Europa*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 2002, p.107.

Siguiendo desde la misma perspectiva de Teoría del Derecho se distinguen, como lo ha explicado Robert Alexy, entre la Universalidad con respecto a los Titulares, y la Universalidad respecto a los destinatarios (obligados de los Derechos).<sup>96</sup>

La primera consiste “en que los Derechos Humanos son derechos que corresponden a todos los seres humanos”, con independencia de un título adquisitivo.<sup>97</sup> Los destinatarios en cuanto a los obligados por los Derechos, serían no solamente los seres humanos en lo individual sino también en los grupos y Estados. En este último caso, de acuerdo con Alexy, hay que diferenciar los Derechos Humanos absolutos con los Derechos Humanos relativos: los primeros son lo que se pueden oponer frente a todos los seres humanos, a todos los grupos y a todos los Estados, mientras los segundos –los relativos—solamente son oponibles, por lo menos, a un ser humano, a un grupo o a un Estado.

Alexy pone como ejemplo los Derechos Humanos absolutos el derecho a la vida, que debe de respetarse por todos; aparte de la perspectiva de Teoría del Derecho, que se acaba de explicar, la Universalidad de los Derechos debe de también ser contemplada desde una óptica política, desde la cual dicha característica supondría la idea de que todos los seres humanos, deben de tener el mismo núcleo básico de Derechos Fundamentales, los cuales además tendrían que ser respetados por todos los Gobiernos. En este contexto, se puede afirmar que los Derechos Fundamentales tomando en cuenta su universalidad, como lo expresa Ronald Dworkin, “Los Derechos Individuales son triunfos políticos en manos de los individuos, los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga una pérdida o un perjuicio.”<sup>98</sup> En el mismo sentido, Robert Alexy señala que “el sentido de los Derechos Fundamentales consiste justamente en no dejar en manos de la mayoría

<sup>96</sup> ALEXY, ROBERT, “La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático”, *Derechos y libertades*, número 8, Madrid, España, enero-junio de 2000, pp. 24-26.

<sup>97</sup> ALEXY ROBERT, no acepta que puedan haber derechos de grupo, es decir, derechos que no sean asignados a cada uno de los seres humanos en lo individual, si bien reconoce que pueden existir “derechos de comunidades” o “de Estados” (derechos de tercera generación, derecho al desarrollo) ,tales derechos, sin embargo no serán derechos humanos, con lo cual, reconoce el autor, perdería la carga valorativa. Positivista que tiene el término. *La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional democrático*, *Derechos y libertades*, número 8, Madrid, España, enero-junio de 2000, cit. P.25

<sup>98</sup> DWORKIN, RONALD., *Los derechos en serio*, Barcelona, España, Editorial Ariel, Edición 2012, p. 37, ISBN 97884344054462.

parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, delimitar el campo de decisión en aquella...”<sup>99</sup>

Con la finalización de la II Guerra Mundial, el triunfo de los aliados conlleva a la creación de instituciones y normativas que legitimen y garanticen el reconocimiento y protección de los Derechos en su universalidad y las demás características (Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945). Es trascendente, el valor en que los Juristas hallan espacio para el entendimiento, en el marco trazado por la Dignidad y los Derechos Humanos, cuyo reconocimiento, protección y estímulo nos permite convivir en la Democracia, pero enriquecida en su configuración según el nuevo Constitucionalismo. Es necesario que exista la plenitud de un verdadero Constitucionalismo mundial, por la importancia que sea correspondiente en el orden de las relaciones interestatales en la pretensión de la universalidad de los Derechos Humanos.

Lo anterior, implica una preocupación Constitucional para fortalecer el Poder Judicial y garantizar la separación entre las ramas del Poder Público, receptando así las ideas de los frenos y contrapesos. Los Tribunales que someten los procesos de transformación del Constitucionalismo, lleva la Judicialización de diversos problemas políticos, reconocer las causas progresistas, controlar los en cierta medida la función de los demás Órganos del Estado en las decisiones que pueden conllevar a la vulneración de Derechos Fundamentales de los Ciudadanos, a nivel de protección de la Constitución, la garantía de los Derechos y el respaldo al carácter vinculante de la Jurisprudencia. En gran medida las ideas anteriores, estarán vinculada a entender el ejercicio Activista Judicial positivo por parte de los Tribunales Constitucionales.

### **2.3 MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN.**

Se han establecido varios sistemas o métodos de interpretación de la Constitución, que constituyen aportes teóricos, los cuales deben ser vistos como herramientas a la hora de aplicar el texto constitucional, sin ser excluyentes unos de otros, sino que han de ser tomados en cuenta, buscando los elementos de cada método o sistema y priorizando el hecho fáctico o caso en específico al cual la norma va a ser aplicada. Entre estos métodos establecemos los siguientes:

<sup>99</sup> ALEXY, ROBERT., 2002: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, España; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (reimpresión), p.412.

### 2.3.1 TELEOLÓGICO.

Para este método lo importante no es determinar la intención del Constituyente al redactar la norma, sino determinar cómo dicho constituyente la aplicaría en el caso actual y bajo esas circunstancias. El método teleológico pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando en su espíritu, que es la finalidad por la cual la norma fue incorporada al ordenamiento jurídico.

Algunos autores entienden que la finalidad de la norma está en su "ratio legis", es decir, en su razón de ser. Tal es el caso, por ejemplo del Jurista Claude Du Pasquier<sup>100</sup> quien afirma que "según el punto de vista en que uno se coloque, la ratio legis puede ser considerada como el fin realmente querido por el legislador en la época de elaboración de la Ley ...", o el del profesor sanmarquino Raúl Peña Cabrera, quien, comentando la Interpretación Teleológica, dice que si la Ley es clara, basta con la Interpretación Gramatical, sin embargo, puede ocurrir que la Ley sea un tanto oscura, en tal caso es conveniente apuntar a la intención de la norma, es decir considerar la "ratio legis". La captación del espíritu de la ley implica el empleo de procedimientos lógicos y valorativos. Su debilidad es que deja mucho a lo aleatorio y transforma el proceso interpretativo en casi una adivinanza.

Sin embargo, si hablamos de finalidad la mayor de los Estados y de nuestra Constitución es la persona, el ser humano que posee Derechos Fundamentales y que según la Sala de lo Constitucional en Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 18- 98,<sup>101</sup> menciona que: "(...), los Derechos Fundamentales presentan una doble dimensión, la subjetiva y la objetiva. La primera implica que están ligados a la dignidad de la persona humana, son la proyección positiva, inmediata y vital de la misma (...)". Bajo este contexto el método empleado debe tomar en cuenta las mejores formas de optimizar los Derechos Fundamentales.

### 2.3.2 JURISPRUDENCIA DE INTERÉS.

<sup>100</sup> DU PASQUIER., Claude: "Introducción al Derecho". Editorial Juridica Portocarrero SRL. 5ª edición Lima, 1994.

<sup>101</sup> Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, (2007) sentencia de inconstitucionalidad con referencia 18- 98 pronunciada a las ocho horas y veinte minutos del veinte de noviembre de dos mil siete, El Salvador, P. 30.

Según Jorge Luis Fabri Zamora<sup>102</sup> el Derecho es un producto de los intereses que en la Sociedad luchan por su reconocimiento y combinan los sistemas de la técnica de la Jurisprudencia Progresiva, de la libre Jurisprudencia y otros. Para interpretar hay que procederse de esta manera:

- a) Deben de tenerse en cuenta los intereses en pugna.
- b) El Juez está vinculado a la ley, pero con limitaciones, porque debe interpretarla por sus fines y después de la fijación del contenido histórico de los intereses y acomodamiento de los mismos a la ordenación existente y,
- c) Las lagunas deben llenarse mediante la creación de normas judiciales, sobre la medida de los juicios de valor legales.

Kelsen critica que utilizan un criterio extra jurídico porque si la ley estableciera cual es el interés a proteger no habría entonces ningún problema, lo que sucede es que el Juez decide tomando como base al interés que a él le parece.

### **2.3.3 DE LA JURISPRUDENCIA PROGRESISTA O HISTÓRICA-EVOLUTIVA.**

Conciben a la ley no como manifestación de la voluntad de su autor, sino como unidad distinta, autónoma e independiente del legislador; hay que atenerse a la voluntad del legislador, pero interpretarla de conformidad con el medio actual, aunque el legislador no haya previsto exactamente la situación.: Maria Isabel Lorca<sup>103</sup> “La interpretación y aplicación del Derecho no puede, adoptar simplemente la estructura de un silogismo: norma jurídica, subsunción o integración del hecho social concreto en el supuesto de hecho de la norma, y la conclusión o consecuencia jurídica. Sino que se trata de una labor que pretende ir más allá de la mera interpretación literal para acceder hasta el espíritu de la ley, examinando no solo lo que el legislador reguló a través de la norma, sino lo que puede llegar a decir con la misma norma atendiendo a las actuales circunstancias del caso planteado.

Como señala el jurista italiano Vittorio Frosini, “el texto legal asume así un doble aspecto, un anverso y un reverso, como el espejo mágico de Alicia (el personaje creado por Lewis Carroll),

<sup>102</sup> **FABRA ZAMORA**, Jorge Luis., (2009) Blog de la Sociedad de Paradigmas Emergentes en Derecho y Filosofía del Derecho - Society Emerging Paradigms in Law and Legal Philosophy. Más información sobre la Sociedad, en, <https://sites.google.com/view/paradigmas-emergentes/home> Administrado por Jorge Luis Fabra Zamora.

<sup>103</sup> **MARTÍN DE VILLODRES**, María Isabel, *Interpretación Jurídica E Interpretación Constitucional: La Interpretación Evolutiva O Progresiva De La Norma Jurídica (El Derecho Como Instrumento Del Cambio Social)*, Universidad Autónoma de México, México p 250 a 255.

que puede ser atravesado por quien se refleja en ambos lados.” Debe interpretarse de conformidad con las variantes históricas, modificando el pensamiento originalmente expresado en ella, y que se supone superar, granizar y optimizar de mejor manera en cada actualización.

#### **2.3.4 INTERPRETACIÓN ORIGINARIA Y EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN.**

Para Rudzinski,<sup>104</sup> La Interpretación Originaria sostiene algunas ideas originales, la primera es que la Constitución tiene un significado que descubrir para el cual no cabe acudir a aspectos extra Constitucionales; segundo que el Intérprete carece de Discrecionalidad para escoger entre diversas Interpretaciones posibles, porque hay solamente una, que es la correcta. Lo que interesa verdaderamente al intérprete para esta posición es determinar qué quisieron expresar los constituyentes originarios, no pudiendo avanzarse un paso más allá de ello.

La Interpretación Evolutiva sostiene otras ideas totalmente distintas a las anteriores, en primer lugar, sostiene que existen cláusulas abiertas que dan al Juez un margen de discrecionalidad legítima para optar entre varias interpretaciones posibles de una determinada norma. En segundo lugar, que pueden recurrirse a valores o fuentes no explícitas en el texto Constitucional como valoraciones sociales, culturales, políticas; se trata de una Jurisprudencia de valores, de una interpretación axiológica receptiva, de una Interpretación Progresista. El Juez Constitucional en este esquema, no puede jugar un rol de espectador pasivo. Por vía de una interpretación dinámica inteligente, el Juez puede extender el mandato Constitucional a hipótesis no previstas originalmente por el constituyente; con respecto a la Interpretación Evolutiva, se va acoplando a las distintas necesidades y que la ley por sí misma ya no puede resolver y es necesario sentar nuevos criterios que puedan solventar estos vacíos.

Analizamos la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de El Salvador sobre la Interpretación Constitucional, Según la Inconstitucionalidad 163-2013 establece, que debemos de entender por Interpretación Constitucional:

(...) La interpretación jurídica de una disposición legal o Constitucional consiste en la *atribución* de un significado elegido entre varios posibles, con base en razones o argumentos que justifican esa forma de

<sup>104</sup> **RUDZINKY JAVIER**, Interpretación Constitucional, Universidad Bicentenario de Aragua, Venezuela, año 2007, Pp. 5.

entender el texto de la disposición como alternativa más adecuada para resolver una duda, pregunta, o problema interpretativo, que es el que origina la necesidad de interpretación. La idea de *atribución* de significado implica que el texto –es decir, las palabras utilizadas para formular las disposiciones- carece de un significado *normativo* propio o determinante. En otras palabras, dicho significado no puede ser descubierto, encontrado o hallado por el *intérprete* con una simple lectura, sino que este *debe construirlo en función del problema a resolver*. Entonces, la norma (el sentido o el significado normativo) de una disposición (el texto, el enunciado lingüístico, las palabras) es el resultado (como comprensión o forma de entenderlo) que se le atribuye después de realizar la actividad interpretativa, ya que la disposición por sí sola no basta para determinar un significado normativo. Sentencias de 29- IV-2011 y de 14-X-2013, Inc. 11-2005 e Inc. 77-2013, respectivamente).-

Sobre los métodos de Interpretación Constitucional, observamos en la improcedencia de **Inconstitucionalidad 14-2011**, la aplicación del método de Interpretación Constitucional; sus motivos se esgrimen sobre, que el demandante establece que el Art. 3 del Código Civil, le otorga la potestad al Legislador en explicar o Interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio, pues le otorga a la Asamblea Legislativa, a través de una Ley Secundaria, un Poder Constituyente derivado para Interpretar auténticamente la Constitución, no obstante el art. 131 ordinal 5° Cn. Solo la facultad para Interpretar Leyes Secundarias. Citamos literalmente un apartado de la referencia:

[...] 1. **Desde una perspectiva dinámica y evolutiva**, la Constitución no prescribe un molde normativo, determinado y acabado cuyo cumplimiento tienen a ser unívoco, por el contrario, es un marco de coincidencias suficientemente amplio para que dentro de él quepan diversas opciones políticas y que mediante *la interpretación de sus disposiciones* se abra paso a opciones y variantes que **se ajusten con mayor éxito a la realidad normada** (v. gr. en la Sentencia 19-V-2000, pronunciada en el proceso de Inc. 18-95).

[...] Ahora bien, resulta de vital importancia para el presente pronunciamiento desentrañar la cuestión de quienes pueden intervenir en la interpretación de la Constitución, y clarificar si es una atribución monopolizada por los Jueces o Tribunales, si la misma puede ser efectuada por otros sujetos.

En palabras de Peter Häberle,<sup>105</sup> una Sociedad Democrática es una “Sociedad abierta de intérpretes constitucionales”. En ese sentido, la labor de la Interpretación de la Constitución no es una actividad exclusiva, sino una función de la cual deben participar todos los sectores de la vida

<sup>105</sup>  
2001.

Ver, HÄBERLE, PETER., *El Estado Constitucional*, Traducción Héctor Fix-Zamudio, Universidad Autónoma de México, México,

social. En efecto la Sala, comparte que todos los Órganos están incluidos potencialmente en los procesos de Interpretación Constitucional, así también todos los ciudadanos y grupos están incluidos como interpretes previos; estos dan concreción a la Constitución a través del ejercicio de sus correspondientes atribuciones y competencias. Sin embargo, la responsabilidad de clarificar la extensión y denotación de las disposiciones Constitucionales permanece en la Jurisdicción especializada –Sala de lo Constitucional- como intérprete vinculante de *última instancia* (Improcedencia de 27-IV-2011 pronunciada en el proceso de Inc. 16-2011).

La **Inconstitucionalidad 16-2011**, es vinculante al tema de la Interpretación Constitucional, ya que hace referencia a la conexión que existe entre la Jurisdicción Constitucional y el Estado Constitucional de Derecho (temas que se abordaran a profundidad en el capítulo siguiente), así como las características que tipifican a la Sala de lo Constitucional como un auténtico Tribunal Constitucional, con la autonomía Jurisdiccional propia de la Corte Suprema de Justicia. Siendo la Sala de lo Constitucional el intérprete vinculante en Última Instancia de la norma Constitucional.

Ahora bien, la Interpretación de la Constitución, deberá expresarse bajo los límites que establece la misma Jurisprudencia, para ello citamos la Inconstitucionalidad 163-2013:

(...) la diferencia entre disposición y norma –o entre el texto y su significado concreto, resultado de la interpretación—no implica, sin embargo, que la interpretación jurídica sea una actividad librada a las preferencias subjetivas de cada interprete. La insuficiencia del texto de una disposición para decidir cuál sea su contenido normativo no implica que el texto deje de ser relevante. En toda interpretación jurídica, el texto sigue siendo el objeto de la actividad del intérprete y por ello es un límite real que condiciona las posibilidades o alternativas que pueden proponerse como significado de la disposición.

Las valoraciones a reflexionar como grupo de investigación sobre la Interpretación Constitucional son las siguientes: confrontar la Constitucionalidad de una norma si es compatible con la Constitución, es necesario ser interpretadas, por lo que el Juicio de Constitucionalidad, se debe de hablar de una interpretación conforme a la Constitución como límite de esa misma Interpretación; de manera que servirá para mostrar la compatibilidad de la norma conforme a ella. Ahora bien la Interpretación no se traduce en el simple criterio de Interpretar los textos jurídicos en una forma gramática, sistematizada, teleológica y demás. Siendo necesario aplicar el método conforme al caso en conocimiento en concreto que se acomoden a las exigencias de la Constitución y su

realidad; de esa manera para prevenir y evitar antinomias, (Evolucionista, Histórico, Progresista, Democrático y demás).

Compartimos el método de interpretación dinámica y evolutiva que establece la Sala de lo Constitucional, ya que se ajusta en una Sociedad Abierta de intérpretes Constitucionales, en las mismas palabras de Häberle; y siguiendo la función del Neoconstitucionalismo dentro de sus elementos teóricos, ideológicos y metodológicos destacándose respecto de la Constitución: Interpretación Sistemática, Evolutiva, Histórica, su naturaleza normativa, Garantía Jurisdiccional y fuerza vinculante de la Constitución como norma. En si la importancia de que la Jurisdicción Constitucional tiene en un Estado Constitucional de Derecho es debido a que es ella quien le corresponderá el Control Jurídico del Poder limitado de la Constitución, por ello la importancia de legitimar su interpretación a las exigencias que la misma realidad Jurídico, Político, Social le exijan por parte de los Ciudadanos.

En relación al capítulo segundo, dimos a conocer los orígenes del Activismo Judicial, consiguientemente la evolución histórica del mismo, el cual ha venido evolucionando durante los últimos años; sin dejar a un lado, pronunciamientos de voces de autoridad sobre el tema, de las cuales retomamos como ejemplo y que fueron una base muy importante para la implementación de dicho término y acuñadas para fundamentaciones futuras siempre en el avance y desarrollo del mismo. Así mismo, dimos a conocer que tanto en norte como en sur américa fueron escenarios de importantes cambios sociales de los cuales el Activismo Judicial fue la herramienta para llegar al grado de dar reconocimientos a ciertos Derechos Fundamentales.

Se estudiaron los conceptos de varios Doctrinarios los cuales fueron de vital importancia el estudio de los mismos para el desarrollo de un concepto propio como equipo de investigación. El cual establecemos como Activismo Judicial: como Toda práctica por parte de los Jueces de crear un nuevo Derecho, el cual, no se encuentra regulado dentro del ordenamiento jurídico, en función interpretativa de la Constitución para resolver casos controvertidos o defender un derecho quebrantado actualizando este mismo a una realidad dinámica cambiante, siguiendo la Teoría Jurídica del Postpositivista – Neoconstitucionalista, en cumplimiento de una búsqueda objetiva de la Justicia y en armonía con el ordenamiento Jurídico Constitucional. De la misma forma, se

desarrolló el tema sobre la base jurídica del Activismo Judicial determinando la importancia que ella tiene para mantener un Control de Constitucionalidad, a través de la Sala de lo Constitucional.

Por ende, era importante conocer también las características del Activismo Judicial, los métodos de Interpretación Constitucional para la aplicación de la Constitución, expandiendo el Poder Judicial hasta donde la misma ley lo permita; así también amplia el espectro de protección de los Derechos Fundamentales de una forma que la constitución llegue a todas las zonas exentas donde no haya regulación de la misma; los tipos de Activismo Judicial también se abordó en la presente investigación con ello nos ilustramos que existe un Activismo Judicial Contemporáneo y como ejemplo de este se tiene a las resoluciones que se han pronunciado por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos.

Posterior a ello se conoce también el Activismo Judicial Dialógico como conocimos es uno donde se tiene como parámetro entablar un forma de comunicación entre el Juez y la Sociedad; en sí, con un diálogo constante en la fundamentación de una Democracia Deliberativa. Concluyendo el desarrollo del capítulo segundo reflexionamos en la aplicación por parte de los Tribunales de un Activismo Judicial Positivo “correcto”, contemporáneo garantizando los límites que establece la misma Constitución, respetando los Derechos Fundamentales y la aplicación de los Principios Jurídicos Constitucionalizados, legitimando su actuación activista en aplicar la Interpretación Constitucional que naturalice y justifique la decisión a tomar por parte de la Sala, en un enfoque de la Teoría Jurídica del Postpositivismo y Neoconstitucionalismo.

---

# **CAPITULO III**

Una vez agotado la parte introductoria del capítulo segundo procedemos a desarrollar lo que consistirá el capítulo Tercero, iniciando con el tema Justicia Constitucional y Activismo Judicial en él se pretenden agotar el surgimiento de la Justicia Constitucional, sus orígenes y surgimiento del Control de la Constitucionalidad de la misma los que para algunos tratadistas es otorgada al Juez Marshall de acuerdo al polémico caso Marbury vrs. Madison y que para otros ese control tiene su origen con más anterioridad a un gran Jurista y Filósofo austríaco, del cual abordaremos en su momento un análisis de quien consideramos que es el padre de dicho Control, y como ha venido evolucionando hasta la actualidad. Bajo la perspectiva de un Constitucionalismo moderno, damos a conocer como el carácter abierto de la Constitución y el surgimiento los fenómenos Políticos-Jurídicos objeto de estudio, otorgan un mayor protagonismo a los Tribunales Constitucionales como herramienta para resolver los conflictos Jurisdiccionales suscitados, en relación a problemas internos en algunos países de América Latina y en específico nuestra realidad salvadoreña, en su evolución en cuanto este Activismo fue necesario para un mayor fortalecimiento en los avances del derecho en cada uno de ellos. Siguiendo con la parte introductoria de este capítulo, haremos referencia a la Sala de lo Constitucional de El Salvador, conoceremos que es el tribunal constitucional competente para conocer de sobre las sentencias de inconstitucionalidades, siendo el tribunal con mayor grado Interpretación de la Constitución, y por supuesto es el Tribunal que ejerce el Control de Constitucionalidad Concentrado. Se dará a conocer de igual forma la Jurisdicción que esta tiene es a nivel territorial.

Al darle desarrollo a la Justicia Electoral, conoceremos su Naturaleza Jurídica sin dejar por un lado el dar a conocer la función que desempeña el Tribunal Supremo Electoral, como ente regulador por mandato Constitucional de los procesos Electorales en materia Administrativa. Seguidamente abordaremos el tema Activismo Judicial frente a Derechos Fundamentales y el mismo se desglosará en dos sub temas Legitimación Democrática Frente al Activismo Judicial y el Activismo Judicial Positivo y Negativo, en este último tema se figurará cuando estamos en presencia de un Activismo Positivo respetuoso de un Estado de Derecho y de la Constitución

misma, y por otro extremo el Activismo Judicial Negativo violatorio Derechos Fundamentales. De igual forma en este capítulo se desarrollará el tema Discrecionalidad y Democracia, seguido del Principio de Pesos y Contrapesos que tiene que ver con el respeto de los Poderes del Estado que no tiene que estar uno por encima de las decisiones del otro, en relación al siguiente Principio de Separación de Poderes, y por último el Principio de Independencia Judicial y Política.

### **3.0 APLICACIÓN Y DESARROLLO DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.**

#### **3.1 JUSTICIA CONSTITUCIONAL**

##### **3.1.1 EL SURGIMIENTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.**

La génesis de la Justicia Constitucional Europea se encuentra en la discusión Teórica entre dos grandes Juristas, Carl Schmitt y Hans Kelsen, acerca de quién debía ser el guardián de la Constitución. Mientras el alemán consideraba que las mejores credenciales las tenía el Jefe de Estado es decir el Führer; para el austriaco la revisión sobre el arreglo de la Legislación Ordinaria con el Texto Constitucional tendría que encomendarse a un Órgano imparcial y ajeno, tanto al Poder Judicial como al Poder Legislativo, que actuara como un Legislador Negativo.

En este sentido, Hans Kelsen desvirtúa la Teoría de Schmitt que según el art. 48 R.V. De otorgarle al presidente función de ser protector o guardián de la Constitución; y parte del mismo cuerpo normativo en el art. 19. C.V. Según Kelsen “prevé claramente un Control Judicial por parte de la Corte y los Tribunales inferiores para los litigios Constitucionales” esto es producto de una confusión por parte de Schmitt entre la Teoría Jurídica y la polémica del Derecho (para Kelsen, Schmitt confunde un problema de Política del Derecho con uno de Teoría General del Derecho).

De esta contradicción de estos dos grandes especialistas del Derecho Público, Kelsen plantea la necesidad de que el protector de la Constitución este a manos de un Órgano Independiente y ese tiene que ser un Tribunal Constitucional, para la buena administración de Justicia en los Procesos Constitucionales. La influencia de la magistratura se acentuó con la creación de los Tribunales Constitucionales o, siendo más precisos, con su reinstauración después de la II Guerra Mundial. Con el nacimiento de la Justicia Constitucional hubo un fortalecimiento de la visibilización del Juez como actor político relevante, que ejerce un poder imparcial dentro de la Sociedad.

La concepción acerca de la División de Poderes y las relaciones entre los diferentes Órganos estatales varían. De esta forma en Estados Unidos los llamados a controlar que la Legislación secundaria se ajustara a las disposiciones Constitucionales fueron los Jueces control que nace no de una disposición legal sino, casualmente, de una sentencia, el célebre caso *Marbury vrs. Madison*.<sup>106</sup> A raíz de esta sentencia tan polémica es que para algunos tratadistas del Derecho le otorgan el calificativo de ser el Juez Marshall el padre del Control de la Constitucionalidad, punto en el cual es de recordar como ya hemos estudiando y de nuestro conocimiento que el padre del Control de Constitucionalidad es el austriaco Hans Kelsen.<sup>107</sup>

Un concepto de Justicia Constitucional es el siguiente: una vez se reconoce la rigidez de la Constitución, y se establece un sistema de revisión Constitucional especialmente reforzado o en todo caso más complejo que la tramitación Legislativa Ordinaria, y (sobre todo) cuando se establece un sistema de Control de Constitucionalidad de la Ley y otros actos del Poder .

### **3.1.2 JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y ROBUSTECIMIENTO DE LA JUDICATURA.**

En este extremo es esclarecedor un artículo publicado por Rubio Llorente en el que sintetiza en seis tesis las características más relevantes de la Justicia Constitucional. Empieza el profesor español advirtiendo, como se señaló anteriormente, la imposibilidad de definir un concepto unívoco de Jurisdicción Constitucional. En términos generales, amplía, por Jurisdicción Constitucional se entiende "...la función asignada a los Tribunales Constitucionales que consiste tanto en controlar la validez de las normas jurídicas, por su compatibilidad con el texto del parámetro de Legitimidad Constitucional, como otras que varían según la legislación de cada Estado...". Esta conceptualización continúa siendo excesivamente amplia, no obstante deviene en inevitable en vista de las diferencias que pueden apuntarse sobre el funcionamiento de los Tribunales Constitucionales. De ella sin embargo, y junto a las tres tesis de Rubio Llorente, es factible ir elaborando una respuesta a la pregunta.

Las tres tesis que según Rubio Llorente caracterizan a la Jurisdicción Constitucional son las siguientes:

<sup>106</sup> **TIMM HIDALGO, ANA KARINA.**, *Activismo Judicial dialógico en América Latina, La Lucha de los Derechos*, tesis par optar grado doctoral por la Universidad Carlos III de Madrid, España, año 2017.pág. 53-56

<sup>107</sup> **HERRERA CARLOS MIGUEL.**, *La Polémica De Schmitt-Kelsen Sobre El Guardián De La Constitución.*, Revista de estudios políticos. Núm. 86. Octubre-Diciembre. Año 1994.

Tesis I: Los Tribunales Constitucionales surgen en periodos de Democracias Débiles y quebradizas. El planteamiento de Rubio parece revestido de buenas razones. En la mayoría de países de Europa los Tribunales Constitucionales nacen luego de las Guerras Mundiales –y en América Latina luego de procesos de Democratización o de ruptura Constitucional como Órganos encargados de garantizar el respeto por los Derechos Fundamentales y la limitación del Poder. Esto es, como entes protectores de la Democracia.

Tesis II: Su ubicación plantea serios problemas en la estructura tradicional del Estado. Los Tribunales Constitucionales son creados con una serie de funciones desconocidas de Control. Se entienden como Órganos Jurisdiccionales y políticos por lo que dónde colocarlos dependerá de distintas razones, conjuradas según las particularidades de cada estado.

Tesis III: La Jurisdicción Constitucional varía de un lugar a otro de modo que la pregunta ¿cómo sujetar el poder a la Constitución? será respondida siguiendo distintas rutas. Así, los elementos que marcan más diferencias son: a) elenco de poderes sometidos a Control, b) sujetos Legitimados para incoar los Procesos Constitucionales, c) modo de relacionar la Jurisdicción ordinaria con la Jurisdicción Constitucional en caso de que el Tribunal Constitucional esté fuera del Poder Judicial. Habría que agregar, las competencias que posea el Tribunal.

En este sentido, es muy interesante lo que subraya Rubio Llorente; las eficacia de los Tribunales Constitucionales puede ser más social, en tanto más amplia sea la Legitimación que tienen los ciudadanos para acudir a la Justicia Constitucional, o Política, en tanto sólo los órganos políticos pueden acudir para plantear conflictos entre la ley y la Constitución política.

De lo expuesto, desde el pensamiento de Rubio Llorente es posible extraer tres palabras claves que contribuirán a responder por qué la Justicia Constitucional ha consolidado el modelo del Juez gobernante. Las palabras claves son: Constitución Política, Control y competencias de los Tribunales Constitucionales.<sup>108</sup>

### **3.1.3 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO JUECES ARMADOS CON LOS VALORES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y DEL IUSNATURALISMO.**

<sup>108</sup> FEOLI VILLALOBOS, MARCO., *Activismo Judicial Constitucional: Los Casos de Colombia y Costa Rica*; Trabajo de Tesis para optar a grado Doctoral por la Universidad de Salamanca, España, año 2012.

El Neoconstitucionalismo, de finales del Siglo XX, es la llave maestra de la Discrecionalidad Judicial, al igual, que en su tiempo, esto en relación a los siglos XVI y XVII, fue el Iusnaturalismo. Las dos corrientes armaron con Valores y Principios a Jueces liberados de toda regla, con una diferencia: en los siglos XVI y XVII recién estaba formándose el Estado Contemporáneo alrededor de la concentración del Poder Político en el Rey, mientras en el Siglo XX ya se había desarrollado el Estado nacional en la mayor parte de territorios. El Positivismo apareció, en el siglo XIX, como la respuesta más articulada a la inseguridad jurídica creada por los Jueces Ius naturalistas, para que el Juez no sea otra cosa que la “boca de la ley”.

El Neoconstitucionalismo rompe con esa idea positivista *los Jueces son seres inanimados*; por otro lado, se convirtió, en cambio, en la respuesta a la decadencia que la misma ley se enfrenta, cuando los Jueces tienen que resolver sobre cuestiones que la misma ley no prevé, es decir no se encuentran reguladas y se tiene que dar respuesta: El Juez está obligado con un deber imperativo a dar resolver ese problema, en razón a ese deber es que los Jueces tienen que hacer vivo ese Activismo Judicial en el que va inmerso el Constitucionalismo respetuoso de la Seguridad Jurídica y demás Derechos Fundamentales, y con visión progresista de ir actualizando el Derecho mismo hasta nuestras propias realidades, en ese sentido es cuando la Ley deja de ser norma general y abstracta.<sup>109</sup>

El antecedente próximo del Neoconstitucionalismo se encuentra en el Movimiento del “Derecho libre” que surgió en Europa alrededor de un Derecho Natural de contenido variable, casi al mismo tiempo que adquiriría cuerpo el positivismo. Hace más de un siglo, los portavoces de ese Movimiento negaban que las normas del Derecho Positivo constituyeran una base suficiente para la decisión de casos reales, al tiempo que reconocían la existencia de lagunas Jurídicas que debían ser llenadas por los Jueces, ponderando y contrapesando los intereses en conflicto. Como podremos darnos cuenta en los textos anteriores desde que surge el positivismo se gestaba con ellos la idea de que el mismo no sería lo suficientemente exacto para regular al cien por ciento todos los problemas, relaciones y cuestiones jurídicas y fue precisamente el Movimiento del Derecho Libre quien da a conocer esa postura que efectivamente fue del todo acertada, entonces podremos decir lo siguiente: *cuando nace el Positivismo junto con el nace el Activismo Judicial,*

<sup>109</sup> TORRES, LUIS FERNANDO, Activismo Judicial en la Era Neoconstitucional, Corporación Autogobierno y Democracia, Vol. 15, Quito, Ecuador, enero-junio año 2013

no de una forma explícita, pero si explícitamente como una solución a los problemas que el mismo sistema jurídico se tiene que enfrentar cuando no se hayan regulado un caso en particular.

### **3.1.3.1 NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO.**

El nuevo Constitucionalismo latinoamericano comprende los diversos procesos Constitucionales que se han desarrollado en la región desde la entrada en vigencia de la Constitución brasileña de 1988 que, según gran parte de los autores, es el punto de partida del paradigma. En este apartado, en un sentido más estrecho, con dicha expresión se hace referencia a los procesos constitucionales de Ecuador y Bolivia. Siguiendo la terminología Roberto Gargarella, en una primera etapa, el Constitucionalismo latinoamericano estuvo marcado por un fuerte predominio de pactos de orden liberal-conservador, situación que se extendió sin muchas excepciones hasta principios de Siglo XX. Esta alianza incluyó la configuración de un sistema de pesos y contra pesos, pero desbalanceado a favor del ejecutivo –el hiperpresidencialismo o cesarismo progresista, así como una defensa prevalente de la propiedad privada y de la libertad de culto con preponderancia de la religión católica. Las ideas de orden y progreso, así como la idea de la cruz y la espada, estuvieron muy presentes en las primeras etapas del Constitucionalismo latinoamericano.

Luego, se produjeron dos grandes oleadas de reformas. La primera tuvo lugar a principios del siglo XX y su hito es la paradigmática Constitución de México del año 1917, que logró integrar a la tradición históricamente excluida de los diseños Constitucionales latinoamericanos: el pensamiento radical republicano. La Revolución Mexicana que permitió este proceso Constitucional fue una reacción al sistema de orden y progreso que por la fuerza sostenía el general Porfirio Díaz. En esta connotada Constitución, la tierra y el trabajo fueron temas centrales, por primera vez en el mundo, la Cuestión Social tenía un triunfo jurídico tan importante.

La segunda gran oleada de Constitucionalismo se produce a fines del siglo XX y fue impulsada por las dictaduras y los programas de ajuste estructural de la década de los ochenta y noventa, que tendieron a establecer regímenes Constitucionales oligárquicos en sintonía con los principios del neoliberalismo instado a escala global desde principios de los años setenta. El fin de las dictaduras permitió iniciar procesos transicionales, pero, paralelamente, como parte del ajuste estructural, se continuó implantando la política de austeridad, con una drástica reducción del gasto público y con eliminación de programas sociales. Tras una visita del Fondo Monetario Internacional, el gobierno

de Carlos Andrés Pérez firmaba una “carta de intención” en la que se contemplaban los compromisos económicos propios de la receta neoliberal, el gran viraje.

En tercer lugar, fue paradigmático todo lo que sucedió en *Bolivia* entre los años 2000 y 2005. En este periodo de la rebeldía un movimiento social sin precedentes emprendió una intensa reacción en contra del Neoliberalismo que se estaba materializando a través de escandalosos contratos de concesión de agua y de marcos legales de privatización (ley 2029) arrebatando los bienes comunes. Sin embargo, la movilización de Cochabamba no cesó los bloqueos pese a la brutalidad de la represión. Al final, tras una seguidilla de bloqueos no solo lograron expulsar a la transnacional Bechtel, sino que con ello iniciaban el camino de uno de los Procesos Constituyentes más importantes de los últimos tiempos.

En el caso de *Ecuador*, los levantamientos indígenas es una de las señales más clara de la intensidad del conflicto social que ha afectado a dicho país. El primero fue en 1990, el segundo en 2001 y recientemente en 2015. Para los indígenas el levantamiento es su acción política extrema, a la que recurren solo en situaciones muy graves, como lo fueron las políticas agrarias del ajuste estructural de la Ley de Desarrollo Agrario, que desde los ochenta impone el despliegue de la economía neoliberal en Ecuador y que ha impulsado manifestaciones sin precedentes, con la siguiente consigna: la tierra para el que las trabaja.

Finalmente, no podemos dejar esta breve reseña de manifestaciones sociales sin referirnos al caso del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) que, el primero de enero del año 1994, a propósito de la firma de un tratado de libre comercio entre México, Estados Unidos y Canadá, se visibilizó como uno de los movimiento anticapitalistas más importantes del último tiempo, exponente de lo que ellos identifican como luchas muy otras, con lo que quieren expresar la voluntad política de construir una alternativa al modelo civilizatorio neoliberal. En el ámbito académico, las reflexiones sobre el Estado que Holloway ha expresado con la idea de conquistar el poder sin el Estado han impulsado un debate prolífico y centrado en uno de los aspectos más vitales y permanentes de los cuestionamientos de los movimientos sociales. La bibliografía al respecto es abundante, entre ella destacamos el trabajo del distinguido grupo de académicos de Comuna, así como el desarrollo que han realizado de la tesis del Estado como campo de lucha.<sup>110</sup>

<sup>110</sup> ANA KARINA TIMM HIDALGO., (2017). *Activismo Judicial dialógico en América Latina. La lucha de los Derechos* (Tesis Doctoral), Universidad Carlos III de Madrid, España.

De acuerdo con los nuevos fenómenos sociales que a lo largo de Latinoamérica en los últimos años se ha originado, se tiene que llegar a una salida más justa que cumpla con las necesidades de las mayorías, dando una solución viable a dicha problemática; por ello, el nuevo constitucionalismo que en toda América se está implementando y ha tomado gran fuerza normativa en los últimos años este nuevo paradigma Constitucional entendido como una herramienta viable dentro de un Estado de Derecho.

### **3.1.3.2 LAS VARIANTES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO.**

En el Ecuador, el Neoconstitucionalismo, perfilado por la Corte Constitucional a partir del 2009, abrió la puerta para que tanto los Jueces de esa Corte como los demás jueces practiquen un Activismo Judicial orientado a destruir los cimientos legales de la sociedad levantada, según su personal visión sociopolítica, sobre la desigualdad social y la exclusión económica. Con la activación de varios dispositivos Jurídicos y Políticos, entre ellos, el estatismo transversal de la Constitución de Montecristi, la Interpretación Neoconstitucional a cargo de la Corte Constitucional en su condición de “máximo intérprete” y la colonización político partidista tanto de esa Corte como de toda la estructura Judicial, se quiso transformar a los Jueces Positivistas en Jueces Neoconstitucionalista, debidamente entrenados para acomodar la aplicación de las Leyes a los Principios, en medio de una peligrosa Discrecionalidad Judicial, que ya ha dejado a la Seguridad Jurídica sin su verdadero contenido esencial.

El proceso es de tal vehemencia que es imposible volver al pasado en que los Jueces eran, simplemente, la boca de la ley. Por ello, con ese Neoconstitucionalismo ya instalado en el Ecuador, conviene indagar hacia dónde parece dirigirse y qué resultados provocaría, de no mediar una reorientación del proceso constitucional en marcha.<sup>111</sup>

Para entender un poco más este cambio que intenta hacer la Corte Constitucional de Ecuador, es preciso saber diferenciar una Regla de un Principio y para en esto se plantea la siguiente pregunta:

¿En que se distinguen las Reglas y los Principios?

<sup>111</sup> **TORRES, LUIS FERNANDO**, Activismo Judicial en la Era Neoconstitucional, Corporación Autogobierno y Democracia, Vol. 15, Quito, Ecuador, enero-junio año 2013

Desde el punto de vista de la estructura y la función, se han propuesto tres tesis básicas sobre las diferencias entre Principios y Reglas, pero solo haremos mención únicamente a la Tesis fuerte:

La Tesis fuerte de la Separación. Según la Tesis fuerte de la Separación, entre Reglas y Principios existen diferencias cualitativas (cualidad o relacionado con ella) y no sólo de grado. Esta división fuerte concibe Reglas y Principios como entidades normativas conjuntamente exhaustivas (que agota la materia de qué trata) del ámbito de las normas y mutuamente excluyentes. En otras palabras: toda norma eso bien una regla o bien un Principio y tertium non datur (una tercera cosa). Los defensores de NPP (No Positivismo Principialista) suelen sostener la Tesis fuerte de la Separación.

La distinción entre principio general y parte general del Derecho se limitaría a la diversa extensión de ambos. La parte general (es decir la norma) se limita a sistematizar una determinada materia jurídica, en tanto que los principios generales del Derecho se orientarían a la sistematización de una sección mayor del ordenamiento. Por todo ello, “Entre las normas que los Juristas llaman “Principios Generales” (en este contexto) y las normas que integran las “Partes Generales” sólo hay una diferencia de grado, en el sentido de que las primeras suelen ser más generales que las segundas. Es muy difícil, si no imposible, trazar una línea divisoria entre Normas y Principios”.

112

Ahora bien, de acuerdo a las Variantes del Neoconstitucionalismo que la Corte Constitucional de Ecuador adopta en el año 2009, se puede ver que hay una imposición a este sistema que se deja notar en los cambios que adoptan en la Constitución de Montecristi, como ellos lo explican a fin de destruir los sistemas de desigualdad Social y la exclusión económica, algo que si tiene que ir mejorando y dando una mejor forma de vida para los ecuatorianos; el punto donde la Corte tiene un protagonismo un tanto impositivo se puede notar que es que intenta que todos los Tribunales y Jueces Positivistas adopten este mismo sistema de Interpretación Neoconstitucional acomodando las leyes a los principios, ¿será algo que pudiera ser bueno? y como equipo de trabajo de graduación llegamos a la conclusión siguiente: De acuerdo a cambiar [erradicar] un sistema legalista a un sistema de principios, no es del todo bueno, porque siempre tiene que haber una norma que rijan coactivamente a una Sociedad determinada según sus propios problemas internos

<sup>112</sup> **Interpretación y Argumentación Jurídica**, Marina Gascón Abellán y Alfonso García Figueroa. ed. -- San Salvador, El Salvador. : Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, 2003, pp 350.

y en cada materia determinada y esto se logra a través de la creación de Leyes por el Órgano Legislativo, en cambio y en relación a los Principios esa regulación se vuelve tan extensa y alejada de una Sociedad determinada, porque los mismos son Universales.

### **3.1.4 SALA DE LO CONSTITUCIONAL.**

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en El Salvador, de acuerdo al mandato Constitucional podremos entender lo siguiente:

La Corte Suprema de Justicia tiene una Sala a la que le corresponde conocer y resolver demandas de Inconstitucionalidad de las Leyes, Decretos y Reglamentos, los Procesos de Amparo, el Hábeas Corpus, las controversias entre el Órgano legislativo y el Órgano Ejecutivo Art. 174 C.n. Sobre las competencias de la Sala de lo Constitucional, ha dicho la Jurisprudencia que “para efectos de clarificar las cualidades del Control de Constitucionalidad efectuado por esta Sala, es de utilidad exponer unas consideraciones previas sobre los siguientes aspectos:

- Los diversos medios de Control que se comprenden en la competencia de este Tribunal.
- El tipo de pronunciamiento que se realiza en los procesos Constitucionales en general, y en el de Inconstitucionalidad en particular.

Sobre el primer aspecto, debe señalarse que la competencia que la Constitución confiere a esta Sala -esencialmente en el Art. 174 inc. 1º- comprende tres áreas:

- A. La primera, que es la principal competencia de los Tribunales Constitucionales en el Derecho comparado y que justifica en la actualidad su misma existencia, es la que tiene por finalidad realizar un Control abstracto de la Constitucionalidad de disposiciones infra Constitucionales, mediante un análisis o juicio de contraste sobre la compatibilidad Lógico-Jurídica entre un proyecto de ley o disposición vigente y la Ley Suprema; área que se bifurca en dos mecanismos: la controversia a que se refiere el art. 138 Cn. -control a priori-, que es la que se suscita entre los órganos Ejecutivo y Legislativo con ocasión del procedimiento de formación de la ley; y el Proceso de Inconstitucionalidad -control a posteriori-, que se desarrolla dinámicamente en forma de un proceso destinado a decidir sobre la pretensión de Inconstitucionalidad planteada por un Ciudadano o por ciertos Órganos del Gobierno, para emitir consecuentemente un pronunciamiento de invalidación,

de un modo general y obligatorio, de las disposiciones Infraconstitucionales que resulten incompatibles con la Ley Suprema.

- B. La que tiene por finalidad realizar un Control concreto de la Constitucionalidad de actos de autoridad -área que más propiamente correspondería denominar protección Constitucional a los Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales-, que tiene por finalidad invalidar los efectos imperativos que sobre la esfera jurídica de una persona proyectan las disposiciones jurídicas, o los actos de aplicación de cualquier naturaleza que resulten lesivos a tal esfera jurídica, independientemente si son realizados por órganos o entes pertenecientes a la estructura del Gobierno -actos de autoridad formales- o por entidades o individuos particulares posicionados fácticamente en situación de superioridad respecto del perjudicado -actos de autoridad materiales.
- C. La que comprende competencias complementarias, como las causas de suspensión y pérdida de los derechos de ciudadano a que se refiere el art. 182 ord. 7° Cn., u otras que por ley le pudieran ser conferidas a esta Sala” (Resolución de improcedencia de 2-IX-1998, Inc. 12-98, Considerando III).<sup>113</sup>

De manera expresa, el artículo 183 de la Constitución establece que “la Sala de lo Constitucional será el único Tribunal competente para declarar la Inconstitucionalidad de las Leyes, Decretos y Reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier Ciudadano”.

Sobre la pretensión del proceso de Inconstitucionalidad, la Jurisprudencia Constitucional ha afirmado que, “siendo que el proceso de Inconstitucionalidad ha sido configurado como un Control Abstracto sobre la Legitimidad Constitucional de disposiciones generales, para que la pretensión que le da origen sea admisible y procedente, no es necesaria una impugnación contra actos concretos a los cuales el titular de la pretensión atribuya efectos de vulneración a la Ley Suprema. Así, ante la inexistencia de hechos, el fundamento material o sustrato fáctico de la pretensión de Inconstitucionalidad está constituido por las argumentaciones expuestas por el actor, tendentes a evidenciar las confrontaciones internormativas –por él percibidas– entre las disposiciones o cuerpo

<sup>113</sup> **CONSTITUCIÓN DE EL SALVADOR.**, Decreto Constituyente n° 38, de 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial, n° 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

normativo sujeto a Control de Constitucionalidad y las disposiciones de la Constitución propuestas como parámetro de dicho Control.

1. Así, para estar acorde al art. 6 [de la Ley de Procedimientos Constitucionales], y para el caso de pretender la eliminación de determinados artículos de un cuerpo normativo, este sustrato fáctico debe indicar claramente, en primer término, la disposición infra constitucional impugnada –objeto de Control de Constitucionalidad– y, en segundo término, las razones de tal violación, confrontando el contenido del objeto con el parámetro [es decir, las disposiciones Constitucionales supuestamente vulneradas], de tal suerte que se aprecie la confrontación internormativa apreciada por el demandante” (Sentencia de 16-VII-2002, Inc. 11-97, Considerando IV 3 y 4).

2. Específicamente con relación al objeto de control en el proceso de Inconstitucionalidad, ha dicho que “lo que está estableciendo dicha norma [el art. 183 Cn.] es la atribución y potestad del Tribunal mencionado para declarar la Inconstitucionalidad de toda disposición normativa de carácter general o con fuerza de ley, independientemente de cómo se les llame en cada caso, sin que las denominaciones empleadas –Leyes, Decretos y Reglamentos– implique en modo alguno la exclusión de otras, tales como ordenanzas, acuerdos, etc., siempre que tuvieren el contenido normativo antes indicado” (Sentencia de 16-VII-1992, Inc. 7-91, Considerando IV).

3. Más adelante ha ampliado tal objeto de Control, señalando que “esta Sala considera necesario replantear el análisis sobre el objeto de Control en el proceso de Inconstitucionalidad, pues excluir, sin las debidas precisiones o aclaraciones, actos de contenido concreto, permitiría la existencia de actuaciones de los gobernantes que, al imposibilitar su examen, generaría en el ordenamiento jurídico zonas exentas de Control, desnaturalizándose el sentido de la Constitución.

(...). En tal sentido, el Objeto de Control en el Proceso de Inconstitucionalidad no debe restringirse a Reglas de carácter general y abstracto producidas por los órganos legisferantes, sino que (...) debe ampliarse y hacerse extensivo a actos concretos que se realizan en aplicación directa e inmediata de la normativa Constitucional, esto es, aquellas actuaciones que se exteriorizan a través de ‘leyes’ en sentido formal, en cumplimiento de un mandato expreso y directo de la Constitución. Y es que, si se trata de un acto concreto cuyo único fundamento normativo es la Constitución, el ejercicio de la atribución y competencia en la producción de dicho acto, sólo tiene como parámetro de Control los límites –formales, materiales o genérico-valorativos– que establece

la Constitución de la República” (Resolución de sobreseimiento de 3-XI-1997, Inc. 6-93, Considerando II ).<sup>114</sup>

Como las Leyes, Decretos y Reglamentos son emitidos por otras organizaciones de la estructura del Gobierno (por ejemplo, el Ejecutivo o la Asamblea Legislativa), no cabe duda de que su Control opera “horizontalmente”. Esta Sala de lo Constitucional está integrada por cinco Magistrados designados por la Asamblea Legislativa y su mandato es de nueve años. El presidente de la Sala es a la vez presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Órgano Judicial. Las Sentencias de la Sala de lo Constitucional son de obligatorio cumplimiento pero la sanción, en materia de Inconstitucionalidad, no se aplica a los funcionarios como tales, sino a sus productos (las Leyes, Decretos y Reglamentos), los cuales, si es el caso, han de ser enmendados.

### **3.1.5 CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.**

Este Control de Constitucionalidad se ejerce en procesos donde se discuten la violación de Derechos Fundamentales, en materia Civil, Familia, Laboral, Penal, Administrativo, etc., cuando el Juez o alguna de las partes consideran que una norma aplicable al caso concreto es Inconstitucional, nace entonces el Derecho de interponer un Proceso de Inconstitucionalidad.

En este sentido, tendrá que abocarse a la *Jurisdicción Constitucional* para hacer valer su Derecho y por la misma se puede entender:

1º) La que ejercen los Tribunales así llamados, sea cual sea la naturaleza de los asuntos que se les encomienda: Control de Constitucionalidad de las Leyes, regularidad de las elecciones, enjuiciamiento penal de los titulares de las Magistraturas Supremas y demás.

Este concepto no resulta satisfactorio, pues excluye los sistemas de Control de Constitucionalidad de las Leyes encomendado a los Tribunales Supremos e incluye cuestiones que no son Constitucionales.

2º) El Control Judicial de la Constitucionalidad de las leyes, con Independencia de los Órganos que lo realicen.

<sup>114</sup> **CONSTITUCIÓN DE EL SALVADOR.**, Decreto Constituyente n° 38, de 15 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial, n° 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

Este concepto tampoco resulta satisfactorio, porque excluye aquellos sistemas en los que se enjuicia también, además del texto de las Leyes, su Interpretación y aplicación.

3º) La que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de su Constitucionalidad. Comprende, por tanto: a) no sólo el Control que ejercen los llamados Tribunales Constitucionales, sino también el que ejerce la Jurisdicción Ordinaria en su diaria Interpretación y aplicación de la Ley; y b) no sólo se controla al Poder Legislativo, sino también la Interpretación y aplicación de la Ley que realizan la Administración y (sobre todo) los Jueces.

Este último es el concepto de Jurisdicción Constitucional adecuado, y ello porque una Jurisdicción Constitucional así entendida es el único modo de garantizar la eficacia real de la Constitución. Controlar sólo la Constitucionalidad del texto legal no garantiza aún la Constitución (o los Derechos). Cuando el Poder Judicial sólo queda sometido al Principio de Legalidad, incluso aunque podamos suponer que la Ley es Constitucional, caben aún Interpretaciones Inconstitucionales de la misma. En otras palabras, es posible que el Juez, aun actuando con respeto al Principio de Legalidad, actúe Inconstitucionalmente, violentando Derechos.<sup>115</sup>

Dentro de los modelos de Control de las Constituciones encontramos dos los tipos antes mencionados, por un lado el modelo de Control de la Constitucionalidad Estadounidense (Control Difuso) el cual se caracteriza por que todo ese control está repartido entre todos los jueces; por el otro extremo encontramos un modelo de Control de Constitucionalidad Europeo (Control Concentrado) a diferencia del modelo anterior el Control de la Constitución está estrictamente designado a un Tribunal Constitucional en específico, el Caso de la Sala de Lo constitucional en El Salvador Art. 183 C.n pues como en la literalidad del mismo artículo podremos darnos cuenta que es el único que tiene ese control, La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único Tribunal competente para declarar la Inconstitucionalidad de las Leyes, Decretos y Reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier Ciudadano.

De acuerdo con el estudio realizado a ambos modelos consideramos que: el caso del modelo americano nos parece un poco peligroso, porque se profiere una decisión sorpresiva, que en la

<sup>115</sup> MARINA GASCÓN ABELLÁN Y ALFONSO GARCÍA FIGUEROA., *Interpretación y Argumentación Jurídica*, ed. -- San Salvador, El Salvador. : Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, año 2003, Pág. 350.

mayoría de los casos se convierte en la pérdida de tiempo y en el sacrificio de los derechos sustanciales, con fundamento en un fallo sorpresivo de Inconstitucionalidad. Por lo expuesto consideramos que este control debe aproximarse más al modelo europeo, pero sin que sea obligatorio el envío del expediente a la Corte Constitucional; su remisión dependerá de la apelación del fallo que resuelve el incidente de Constitucionalidad y, de tenerse que remitir, puede ser a la Corte constitucional, al Tribunal Constitucional o al Juez Constitucional, dependiendo de la jerarquía del Juez que resuelve el incidente.<sup>116</sup>

Tenemos claro que las únicas vías para hacer valer nuestros Derechos Fundamentales es a través del Tribunal Constitucional competente según el modelo Europeo, en el caso de El salvador ya se dice que será la Sala de lo Constitucional.

De acuerdo a la Constitución la Sala de lo Constitucional también le compete tener conocer del Control de Constitucionalidad de Art. 149. La facultad de declarar la inaplicabilidad de las disposiciones de cualquier tratado contrarias a los preceptos Constitucionales, se ejercerá por los Tribunales dentro de la potestad de administrar Justicia.

La declaratoria de Inconstitucionalidad de un tratado, de un modo general, y obligatorio, se hará en la misma forma prevista por esta Constitución para las Leyes, Decretos y Reglamentos.

De acuerdo con este artículo se amplía aún más el espectro de Control a través vía de la Inconstitucionalidad por parte de la Sala de lo Constitucional ya no solo son Leyes, Decretos y Reglamentos, esto con fin de que no hayan zonas exentas de dicho Control a fin de hacer efectiva las consideración que en la misma Constitución de El Salvador en su Artículo 246 , Los Principios, Derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las Leyes que regulen su ejercicio.

La Constitución prevalecerá sobre todas las Leyes y Reglamentos. El Interés Público tiene primacía sobre el Interés Privado. El rango de Supremacía sobre el resto del Ordenamiento Jurídico, subordinado así bajo su fuerza normativa, a tratados Internacionales y esto está establecido en los Artículos 145 y 149 de la Constitución, dichos artículos determinan no solo la

<sup>116</sup> VALENCIA CANOSA EDUARDO ANDRÉS, *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Volumen II; Editorial VC. Editores LTDA; Bogotá Colombia, Marzo 2011, ISBM, pág. 280.

Supremacía que tiene la Constitución frente a los tratados al establecer la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de un tratado.<sup>117</sup> Aunque será muy preciso reparar en lo siguiente, que si bien anteriormente se dijo que los la Sala de lo Constitucional ejerce un modelo de Control Concentrado, hay que recalcar también que los Jueces en general ejercen un modelo de Control Difuso, es decir se aplican ambos modelos de control en El Salvador tanto el Europeo, como el Estadounidense.

### 3.1.6 COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

- **Control Abstracto de Constitucionalidad.**

Este Control de Constitucionalidad tiene por objeto, verificar que todas las disposiciones Infraconstitucionales de carácter general impersonal y abstracto, estén conforme a la Supremacía de la Constitución. Se ejerce por medio de la acción de inexecutableidad,<sup>118</sup> control automático de Constitucionalidad, Control de Constitucionalidad por omisión y acciones de nulidad Constitucional correspondiente al Derecho Procesal Constitucional.

Dentro del *Control de Constitucionalidad* uno de los temas más controvertidos es el del Control de Constitucionalidad de oficio (ex officio), es decir, en los casos en que no exista petición de parte, el Juez de oficio pueda declarar la Inconstitucionalidad de la norma en litigio. Existe una parte de la Doctrina que considera que no es facultad del Poder Judicial sino de las partes en un proceso, para proteger el Derecho de Defensa y la División de Poderes. En el presente trabajo y de acuerdo al Art. 183 C.n establece claramente que los procesos que la Sala de lo Constitucional conocerá lo harán a petición de parte, es decir no podrá iniciar procesos de forma oficiosa. La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único Tribunal competente para declarar la Inconstitucionalidad de las Leyes, Decretos y Reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier Ciudadano.

<sup>117</sup> **RODRÍGUEZ PARADA, EDGAR GUSTAVO Y QUINTANILLA GARCÍA EDER EVELIO.**, El Control De Constitucionalidad y de Convencionalidad En El Salvador, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, El Salvador, año 2016.

<sup>118</sup> La exequibilidad (lat. *exsequibilis*) es una clase de sentencia emitida por la Corte Constitucional en la que se manifiesta que una ley es acorde a la constitución política. Se dice que una norma es declarada exequible cuando su contenido se ajusta a la Constitución Política o Carta Magna. El término se contrapone con inexecutable, evento en el cual una norma no se ajusta a lo expresado en la Carta Política.

### **3.2 ACTIVISMO JUDICIAL FRENTE A DERECHOS FUNDAMENTALES.-**

La discusión sobre Activismo Judicial se ha basado en autores que trabajan el tema desde una perspectiva anglosajona (particularmente estadounidense), en muchas ocasiones en el ámbito Político-Electoral; estos factores llevan a entender el Activismo Judicial en diferentes nociones; como una desviación de la función Judicial o como un exceso de dicha función. El analizar los criterios que caracterizan el Activismo Judicial muestra que son dependientes de una concepción de la función Judicial limitada a resolver casos concretos y en el Derecho a base de las diferentes corrientes de pensamiento jurídico (Postpositivismo, Neoconstitucionalismo). Comprender, lo necesario que es vigilar constantemente la practica Judicial Activista frente a los Derechos Fundamentales, bajo un marco institucional de las modernas Democracias Constitucionales, es importante, a partir de los criterios Jurisprudenciales, procedentes de la Sala de lo Constitucional, Legitimados construirá un Estado de Derecho, en respeto a los Principios y Derechos Fundamentales de los Ciudadanos.

Precisamos que por Derechos Fundamentales se entiende “aquellos Derechos Humanos, garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa Constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada.”<sup>119</sup> Ahora bien la presencia tan relevante de Principios y de cláusulas abiertas en los nuevos textos Constitucionales de nuestra región conlleva el reto de aplicar bien tales disposiciones, lo que supone al menos las siguientes cuestiones: **(I)** dotar de sentido concreto, aplicable a casos concretos, a esas cláusulas abiertas, semánticamente vagas e indeterminadas,<sup>120</sup> **(II)** la aplicación compleja tendiente a dotar de sentido a las normas abiertas, presupone en exigir construir una buena Teoría de la Argumentación. Una teoría que permita a los aplicadores de las normas jurídicas ser capaces de operar en la práctica con conceptos y técnicas interpretativas tan sofisticadas como la Proporcionalidad y Ponderación. La concretización Constitucional como la Argumentación da lugar a la función de Jueces Activistas.

El Activismo Judicial no significa, que el juez puede sustituir con su criterio personal las decisiones que ha tomado el Constituyente; al contrario, lo que significa simplemente el Juez toma todas las

<sup>119</sup> **ORTÍZ-ORTÍZ, RAFAEL.**, *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos*, Editorial Frónesis, Caracas, 2004, P.559.

<sup>120</sup> **GUASTINI, RICCARDO.**, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 6° Edición, México, Porrúa, UNAM, 2004, pp.57, sobre la ambigüedad y la vaguedad de las normas jurídicas en general, así como sobre las dificultades que comportan para la interpretación.

normas Constitucionales, en serio y las lleva hasta el límite máximo que permite su significado semántico, a fin de proteger con la mayor extensión normativa y fáctica los Derechos Fundamentales (en especial el aspecto político). Precisamente, el Activismo será más marcado en materia de Derechos y mucho más moderado cuando se trate de cuestiones relativas a la División de Poderes, el Activismo Judicial no deviene o surge de una postura académica o ideológica, sino que es parte del modelo mismo de la Democracia Constitucional, tal como se le entiende al menos desde el surgimiento del Neoconstitucionalismo.

La Democracia Constitucional debe contar con Jueces vigilantes, custodios intransitables e intransigentes de los Derechos Fundamentales; Jueces que estén dispuestos y bien preparados para llevar las normas que prevén tales Derechos hasta las últimas consecuencias, maximizando su contenido normativo.<sup>121</sup> Si revisamos el casos más conocidos de Activismo Judicial, podemos identificar claramente las enormes aportaciones que han hecho los Jueces que lo personifican; si recurrimos a los ejemplos históricos más conocidos veremos que las etapas de fuerte Activismo Judicial se han dado sobre todo en relación a los Derechos Fundamentales (Precedentes Judiciales de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, sobre segregación racial o aspectos económicos y políticos en la actualidad); Los Jueces Activistas han concentrado su actuación en generar las condiciones para reconocer una dimensión fuertemente normativa a los Derechos Fundamentales.

El Activismo Judicial ha permitido alcanzar lo que algunos teóricos han denominado *“la Revolución de los Derechos”*,<sup>122</sup> pero lo interesante (para la Teoría General del Derecho Constitucional y, sobre todo, para la Teoría Constitucional Latinoamericana), es que tal revolución ha sido acompañada por elementos adicionales. En otras palabras, el Activismo Judicial es una condición o elemento esencial para la revolución, este es una condición o elemento esencial para la Revolución de los Derechos si atendemos a la evidencia histórica disponible, pero no el único. Hay que contar además con buenas declaraciones de derechos, son marcos institucionales que permitan “activar” la actuación de los Jueces (acciones populares, legitimación activa amplia, Judicialización de la Política), con una fuerte conciencia social alrededor de los Derechos. Es

<sup>121</sup> FEOLI VILLALOBOS, MARCO., *El nuevo protagonismo de los Jueces: una propuesta para el Análisis del Activismo Judicial*, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Vol.22, numero.2, 2015, pp.173-198, fecha de recepción: 26 de noviembre de 2014, fecha de aceptación: 27 de febrero de 2015, por la Universidad de Salamanca.

<sup>122</sup> EPP, CHARLES R., *The Rights revolution, Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1998.

importante la conciencia social alrededor de los Derechos y la correspondiente existencia de un fuerte “Activismo Social” para su defensa.

En efecto, al margen de los alcances que puede tener una Judicatura decidida a llevar hasta sus últimas consecuencias la Interpretación Constitucional, lo cierto es, que los jueces no deberían de ser los únicos y ni siquiera los más destacados intérpretes de las Constituciones. La Interpretación Constitucional debe correr a cargo, como lo ha señalado Peter Haberle, de una Sociedad Abierta de los Intérpretes Constitucionales;<sup>123</sup> en este sentido, podemos constatar que las experiencias de fuerte Activismo Judicial suelen estar acompañadas de ciertas dosis de “Activismo Social”, mayor o menos dependiendo del contexto de que se trate, pero casi siempre presente; ese activismo cancelaría las críticas que sostienen que la actuación Garantista de los Jueces contienen riesgos anti-democráticos.<sup>124</sup> Nos expresamos en la idea que un Activismo Judicial Positivo.

El Activismo Judicial como una relación que establecen los Jueces con las personas y con los otros Órganos del Estado, a partir de una decisión caracterizada por delimitar los alcances de las Ley, estableciendo significados que no surgen de la literalidad de las normas, y que se incluyen en la definición de políticas públicas o la invalidación de las decisiones, de las políticas públicas creadas por los otros órganos estatales. El núcleo esencial del Activismo Judicial reside en que los Jueces su visión Judicial prevalecerá frente a los otros Poderes del Estado.

No dudamos que, el Constitucionalismo Democrático y Garantista se sigue construyendo; parte de esta construcción es un esfuerzo para cerrar la brecha entre lo que ordenan las normas y la realidad, es necesario que los Jueces Constitucionales utilicen todas las herramientas necesarias que están a su alcance para hacer realidad los Derechos Fundamentales, advertimos que no significa sustituir al legislador ni permitir que se resuelvan por encima del derecho vigente. El Activismo Judicial que se quiere es riguroso, enmarcado en la Constitución, desde luego, que sea capaz de aprovecharla por completo y llevarla hasta sus últimas consecuencias, basándose en la Democracia Constitucional.

<sup>123</sup> **HABERLE, PETER.**, *El Estado Constitucional*, México, UNAM, 2201, pp.149 y siguientes.

<sup>124</sup> **EPP, CHARLES R.**, *The Rights revolution, Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1998, cit., p.5.

### 3.2.1 LEGITIMIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL EJERCICIO ACTIVISTA JUDICIAL.

Empezamos en destacar la tendencia Contemporánea en el Derecho hacia la “Judicialización” de los procedimientos electorales, con el objeto de que cualquier conflicto que surja sea resuelto conforme a Derecho y de acuerdo con los Principios de Constitucionalidad y Legalidad, más no según los criterios ampliamente discrecionales de la oportunidad y negociación política;<sup>125</sup> lo anterior no solo respecto de los resultados electorales, sino de controversias durante la etapa de preparación de la elección e incluso, con motivo de procedimientos internos en los partidos políticos para seleccionar sus dirigentes y candidatos a cargos de elección popular o para la imposición de sanciones a sus afiliados.

Lo anterior puede llevar a la *impugnación ante la Justicia Constitucional*, las funciones del Tribunal Electoral o la esfera de los partidos políticos en la realidad social, con funciones administrativas y/o jurisdiccionales, son impugnables, por cuestiones de Inconstitucionalidad, ante la Justicia Constitucional, que se le encomienda a la Corte Suprema de Justicia, en específico a los Tribunales Constitucionales. Lo anterior es relevante a partir del precedente Judicial de la sentencia recaída al caso Castañeda Gutman,<sup>126</sup> en el que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció como estándar interamericano el Derecho de toda persona a cuestionar por vía Jurisdiccional, en casos concretos, la Constitucionalidad o convencionalidad de cualquier ley que presuntamente violente algún Derecho Fundamental Político-Electoral.

En este sentido, al Órgano Constitucional competente en materia electoral es el Tribunal Supremo Electoral, le corresponde establecer propiamente parámetros Constitucionales dentro de los cuales es el organismo Constitucional encargado de organizar las elecciones; ejerce su potestad, sin pretender enmendar los criterios de actuación establecidos por este, tendiendo presente que el Órgano Jurisdiccional no es el previsto en la Constitución para administrar los comicios, solo en los casos excepcionales se corrija por el Órgano Jurisdiccional por medio del Control de Constitucionalidad, la legalidad de sus actuaciones o por medio de amparos vulneración los

<sup>125</sup> Cfr. ARAGÓN REYES, MANUEL “Legislación Electoral comparada y garantías jurídicas del proceso electoral”, *Elecciones y democracia en America Latina*, San José, Costa Rica, IIDH-CAPEL, 1988, p. 106, y Fix-Zamudio, Héctor, “Introducción a los recursos en el contencioso electoral”, *Manual sobre los medios de impugnación en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*, México, IFE-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p.8.

<sup>126</sup> CIDH, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 6 de agosto de 2008.

Ciudadanos que gocen plenamente en la protección de los Derechos Políticos-Electorales involucrados; Es necesario que los Tribunales resuelvan con base en razones jurídicas y sean capaces de explicarlas constituye, a juicio de Ronald Dworkin, uno de los rasgos más reconocidos de la Jurisdicción, del cual depende la “Legitimidad de la Jurisdicción, como instrumento de Gobierno.”<sup>127</sup>

Por parte de la Sala de lo Constitucional, debe esforzarse por avanzar en la construcción de su propia Legitimidad Democrática a través del fortalecimiento de la Argumentación Jurídica de sus resoluciones, elevando la calidad de las motivaciones; el Magistrado, Juez o Tribunal está obligado a fundar sus decisiones en razones jurídicas, esto es, en lo establecido en la Constitución y la ley. Hay que estar consciente de que la Legitimidad de los Tribunales no reposa en el consenso ni la representatividad política sino en la aceptabilidad racional de la motivación jurídica de sus decisiones.<sup>128</sup> Los conflictos electorales, aun cuando tengan un carácter político, se deciden jurídicamente, mediante métodos jurídicos y razones jurídicas establecido en la Constitución y la Ley Electoral conocido por Jurisdicción sobre materia política, de ahí la importancia fundamental que cobra la argumentación Jurídica, particularmente de los Tribunales Constitucionales, como lo establece Manuel Atienza, *“es el poder que se somete a la razón, y no la razón al poder”*.<sup>129</sup>

Analizamos que la Legitimidad Democrática de la Sala de lo Constitucional se transfiere de manera indirecta de los Diputados a los Magistrados, en el momento en que el pleno Legislativo recién conformado elige un tercio de los Magistrados. Así, estos Jueces, miembros del Órgano Judicial, poseen Legitimidad cuando su elección es consecuencia de la voluntad popular expresada a través del voto, en cada ocasión en la que el pueblo elige a los Diputados de la Asamblea Legislativa. Todo el poder público emana del pueblo –art. 86 Cn-. Los Órganos del Estado necesitan tener Legitimidad Democrática para ejercer sus atribuciones y competencias. Ahora bien, la Legitimidad Democrática no se fundamenta de la misma forma en los distintos Órganos Constitucionales, pues ello dependerá de su naturaleza; la Legitimidad del Órgano Judicial –la Corte Suprema de Justicia y los Jueces en general- se legitiman, no por una manifestación popular directa, sino por ser “independientes”. El Principio de Independencia Judicial, se deduce la obligación explícita de estar

<sup>127</sup> “Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?”, *New York Council for the humanities Scholar of the Year Lecture 2000*, Nueva York, 11 octubre de 2000, p.6

<sup>128</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, EDUARDO., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edición, Madrid, Civitas, 2001, p. 178.

<sup>129</sup> ATIENZA MANUEL., *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 309 y 310.

“sometidos exclusivamente a la Constitución y las Leyes” -art. 172 inc. 3 Cn-. El poder de los Jueces deviene de la voluntad que constituye el Ordenamiento Jurídico.

La Legitimidad Democrática de los Magistrados manifestada en la Independencia Judicial, adquiere sentido en la medida en que se someten única y elusivamente a la ley, expresión jurídica de la voluntad general.<sup>130</sup> De esa manera, son independientes de cualquier influencia e intérpretes particulares; en síntesis, la Constitución le reconoce, a la Corte Suprema de Justicia, un carácter eminentemente jurídico: los Magistrados no representan intereses sociales coyunturales, sino “lo más relevantes corrientes del pensamiento jurídico” –art. 186 inc. 3 Cn-, por otro lado el Magistrado no se legitima en el acto de su nombramiento, sino también en el ejercicio del mismo. Como establece Pérez Royo “el Juez tiene Legitimidad Democrática porque, cuando actúa, dictando cualquier resolución (Sentencia, auto, providencia...), no es su voluntad la que se impone, sino lo que se impone es la voluntad general”.<sup>131</sup> En definitiva, la Legitimidad Democrática de los Magistrados de la Corte no es indirecta por su forma de elección; más bien, es invisible por su fundamento.

Por otra parte, se debe desarrollar aspectos procesales o “debido proceso”, garantizando en que los Tribunales resuelvan con base en razones jurídicas y sean capaces de explicarlas constituye, a juicio de Ronald Dworkin, uno de los rasgos más reconocidos de la Jurisdicción, del cual depende la “Legitimidad de la Jurisdicción, como instrumento de Gobierno”, Se trata del Principio de Justificación, característico del sistema jurídico contemporáneos: como advierte Carlos Alchourrón, “*Una decisión judicial requiere un fundamento o razón y los Jueces deben exponer las razones de sus decisiones*”; Probablemente esto es lo que Hamilton tenía en mente cuando en *El federalista* escribió que si bien el Poder Judicial no tiene poder de la espada, no el poder de la bolsa, tienen el poder del “discernimiento” (*judgement*). Y hablar de “discernimiento” es hablar de Razón, de Razonabilidad, de Justificación, de Argumentación Jurídica convincente.<sup>132</sup>

<sup>130</sup> ESCALANTE, MANUEL., La (in)constitucionalidad en la elección anticipada de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, artículo revista Estudios Centroamericanos, Vol. 67, número 729, Universidad Centroamericana “Jose Simeón Cañas, San Salvador, El Salvador, año 2011, Pág. 186

<sup>131</sup> PÉREZ ROYO, JAVIER., Curso de Derecho Constitucional, 11° Edición, Revisada y puesta al día por Manuel Carrasco Duran, Marcial Pons. 2007. Pág. 761

<sup>132</sup> VELANDIA CANOSA, EDUARDO ANDRÉS., *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Vol. 2, VC Editores Ltda., Bogotá, Colombia, Marzo de 2011, pág. \_\_\_\_.

La necesidad de que los Jueces expongan razones de sus decisiones deriva del Principio de Publicidad, que conforme con Kelsen y Bobbio—prevalece la Democracia, Kelsen sostiene que: “la tendencia a desvelar los hechos es típicamente Democrática en los fundamentos de la Democracia.”<sup>133</sup> Analizamos que gracias a la Interpretación, la Justicia Constitucional ha logrado entrar al debate político, aunque los Jueces se encuentren ante el cuestionamiento sobre su Legitimidad Democrática para decidir causas en contra del resto de los Poderes Públicos y el predominio del Positivismo Jurídico por largo tiempo, por derivación del Estado Liberal burgués y dejar de lado el valor normativo de la Constitución, pero gracias a los antecedentes anteriores sirvieron para afianzar a la Justicia Constitucional como factor necesario en la Democracia y la misma protección de los Derechos de los Ciudadanos.

Establecer los antecedentes sobre algunos excesos del Poder Ejecutivo y Legislativo, que en la mayoría de veces comparten la misma tendencia política, generan desequilibrios que imponían las mayorías electorales frente a las minorías. Si comprendemos ese enfoque *Democracia no solo es el tipo de gobiernos producto de las mayorías electorales*, lo anterior produce cuestionamientos a la efectividad de la Democracia, muchas veces marcada en un ejercicio abusivo de ciertos grupos de dominio o elites políticas. Citamos al profesor Casal, “...el funcionamiento de la Democracia presupone que dicha mayoría no se apropie de la soberanía popular que corresponder al pueblo en su conjunto...”<sup>134</sup> como nos hemos conducido la esencia de la Democracia aceptando la decisión de la mayoría, respetando a las minorías; ante estas distorsiones, corresponde a la Justicia Constitucional un *protagonismo activo* de esta contienda social, bajo la perspectiva de la Universalidad de los Derechos Fundamentales, por ejemplo no, es posible hacer un proyecto de Ley, interpretar la norma, decidir un asunto, sin entender la pluralidad de la sociedad y la condición humana, enfatizamos las normas son abstractas pero se aplican a seres humanos.<sup>135</sup>

El concretar un verdadero Estado Constitucional de Derecho se inicia la *Legitimidad de la Justicia Constitucional*, relacionado Estado de Derecho con Democracia, expresada esa esta relación, por los diferentes elementos, el sometimiento al Imperio de la Ley, distribución de competencias, régimen de libertades, respeto a las mayorías electorales como a las minorías no representadas en

<sup>133</sup> HANS, KELSEN., “*Escritos sobre la democracia y socialismo*”, Madrid, España, Editorial Debate, año 1988, ISBN 9788474443158 p. 246.

<sup>134</sup> SARTORI, GIOVANNI., *Teoría de la Democracia*, Alianza Editorial, Volumen I, Madrid, España, 1988, p. 55 y ss.

<sup>135</sup> VELANDIA CANOSA, EDUARDO ANDRÉS., *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Vol. 2, VC Editores Ltda., Bogotá, Colombia, Marzo de 2011, pág. 313.

una sociedad plural, es más que real que ninguno de los actores de poder, cederá unilateralmente en la imposición de sus ideas, ahí entra el Poder Judicial en su ejercicio lograr el equilibrio de todos los factores del poder.

Para determinar los alcances de la Legitimidad Judicial, el profesor Courtis, establece: el Juez contaría con instrumentos para ganarse la legitimidad como por ejemplo la transparencia y la publicidad de sus actuaciones, la independencia de criterio, de calidad argumentativa de las decisiones, la evolución de la Jurisprudencia sobre Derechos Fundamentales o la sensatez que asuma de cada a cuestiones que favorezcan el debate de la opinión pública, sino se cumple con lo anterior la Legitimidad se debilitaría frente a la ausencia de Fundamentación de los pronunciamientos judiciales.<sup>136</sup>

Estudiemos la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, sobre la Legitimidad Constitucional; Al realizar el análisis liminar de la pretensión planteada por la parte intervinientes en los procesos de Inconstitucionalidad, por lo general argumenta sobre sus pronunciamientos sobre el Objeto de Control del proceso siendo necesario que exponga las consideraciones sobre las razones jurídico-normativas que habilitan el conocimiento del Control de Constitucionalidad, presentando dos referencias, la primera , Inconstitucionalidad 49-2011, sobre la cual se declara Inconstitucional el Decreto Legislativo n° 762, de 16 de junio de 2011, mediante la cual la Asamblea Legislativa se pronuncia sobre la elección de la Presidencia y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, periodo 2011-2014; la Segunda Inconstitucionalidad 16-2011 declara a la Sala de lo Constitucional como un verdadero Tribunal Constitucional, argumentando las resoluciones anteriores su Legitimidad Constitucional , para conocer el objeto de control, siendo los siguientes:

[...] La actividad que la Sala de lo Constitucional realiza para efectivizar estos límites constitucionales implica también el control de dichos actos. Lo determinante –en efecto- es el establecimiento de límites constitucionales que, ante su posible infracción, sean actualizados por la jurisdicción constitucional. Esto robustece la idea que no es la Sala la que limita al poder político del Estado, sino que la controla legítimamente por mandato Constitucional. Ya que no se pueden dejar zonas exentas del control, este Tribunal ha afirmado su competencia y fallado en casos como las elecciones de segundo grado. En efecto si la Constitución determina tanto los modos de producción como los contenidos y requisitos materiales del Derecho, en cualquier escala de las jerarquías y

<sup>136</sup> COURTIS, CRISTHIAN., “La legitimidad del Poder Judicial ante la ciudadanía”, en Nexos, número 329, mayo, México, 2005, p. 37.

competencias normativas, una ley o decreto que no satisfaga lo que la Constitución establece no puede pertenecer validamente al ordenamiento jurídico **Inc. 49-2011.-**

[...] 1. Dada la Legitimidad cualificada de la Constitución, como emanación del Poder Constituyente, ella se convierte en el parámetro de validez de la ley. Primero como supremacía política (por su origen), y luego como supremacía jurídica (ya no sólo el Ejecutivo y el Judicial se encuentran sometidos al imperio del Derecho, sino también el Legislativo) **Inc. 16-2011.-**

La Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional reitera que el Objeto del Control del proceso de Inconstitucionalidad incluye las actuaciones realizadas por los Órganos del Estado en el ejercicio de competencias directamente atribuidas por la Constitución. Aunque se trata de actos concretos, son actuaciones que tienen a la Constitución como único fundamento normativo y, por tanto, admiten como parámetro de Control los límites-formales y/o materiales- que ella establecer.<sup>137</sup>

Concluimos en esta etapa del presente trabajo se encuentra superado el debate<sup>138</sup> que los Jueces Constitucionales no tienen “*legitimidad*” por no ser designados en primer grado electoral. Ahora, el problema se centra en el tema del *Control de Constitucionalidad*. Las Cortes deben de dar repuesta, en el marco de las ideas de la voluntad de las mayorías en los diferentes argumentos o situaciones que se presenten en el contexto Jurídico-Social: porque el Legislador se equivocó al crear la norma y aprobar el proyecto de Ley; porque la Constitución por su indeterminación y textura abierta y misma pluralidad, en ocasiones no respetado por el Legislador, ello conlleva aplicar el Garantismo de la representación de la Ciudadanía, en ese orden de ideas, no es difícil entender las tensiones/fricciones que se originan entre el Poder Legislativo, Ejecutivo y el Poder Judicial.

Por consiguiente, el Control del Poder se concibe como necesario para evitar excesos. Para finalizar aclaramos que la Justicia Constitucional se oriente a la realidad política del Estado, es distinto a la justicia politizada (Jueces con perfil y orientación política) ya que es perjudicial al sistema Democrático, porque deslegitima la Justicia Constitucional.

<sup>137</sup> Véase **Inconstitucionalidad 4-2019**, la cual declara improcedente la demandada sobre declarar Inconstitucional el Decreto Legislativo sobre la elección del cargo de Fiscal General de la República, periodo 2019-2022, al Abogado Raúl Ernesto Melara Moran.

<sup>138</sup> Sobre esta polémica véase: **EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional***, Editorial Civitas, Madrid, 1993, pp.157 y ss.; Mauro Capelletti, *Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional*, en: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 559 y ss.

### 3.2.2 ACTIVISMO JUDICIAL Y JUDIALIZACION DE LA POLITICA COMO EXPRESION DEL PROTAGONISMO JUDICIAL.-

Explicar de Activismo Judicial, Judicialización de la Política o de Expansión del Poder Judicial conlleva obligatoriamente en pensar en Estados Unidos de Norteamérica; por los antecedentes históricos, el Juez estadounidense se convierte en el modelo de una magistratura protagonista, implicada, de diversas formas ya sea en la políticas públicas con los otros Poderes del Estado.<sup>139</sup> El porqué de su relevancia responde a aspectos de la realidad. Sé es Juez en un contexto determinado, factores como cultura política, ciudadanía, ejercicio del poder y demás, son específicos; dicho esto es un hecho que la Corte Suprema de Estados Unidos sea considerada el ejemplo más claro de una Judicatura protagonista en la toma de decisiones, como referente influyente como precedente Judicial, replicado en nuestro Tribunal Constitucional Salvadoreño.

La instauración de su elemento más relevante, la *Revisión Judicial de las normas (Judicial Review)*, como elemento primario es fundamental. Además citamos las siguientes tres razones<sup>140</sup>, primero, los límites al poder de la Corte Suprema se fundan en razones de Legitimidad Democrática; segundo, la Constitución Norteamericana es muy general, con formulaciones vagas e imprecisas que han facilitado sé que cree la cultura Constitucional muy robusta que se hizo que muchos actores en la definición de los Valores recogidos en la Constitución Política y en tercer lugar es referente al sistema político y, en particular, al sistema de partidos. En Estados Unidos funciona un fuerte sistema bipartidista (Republicanos y Demócratas); al analizar los precedentes anteriores es la Corte Constitucional más celebre y protagonista modelo beligerante en influir y revertir las decisiones de los otros Órganos Estatales. Las anteriores es un resumen puntual para entender las bases de los temas a estudiar.

Es importante establecer que los términos conceptualmente son diferentes, pero muy relacionados entre sí; los conceptos tienen en común referirse al mismo fenómeno, la relevancia que ha ido adquiriendo los Jueces y su protagonismo, mediante la *Legitimidad Democrática del Control Judicial*. Examinando la expresión Activismo Judicial, observamos en ocasiones se maneja la

<sup>139</sup> **FEREJHON, JOHN.**, *Judicialización de la política, politización de la ley*: Ferejohn (John), Ansolabehere (Karina), Dalla Vía (Alberto Ricardo) y Uprimny (Rodrigo). *Los Jueces y la política*, Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, Colombia, 2008, p.11.

<sup>140</sup> **LANDAU, DAVID.**, *Political Institutions and judicial role in comparative constitutional law*, Harvard International Law Journal, Volumen 51, número 2, 2010, p.320.

noción equivalente de Judicialización de la Política; sin embargo, en la presente investigación, consideramos necesario darles un tratamiento diverso, ya que el objetivo es describir un comportamiento institucional distinto en su justificación de actuación.

Las Democracias Contemporáneas comparten el Principio de Independencia del Juez, y el Principio de Imparcialidad junto a garantías que aseguran a las partes el respeto de estos Principios y la protección de los Derechos Fundamentales; en cuanto al modo de ejercer y repartir el poder de lo que en buena medida depende la posición en la que se coloca al Juez. Los Jueces Constitucionales se han expandido en influencia en la sociedad actual, lo anterior representa un cambio en el funcionamiento tradicional de la Justicia y de los sistemas políticos. Es importante entender el nuevo rol de la magistratura; admitir que los Jueces Constitucionales, participan más activamente en la solución de grandes cuestiones que constituyen un hecho inconvertible. Los hechos describen una relación entre los Jueces y los otros Órganos del Estado, que el carácter político de los Jueces no es algo episódico ni contingente, sino una conducción profundamente intrínseca del ejercicio de la Función Jurisdiccional.<sup>141</sup> Por ello, se han instalado nuevos conceptos en el Derecho y la Ciencia Política, como Activismo Judicial y Judicialización de la Política.

Definamos en que consiste la Judicialización de la Política, citamos al profesor Uprimny, él, indica en que consiste "...ciertos asuntos (...) habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraban propios de la política democrática, empiezan crecientemente decididos por los jueces, o al menos fuertemente condicionados por decisiones Judiciales, lo cual implica, a su vez, que muchos actores sociales empiezan a formular sus demandas en términos jurídicos y Judiciales..."<sup>142</sup>.

En síntesis Judicializar es lograr mediante una Sentencia resolver cuestiones que antes pertenecían a competencias de otros Poderes del Estado, mediante la cual los Jueces o las Cortes, amplían en la participación de Políticas Públicas o asuntos políticos, que se resuelven a través de procedimiento judiciales, en si la Judicialización de la Política es la consecuencia de limitar y racionalizar los conflictos políticos a través de la vida del Derecho.

<sup>141</sup> **ORDÓNEZ SOLÍS, DAVID.**, *Jueces, derecho y política: los poderes del juez en una sociedad democrática*, Editorial Arazandi, Navarra, 2004, P.33.

<sup>142</sup> **UPRINMY YEPES, RODRIGO.**, *La Judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos*, en Ferejohn (John), Ansolabehere (Karina), Dalla Vía (Alberto Ricardo) y Uprimny (Rodrigo). *Los Jueces y la política*, Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, Colombia, 2008, p.81-82.

Los factores que generan esa Judicialización pueden definirse en lo siguiente: el aumento de las decisiones Judiciales en los procesos políticos y sociales, el activar el Órgano Jurisdiccional para resolver estos conflictos políticos en los Tribunales, la fundamentación de la Legitimidad mediante la representación argumentativa,<sup>143</sup> sobre la base de conceptos legales de los Derechos Fundamentales; y ciertos sectores de la sociedad activan los mecanismos legales para articular a través de demandas Judiciales, la protección y garantía de interés económicos, políticos o sociales.

La finalidad de esa Judicialización de la Política es asumir el nuevo protagonismo de los Tribunales en asumir un perfil más alto, lo que les ha permitido participar en importantes debates políticos y sociales y por otro lado, que exista un crecimiento del uso de la ley y del discurso jurídico por parte de los Ciudadanos. Cada vez es más frecuente la oposición política, los Ciudadanos y los Movimientos Sociales de englobar sus luchas en el lenguaje del Derecho y activen la Función Jurisdiccional, para el avance, protección o garantía para el avance de ellas.<sup>144</sup>

En síntesis la Judicialización de la Política legitimara la actuación de la Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia, siempre y cuando su Competencia Funcional se limite a controlar a petición de los Ciudadanos de todas las actuaciones que los Funcionarios de Estado o Particulares realizan en cumplimiento de la Constitución; así mismo, se legitima cuando tiene por Pretensión crear un sentimiento de respeto hacia la jerarquía Constitucional.

Hablemos de Activismo Judicial, el catedrático italiano Mauro Cappelletti, de Filosofía del Derecho define el activismo judicial en una clase de interpretación tendencialmente libre de todo vínculo textual que favorece la libre creación del Derecho por parte de los Jueces con el propósito de adaptar los contenidos Constitucionales a las necesidades de la vida real; lo anterior se asienta en tres elementos: el valor de la congruencia del Derecho con una conciencia social, el valor de una metaética utilitarista –los Jueces deben de colaborar con una mejor distribución de los

<sup>143</sup> **ROBERT ALEXYY.**, establece la *democracia deliberativa* en un modelo de inclusión de la decisión de las mayorías en un modelo democrático puramente decisionista y la argumentación, ello se torna en deliberativa, dado en aspectos que el Poder Legislativo y los ciudadanos tienen características decisionista pero también argumentativa o discursiva; y los Tribunales Constitucionales solo tiene una representación argumentativa.

<sup>144</sup> **COUSO, JAVIER; HUNEEUS, ALEXANDRA Y SIEDER, RACHEL.**, eds. *Cultures of legality: judicialization and Political activism in Latin America*, Cambridge University Press, New York, 2010, pp.8-9.

recursos-, el valor del deber Constitucional de proteger los Derechos de los Ciudadanos y de las minorías contra las mayorías.<sup>145</sup>

Sintetizando en esta etapa de la investigación comprendemos el Activismo Judicial como ciertos comportamientos Jurisdiccionales en anular decisiones, a través del Control Judicial, de las decisiones tomadas por los Poderes del Estado, también cuando los Jueces, al aplicar las normas se puedan apartar de su contenido textual o literal; entender conceptualmente el Activismo Judicial positivo o negativo se reflejara en las posturas de actuación (democrático o antidemocrático), en esta etapa de la investigación dado los puntos de vista de diferentes autores nos permite establecer la siguiente definición:

Activismo Judicial es una relación que establecen los Jueces con las personas y con los otros Órganos del Estado, a partir de una decisión caracterizada por delimitar los alcances de las Ley, estableciendo significados que no surgen de la literalidad de las normas, y que se incluyen en la definición de políticas públicas o la invalidación de las decisiones, de las Políticas Públicas creadas por los otros Órganos Estatales.

El núcleo esencial del Activismo Judicial reside en que los Jueces su visión Judicial prevalecerá frente a los otros Poderes del Estado. ¿Cómo se expresa la Judicialización de la Política en la esfera Judicial? en resumen, dar a las cortes un determinado control sobre los otros Órganos públicos, para la resolución de asuntos que antes se ventilaban en el ámbito del Poder Legislativo o Ejecutivo. Es un hecho generalizado que ha generado controversia en los países sin fuerte tradición de modelos de *Judicial Review*, en sus Cortes Constitucionales su ejerce mediante el desplazamiento de la Judicialización de la Política.<sup>146</sup>

Dimensión Institucional:

- Poderes del Estado u otros Órganos políticos cuestionan decisiones de los otros Poderes ante las Cortes.
- Poderes del Estado están obligados a someter sus decisiones al refrendo de las Cortes.

<sup>145</sup> VOLCANSEK, MARY., Judicial Activism in Italy, en: Holland (Kenneth). Óp. Cit. P. 117. La noción del juez como formulador de políticas públicas también aparece en: Baum (Lawrence), *America Courts: Process and Policy*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1990, p.327.

<sup>146</sup> FEOLI VILLALOBOS, MARCO., *Activismo Judicial y Justicia Constitucional: Los Casos de Colombia y Cota Rica*, Tesis para optar al grado de doctor de La Universidad de Salamanca, Salamanca, Septiembre de 2012, pag.122.

- Partidos políticos acuden a las Cortes para cuestionar la Constitucionalidad de ciertas decisiones tomadas por la mayoría en el Legislativo y el Ejecutivo.

#### Dimensión Ciudadana:

- Las personas individualmente o a través de grupos organizados plantean ciertas demandas ante las Cortes en vez de acudir a los otros Poderes.

El desplazamiento al que se hace alusión se fundamenta en dos dimensiones; la institucional ocurre cuando las decisiones de los otros Poderes del Estado pasan por un filtro del Poder Judicial, en ella se incluye los mecanismo que se crean, por ejemplo de Justicia Constitucional, a través de los Órganos Estatales o Partidos Políticos pueden cuestionar decisiones de los otros Poderes para que los Jueces examinen, y también las decisiones que obligatoriamente, por mandato Constitucional han de pasar por un examen Jurisdiccional.

La segunda dimensión ciudadana se da cuando las personas individualmente o por medio de grupos organizados, objetan también decisiones del Estado ante los Jueces o cuando articulan sus intereses a través de demandas que llevan ante las Cortes para que sean resueltas por la Magistratura.<sup>147</sup> Por otra parte, el Activismo Judicial se expresa en la Judicatura de la siguiente manera: para Pasara la necesidad de que los Jueces asuman un papel protagónico en el proceso de cambio social, una Magistratura Activista se expresa a través de tres formas:

1. Hace una interpretación de la norma que no se restringe a la literalidad;
2. Expresa su preocupación por resolver, a través de la decisión Judicial, un conflicto que trasciende a su formulación legal.
3. El empeño por ir más allá de la resolución del caso concreto a través del diseño de políticas de estado que no han sido establecidas por el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo.<sup>148</sup>

<sup>147</sup> **FEOLI VILLALOBOS, MARCO.**, *El nuevo protagonismo de los Jueces: una propuesta para el Análisis del Activismo Judicial*, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Vol.22, numero.2, 2015, pp.173-198, fecha de recepción: 26 de noviembre de 2014, fecha de aceptación: 27 de febrero de 2015, por la Universidad de Salamanca.

<sup>148</sup> **PÁSARA PAZOS, LUIS.**, “*Estado de derecho y justicia en America Latina*”, Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la Republica, tomo 1, número 2007, Perú, P.320.

Concluimos que la Judicialización de la Política es la consecuencia de limitar y racionalizar los conflictos políticos a través de la vida del Derecho.

Es un hecho que la Justicia Constitucional en ocasiones deba resolver los conflictos electorales que los Ciudadanos o Partidos Políticos le presenten orientado a la realidad política del Estado que los demás Órganos Políticos no lograron sustentar la conformidad de los partes en conflicto. Ejercer el desplazamiento de la Judicialización de la Política al Poder Judicial en sus dimensiones institucionales o del Ciudadano llegando a definir las relaciones entre los Poderes y cómo influye en la Sociedad; así los Jueces independientes, con una misión de responsabilidad estarán dispuestos a ejercer un Activismo Judicial positivo a la Democracia.

Por otro lado, la Función Judicial podrá corregir en el camino la aplicación de un Activismo Negativo, bajo la idea de Pretensión de Corrección implicando que al realizar la aplicación del ejercicio Activista Judicial y en específico al realizar la Interpretación de la norma, cuando se encuentre frente a diferentes opciones para resolver una determinada pretensión, se elegirá la que garantice de mejor manera los Valores, Principios y Derechos Fundamentales de los Ciudadanos. Siendo necesario las denuncias que realiza la Académica y la Sociedad Civil, en reparar los límites de las Competencias enumeradas y establecidas a Instancia de parte, casos individuales y que la Judicialización de la Política, se encamina en crear un sentimiento de respeto de la Constitución, tanto como gobernantes y gobernados, ningún poder se debe pasar encima de la Constitución como Límite principal en legitimar la Judicialización de la Política, por parte de los Tribunales Constitucionales.

Ahora bien, al analizar las diferentes posturas, establecemos nuestra opinión como grupo de investigación sobre la cuestión, al estudiar y comprender la Doctrina, Teoría y Criterios Jurisprudenciales, para la Judicialización de la Política; entendemos, considerar garantizar el Principio de Seguridad Jurídica, en un Estado Constitucional de Derecho como una categoría Constitucional como Principio, Valor y Derecho Fundamental, en la misión que le ordena al Constituyente en mantener el Orden Constitucional; por parte de la Justicia Constitucional a margen de lo que exprese los Órganos Políticos, buscando en su finalidad en concientizar un respeto a la Constitución, mediante la aplicación de la Corrección Funcional y la misma Justicia como corrección, respetando el Garantismo Procesal, ya que las formas son importantes para

comprender las resoluciones, siempre y cuando se ajusten al mismo límite que es la Constitución; en ese orden de ideas. Comprendemos que la Judicialización de los temas Políticos la Agenda a conocer por parte del Tribunal Constitucional será marcada por los Ciudadanos mediante las Demandas de Control de Constitucionalidad de los objetos, actos u omisiones que los Funcionarios de los diferentes Órganos del Estado se deba de activar la Justicia Constitucional a petición de parte de los Ciudadanos como lo hemos pronunciado fomentar un respeto a la Constitución.

### **3.3 LIMITES DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN LA ACTUACION JUDICIAL CONSTITUCIONAL.-**

El Juez Constitucional como defensor de la Constitución, implica el compromiso, de otorgar mayores facultades, como las de conducir el proceso, reconducirlo por el camino apropiado, teniendo en cuenta que las cuestiones planteadas exceden el interés particular del Ciudadano solicitante de los procesos Constitucionales. Y; por el otro lado, en atención a que se halla comprometido el ordenamiento Constitucional en su conjunto que puso a dichos preceptos como fundamento de la convivencia política de donde surge mayor relevancia del agravio Constitucional en relación a otros conflictos de su Competencia los que quedan desplazados en razón de preferencia que tiene el planteamiento de una cuestión de Constitucionalidad.<sup>149</sup> Puesto que se trata de proceso de defensa de la Constitución y defensa de los Derechos Fundamentales del ciudadano, el Juez Constitucional, conocedor de la Constitución y del proceso Constitucional, debe ser Juez activo, protagonista, director del proceso.

El primer y más importante rol del Juez es la de controlar la Supremacía Constitucional a través del Control de Constitucionalidad, incluso de oficio cuando las partes no lo efectúen. Para ello además de velar como miembro de uno de los Poderes del Estado, de sus funciones específicas con el límite impuesto por la División de Poderes, el Magistrado o Juez debe hacer que se respete el Poder Constituyente y con ello los ideales Constitucionales por sobre todos las cuestiones principales o accesorias de su función. La División de Poderes tiene como misión, al no ser, los miembros del Poder Judicial, representantes ni directos ni indirectos del pueblo, su poder surge de lo establecido por el Poder Constituyente -originario y derivado-; es por ello, que su esencia radica en el bienestar general manteniendo el orden nacional, lo anterior varía según si es un Juez Civil y Mercantil, Contencioso Administrativo, Penal, ya que se es por sobre todas las cosas Juez de lo Constitucional y luego de las leyes que reglamente las materias específicas.

<sup>149</sup> [www.derechoycambiosocial.com/Revista002/Proceso.htm](http://www.derechoycambiosocial.com/Revista002/Proceso.htm). DIAZ RICCI, SERGIO, "Necesidad de un Código Procesal Constitucional" Instrumento de tutela y justicia constitucional, memoria del VII congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM 2002. Consultada el 22 de julio de 2019.

La División de Poderes no puede observarse como un desequilibrio de Poderes en favor del Judicial, ya que si la atribución en si no es negada, carece de consistencia del mismo modo el respeto al principio de supremacía constitucional y la sagrada función de aplicar el Derecho y no la ley Inconstitucional. La pregunta central ¿Cuál debe ser el límite de la actuación de los Jueces cuando toman decisiones que afectan a los otros Poderes del Estado? Consideramos la Función Procesal del Debido Proceso, en caso concreto: es que a petición de parte la Sala, deberá de conocer y resolver solamente de las cuestiones planteadas a objeto de Control Constitucional por los demandantes, en conocer que la Justicia Constitucional empieza con límites y termina con límites Constitucionales; resolviendo sus decisiones los puntos planteados, respetando el Principio de Congruencia, Juez Natural e Independencia Judicial en sus decisiones. Por otra parte, partimos de la concepción que entendemos sobre *Democracia Constitucional*; es necesario dejar atrás la idea del concepto clásico sobre Democracia que se funda en la instauración de Gobiernos producto de la elección de mayorías electorales, y dar pasó a la actuación de Democracia deliberativa en la que los Jueces promuevan una actitud dialógica<sup>150</sup> con los otros Poderes del Estado<sup>151</sup>, en una visión de la Democracia Contemporánea, en la cual su actuación Judicial, es una relación estrecha entre la Magistratura y los otros Órganos Políticos.

Aunado a lo anterior, en una postura de garantizar la Independencia e Imparcialidad Judicial, reforzada en una Democracia cuando su finalidad, es la protección y garantía de los Derechos Fundamentales; mediante sus precedentes Judiciales en la esfera de la *Legitimación Judicial y Democrática*, fomentando en la Cultura Jurídica, el Principio de División de Poderes y garantizando el Estado de Derecho y por supuesto la misma Constitución.

Así las Cortes podrán garantizar la decisión de las mayorías, y a la vez protegen grupos desaventajados (minorías), sus Derechos Fundamentales, en ese orden de ideas, se puede generar cierta unanimidad, respecto a la importancia y convivencia de la actuación Activista en el Estado Constitucional de Derecho fortaleciendo el Poder Judicial, dará paso a un mayor blindaje a las Garantías y los Derechos de las personas tutelados en el ordenamiento jurídico, asegurando la dos bases de una *Democracia Constitucional* “... garantizar los Derechos de los Ciudadanos, y por tanto limitar cada poder político, asegurando la soberanía popular...”,<sup>152</sup> en armonía con la protección Judicial que utiliza los

<sup>150</sup> **ACTIVISMO DIALÓGICO:** Estableceremos por Activismo Judicial dialógico por un tipo de acción jurídica que se impulsa por los Tribunales de Justicia y la sociedad civil buscando *diálogos democráticos* que conduzcan a precedentes judiciales y su ejecución que generen cambios jurídicos-sociales determinados para resolver vulneración de Derechos Fundamentales propios de los conflictos graves y estructurales que sufren los Estados Constitucionales en el cual se ha desarrollado.

<sup>151</sup> **GARELLA, ROBERTO, DOMINGO, PILAR Y ROUX, THEUNIOS.**, *Courts and Social Transformation in New Democracies, an Institutional Voice for the poor?*, primera edición, editorial Routledge, Nueva York, año 2006, Op. Cit. Pp. 274, ISBN 978-0754647836.

<sup>152</sup> **GUARNIERI, CARLO Y PEDERZOLI PATRICIA.** *Los Jueces y la Política: Poder Judicial y Democracia*, Madrid, Editorial Taurus, 1999, P. 27, ISBN 9788430603626

Principios Jurídicos (Independencia Judicial, Pesos y Contrapesos, Discrecionalidad, Legalidad, Democracia Constitucional y demás) para su lograr una verdadero ejercicio Jurisdiccional justo para todos los Ciudadanos.

### **3.3.1 APLICACIÓN DE PRINCIPIOS JURIDICOS EN FUNCIÓN GARANTE DE UN ACTIVISMO JUDICIAL POSITIVO.**

En este apartado desarrollaremos ciertos Principio Jurídicos, los cuales en el trascurso de la investigación, hemos observado su relevancia en la función Activista Judicial. En los últimos años diferentes autores han reflexionado en torno a los Principios Jurídicos, en su relevancia para la construcción de una Teoría del Derecho y el Razonamiento Jurídico. Esta doble dimensión que presentan los principios los convierten en un nexo idóneo para el análisis de las relaciones entre la Teoría del Derecho y la Argumentación. En consecuencia saber dónde dejamos de aplicar mecánicamente el Derecho para comenzar a argumentar.

Nuestro enfoque sobre los principios en este trabajo es “no positivismo Principialista”, que en su tesis fundamental es: que si existen principios en el Derecho, entonces es inviable un concepto positivista del Derecho; si existen principios en el Derecho, entonces existe una relación conceptual necesaria entre Derecho y moral.<sup>153</sup>En el orden de ideas, presentamos lo siguientes Principios Judiciales, encaminados en la garantía de un Activismo Judicial Positivo.

- **PRINCIPIO DE FRENOS Y CONTRAPESOS.**

El Cheks and Balances<sup>154</sup> es un Principio que tiene origen en el Constitucionalismo anglosajón, que la doctrina hispanoparlante le ha denominado comúnmente el principio de “Frenos y Contrapesos” y que consiste en que cada una de las ramas del poder se controlen las unas a las otras, para prevenir que una de estas se convirtiera en suprema. En el caso del Judicial controlan vía revisión de Constitucionalidad. Desde un punto del Activismo Judicial, se debe de generar un autocontrol de sus actos (Órgano Judicial), puesto que el Órgano Judicial, tiene un posición

<sup>153</sup> GASCÓN ABELLÁN, MARINA Y GARCIA FIGUEROA, ALFONSO., *Interpretación y Argumentación Jurídica*, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2010, Pág. 109.

<sup>154</sup> MEJÍA TURIZO, JORGE; PÉREZ CARBALLO, ROBERTO; Artículo Activismo Judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. Autores; Mejía Turizo, Jorge; Pérez Carballo, Roberto; recibido el 12 de diciembre de 2014 aceptado 13 de febrero de 2015; Justicia N° 27—, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla Colombia; pp. 32.

privilegiada, ya que el Juzgador se convierte en legislador, porque cuando controla esta función, indirectamente o directamente crea una regla vinculante *erga omnes* y el Juzgador se convierte en administrador cuando controla esta función, explícitamente adopta políticas públicas u ordena ejecutar una norma con fuerza de Ley. (Sin olvidar los efectos de los fallos y sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada). La idea central del Principio es generar una colaboración armónica entre los Poderes del Estado.

- **PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES.**

La exigencia de dividir al poder constituye y sigue constituyendo un mecanismo obligatorio en la elaboración de cualquier Constitución Democrático-Burguesa.<sup>155</sup> Al lado de la Doctrina de la Soberanía Popular, de los Derechos del hombre y el régimen representativo, la Separación de Poderes se convirtió en la estructura limitante del poder a fin de impedir su abuso, y consecuencia, garantizar la libertad individual. Obedece al ejercicio de diversas funciones por parte del Estado moderno, el hecho de asignar a distintas Órganos determinadas competencias, distribuyéndose así las tareas legislativas, ejecutivos y judiciales, con el objeto de crear dispositivos de separación, de control, de colaboración o de mutua vigilancia entre dichos Órganos.

“División” implica pues, Separación de Poderes en el sentido de que su respectivo ejercicio se deposita en Órganos distintos, interdependientes, y cuya conjunta actuación entraña el ejercicio del Poder Público. Locke afirma que la finalidad primordial consiste en la necesidad de limitar el Poder, convirtiéndose de este modo, la División de Poderes es la principal limitación interna del Poder Público, que encuentra su complemento en la limitación externa de las Garantías individuales. Es de suma importancia que cada Órgano del Estado realice su trabajo competencial establecido por la Constitución, ello genera el fortalecimiento de la Seguridad Jurídica como parámetro del buen funcionamiento del Estado

Enfoquémonos en el aspecto de nuestra investigación la función del Órgano Judicial. Conforme a la independencia Judicial, en virtud al principio de la Supremacía de la Constitución, constituye un deber ineludible de la Justicia Constitucional y el Poder Judicial, en su calidad de guardián de la Constitución y del respeto de los Derechos Sociales e individuales consagrados en ella, así como

<sup>155</sup> VILLANUEVA GÓMEZ, LUIS ENRIQUE., *La División de Poderes: Teoría y Realidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, pág. 160.

de garante del Estado de Derecho, obrar como órgano de control de toda actuación del Estado, con la finalidad de evitar la extralimitación de las instituciones y así asegurar el régimen de Derecho.

- **DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN EL EJERCICIO ACTIVISTA.**

La Discrecionalidad Judicial hace referencia a una serie de cuestiones diferentes y relacionadas: por un lado, a la prudencia y sensatez o buen juicio que debe de acompañar a una decisión y, por el otro, el arbitrio o la voluntad admisibles en ella. Enfoquémonos en el debate acerca del “Activismo Judicial” para situarlo en nuestros coordenados, debe estar ligado al funcionamiento efectivo de los sistemas de Jurisdicción Constitucional concentrados, en que este Activismo se expresa a través de las sentencias del Tribunal Constitucional, que pasan del Control de Constitucionalidad de normas y del obrar de esta Judicatura como “Legislador Negativo”. De esta manera, el Activismo Judicial aparece ligado a la libertad (discrecionalidad) de creación de los Jueces, al protagonismo de los Jueces del servicio de Justicia en que sus sentencias, además de componer el asunto sometido a su competencia, contienen “señales” innovadores a los demás poderes públicos, a los Jueces inferiores u otros órdenes Jurisdiccionales, y la sociedad en general, tendientes a generar un cambio en la legislación, en la Jurisprudencia o las costumbres; “señales” que, según anota Manili, pueden consistir en: <sup>156</sup>

- Crear Derechos, es decir, garantizar la protección de un Derecho no enumerado por ser este considerado de naturaleza Constitucional, ampliando así la nómina de Derechos protegidos.
- Ampliar las garantías procesales para la protección de los Derechos, sea mediante nuevas garantías o mediante la interpretación amplia de las existentes.
- Señalarle al Congreso Nacional la necesidad de una reforma Legislativa en determinada materia.
- Allanar los caminos procesales para facilitar u homologar el accionar del Gobierno, a través de un salto de Instancias.
- Convalidar las normas de emergencia restrictivas de los Derechos Fundamentales.

<sup>156</sup> ZÚÑIGA URBINA, FRANCISCO., *Judicatura y Activismo Judicial*, Estudios Derecho Constitucional, Volumen 73, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2011, Pág. 61

Es inevitable la Discrecionalidad Judicial, ya que se ha reconocido la existencia de lagunas, antinomias y texturas abierta del lenguaje en los ordenamientos jurídicos.<sup>157</sup> Por otra parte, en el desarrollo de la investigación establecemos el criterio de Proporcionalidad al momento de resolver las cuestiones o problemas jurídicos establecidos en las demandas de Control de Constitucionalidad, cuando en ellas convergen Principios, Valores y Derechos Fundamentales en colisión, mediante la aplicación de la Discrecionalidad Judicial. Frente a ese pronunciamiento es necesario establecer como academia, sobre la idea de Ponderación al aplicar el criterio de Proporcionalidad; La anterior, genera críticas en su aplicación. Para establecer la idea a desarrollar nos enfocamos en el cambio de paradigma de la Teoría jurídica, en concreto el Neoconstitucionalismo. La consolidación de un Estado Constitucional de Derecho en la cual, las Constituciones tiene alto contenido normativo, dado esencialmente por la inclusión de catálogo de Derechos Fundamentales y de Principios rectores de la Organización Política, Social y Económica en considerar los Derechos Fundamentales y eventualmente otras partes del texto Constitucional como “Valores” en la argumentación fundante de decisiones Jurisdiccionales y la introducción del “método” de Ponderación<sup>158</sup> para la solución de conflictos entre Derechos Fundamentales y otros Principios Constitucionales (general, proposición de la Ponderación como forma de solucionar la colisión entre Valores).

El método Ponderativo, según Robert Alexy, es un método que llama al Intérprete operativo en apreciar comparativamente el peso de los respectivos Principios concurrente en un caso concreto. Al otorgar de un mayor o menor peso relativo a estos Principios igualmente válidos y “pesados” si se les considera en abstracto, resulta la justificación de la decisión en el proceso de Ponderación. Desde el punto de vista argumental adopta como estándar el Control del ejercicio de potestades Discrecionales.

La demostración de este pronunciamiento de cada elemento del Juicio de Ponderación la aporta Antonio García Amado en su artículo<sup>159</sup> en que, respecto de cada uno de ellos, realiza un análisis de ejemplos paradigmáticos utilizados por el propio Alexy para mostrar la operatividad del Juicio

<sup>157</sup> **HART, H.L.A.**, “*American Jurisprudence Thought English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1983, pp. 123-144.

<sup>158</sup> **ALDUNATE LIZANA, EDUARDO.**, Aproximación Conceptual y Crítica al Neoconstitucionalismo, Revista de Derecho, Volumen. 23, número 1, Julio 2010, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile., pág. 83.

<sup>159</sup> Alexy describe un núcleo de la Ponderación como el juicio relativo a una relación condicionada de precedencia. **ALEXY, ROBERT.**, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, año 1993, Pág. 57.

de Ponderación, y expone el punto de la Argumentación en que ingresa una decisión no justificada, que permite producir una justificación aparente vía ponderación. Así, lo relevante en el Juicio de Idoneidad no es el juicio de adecuación fáctica de la medida al fin perseguido, sino la elección de determinado fin, como perseguido, par realiza dicho juicio, cuestión que queda absolutamente a discreción del Intérprete.

En el caos del análisis de la necesidad, está radicado por un lado, en Valores o Principios que se escogen para enfrentar las correspondientes alternativas que son incluidas, o excluidas del análisis comparativo para llegar a demostrar la afectación emprendida es necesaria. Quedan entregadas a la plena libertad del Intérprete y exentas de deber de Justificación alguna. Respectó del Juicio de Proporcionalidad en sentido es peligroso al darle tanta libertad en decidir bajo el aspecto Discrecional,<sup>160</sup> en darle un peso determinado a un Principio o Derechos Fundamentales. Ahora bien, establecemos la segunda perspectiva, el método de Ponderación permite superar al método de Subsunción propio del Positivismo, reduciendo el método de la Ponderación al debate de una sencilla línea planteada como únicas alternativas extremas –Subsumir o no Subsumir-, la idea de una aplicación subsintiva del Derecho es equivocada por reductiva, ya que refiere a una sola operación lo que son una serie de pasos complejos.

No existe forma ni siquiera para el método Ponderativo, de expresar un juicio final sobre una determinada hipótesis de aplicación del Derecho, que no sea subsintiva. Ante las ideas anterior los pasos que se quieran seguir un ejercicio de *derrotabilidad* de las reglas generales, excepciones y Ponderación de Principios se llega a la conclusión por parte de García Amado, en el Juicio de Ponderación y sus partes, demuestra lo esencial intercambiabilidad del método subsintiva y el método ponderativo, en su trabajo demuestra la estructura subyacente a un razonamiento ponderativo y sustancial equivalencia que se denomina el método subsintiva, con la diferencia que es *“es más apto para que los Tribunales cumplan con los requisitos de una argumentación exigente, pues en él se ven más claros los pasos en que la racionalidad exige argumentación expresa de las decisiones determinantes del resultado final.”*<sup>161</sup> Siendo necesario la Teoría de la Argumentación Judicial y de una Argumentación Interpretativa, cuando la norma ha de construirse

<sup>160</sup> ALDUNATE LIZANA, EDUARDO., Aproximación Conceptual y Crítica al Neoconstitucionalismo, Revista de Derecho, Volumen. 23, número 1, Julio 2010, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile., pág. 83.

<sup>161</sup> GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO., “El Juicio de Ponderación y sus partes. Una Crítica”, en Alexy Robert (coord.), Derechos Sociales y Ponderación, Fundación Coloquio Europeo, Madrid.

sobre la base de textos jurídicos. En conclusión las premisas anteriores no son aceptadas en las Teorías Contemporáneas de la Interpretación, pero es necesario advertir la crítica anterior sobre la aplicación de la Ponderación, como investigadores dejamos a libertad del Intérprete la aplicación.

- **SEGURIDAD JURIDICA COMO VALOR CONSTITUCIONAL.**

La Seguridad Jurídica sin duda se proyecta con mayor intensidad en el ámbito de la actividad estatal y en el ámbito normativo; en el entendido que resultaría inconstitucional la inesperada y arbitraria infracción al marco de competencia de los órganos del poder público. En efecto, la Seguridad Jurídica, en cuanto definidora de un *status* de certeza en el individuo en sus relaciones con el poder público, 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, pues pretende asegurar una cierta estabilidad en la actuación del poder público, en relación con las legítimas expectativas de los ciudadanos y la sociedad en el mantenimiento y permanencia de lo ya realizado.

Desde ese punto de vista, es posible concluir que la certeza, respecto de los Derechos de los individuos y la actuación de las instituciones jurídico-públicas, constituyen las exigencias que la Constitución proclama al referirse a la Seguridad Jurídica como valor objetivo y fundamental. En efecto, esta concreción en el *Principio de Seguridad Jurídica* se desenvuelve precisamente en el campo de la actuación pública y la estabilidad de sus instituciones y su finalidad no es otra que la de erigirse como parámetro de actuación en el proceso decisional de los entes estatales, a fin de poder prever las distintas operaciones o evoluciones de las situaciones jurídicas que se desarrollan a través del reparto de competencias y atribuciones.

La importancia del respeto y fomentación de este Principio es fundamental para eficacia de los Derechos consolidados, extendiéndose sus ámbitos de incidencia objetiva en la estructuración del marco competencial del poder y se manifiesta, en ese sentido, garantizar el Principio de Corrección Funcional y Legalidad, que debe a su vez estar informada por la certeza y claridad normativa de los sentidos del reparto competencial. Según la interpretación de la Sala de lo Constitucional del Art. 131 de la Constitución en el ordinal 21º, le atribuye a la Asamblea Legislativa: “Determinar las atribuciones y competencias de los diferentes funcionarios cuando por esta Constitución no se les hubiese hecho”. Es clara la reserva de ley en esta materia, por lo tanto únicamente por ley se

podrán determinar las atribuciones y competencias de los entes públicos, – Sentencia de 26-II-2004, pronunciada de proceso de Inconstitucionalidad 344-2003.

### **3.3.2 EFECTO ANTIDEMOCRATICO EN LA APLICACIÓN DE UN ACTIVISMO JUDICIAL NEGATIVO O “INCORRECTO”.**

Preliminarmente se ha desarrollado el Activismo Judicial, en el enfoque del impacto en la actual Jurisprudencia Constitucional, para delimitar el tema específicamente en la demanda de Inconstitucionalidad (Control de Constitucionalidad). En los temas sobre Activismo hemos establecido el enfoque del Activismo Judicial Positivo, siendo la postura que adopta el contenido de este presente trabajo. Como pronunciamos anteriormente, el profesor Manili<sup>162</sup> realiza una distinción entre un Activismo “bueno”<sup>163</sup> conciliable con el garantismo, favorable a los Derechos Fundamentales, a las acciones de garantía de derechos y ampliación de la participación ciudadana, frente a un Activismo “malo” en detrimento y vulneración de los Derechos Fundamentales, esta última clase de Activismo que actúa más allá de los límites y vulnera en cierto grado Principios y Derechos Fundamentales.

Antes de dar respuestas al anterior postulado, advertimos la importancia de realizar crítica al establecer categorías de “bueno o malo” en el Activismo Judicial frente a la Justicia Constitucional o la misma Función Judicial, no es la forma adecuada o idónea al pronunciarnos sobre el Activismo Judicial Positivo o Negativo, ya que “bueno y malo” son aspectos de preferencia aplicados.

Con relación a las categorías de un Activismo Judicial bueno o malo que sostiene el profesor Manilli, es nuestra opinión, es mejor partir desde una perspectiva de la Ética Judicial para revisar el Activismo Judicial estableciendo las categorías de Correcto o Incorrecto. Para fundamentar la idea anterior acudimos al concepto de Justicia como Corrección,<sup>164</sup> que establece Robert Alexy en Teoría de los Derechos Fundamentales.

<sup>162</sup> **MANILI, PABLO LUIS.**, “El activismo (bueno y malo) en la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, en Revista La Ley (Tomo 2006-D) pp. 1285 y ss. [Fecha de consulta: 4 de agosto de 2019]. Disponible en: [http://www.pablomanili.com.ar/art\\_activismo.php](http://www.pablomanili.com.ar/art_activismo.php)

<sup>163</sup> **DORADO PORRAS, J.**, El debate sobre el Control de Constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación Constitucional, Madrid, Dykinson, 1997, 148 pp.

<sup>164</sup> **ALEXY, ROBERT.**, *Justicia como Corrección\**, Universidad Christian Albrecht de Kiel, Alemania, traducción de Ana Inés Haquín, publicado en Ragion práctica, año 1997.

La circunstancia de que la Justicia sea un particular tipo de Corrección tiene profundas implicaciones para la Teoría de la Justicia. Quien afirma que algo es justo afirma siempre y de algún modo, que es “correcto”, afirmando que es correcto sobreentendiéndose que es susceptible de ser fundamentado, justificado, mediante razones. La tesis según la cual nos enfocamos que la Justicia puede ser Correcta o Incorrecta, es conducir directamente a la idea de Fundamentar o Justificar, mediante razones jurídicas las decisiones Activistas por parte de la Judicatura. En todas las decisiones de los Tribunales se pretende una pretensión de Corrección implicando que al realizar la aplicación del ejercicio Activista Judicial y en específico al realizar la Interpretación de la norma, cuando se encuentre frente a diferentes opciones para resolver una determinada pretensión, se elegiría la que garantice de mejor manera los Valores, Principios y Derechos Fundamentales de los Ciudadanos. Por la idea anterior, en la presente investigación establecemos las categorías de Activismo Judicial Positivo o “Correcto” y Activismo Judicial Negativo o “Incorrecto”.

Por otra parte, surgen las siguientes interrogantes ¿cuáles son las consecuencias que se generan en el Estado Constitucional de Derecho, cuando se aplica una forma de ejercicio Activista negativo en el Control de Constitucionalidad?

Los argumentos se presentan en la línea de un sistema Control de Constitucionalidad que opera como Legislador Negativo, en limitar en declarar la Inconstitucionalidad de las Leyes cuando no existe ninguna posibilidad de Interpretación compatible con la Constitución y deja al Legislador la valoración de las alternativas para llenar el vacío causado por esa declaratoria de Inconstitucionalidad, analizaremos esa pregunta en la esfera de la Justicia, del aparato político del Estado dependiente de una serie de factores explicativos, que en la Doctrina obliga a considerar elementos del Sistema Judicial y Sistema Político. En la esfera Política o Justicia Electoral, es necesario hacer un vínculo del Acto Electoral, la Justicia Electoral y la Justicia Constitucional. Siguiendo la idea anterior, es decir que la forma en que la Justicia Constitucional interviene para controlar los actos de la administración electoral busca armonizar con rol de máxima autoridad de la materia electoral por parte del Tribunal Supremo Electoral como rol asignado por la Constitución salvadoreña al Tribunal Supremo Electoral y la Sala de lo Constitucional, si no se sigue las ideas anteriores, se activarían estos presupuestos:

4. Falta de Legitimidad Política de los Jueces (objeción contra mayoritaria):<sup>165</sup> Los Jueces Constitucionales carecen de Legitimidad Democrática, pues a diferencia de los legisladores los Jueces no son elegidos por el Cuerpo Electoral del país. Por ello se encuentra en una situación muy diferente y desventajosa frente a la de los Legisladores cuando se trata de determinar el alcance de las Cláusulas Constitucionales esencialmente controvertidas. Esta situación debería llevar a que los Jueces actúen con una mayor deferencia o respeto hacia las medidas Legislativas en este tipo de asuntos.
5. Falta de Responsabilidad Política y de Controles Políticos: En relación con lo anterior, los Jueces Constitucionales tampoco están sujetos al escrutinio electoral periódico de los Ciudadanos y carecen de Controles Políticos efectivos, por lo que deberían cuidarse de no intervenir en los asuntos que simplemente refleja una de las posibles visiones políticas en juego.

En las Sociedades Contemporáneas siendo más específico en la estructura Política-Electoral, se generaran ciertos problemas los cuales los Tribunales Electorales no podrán dar respuestas, ante situaciones que vulneren o agraven hasta cierto punto los Derechos Electorales, (bajo la perspectiva del sistema electoral salvadoreño) garantizados en la Constitución a todos los Ciudadanos que gozan plenamente de su ejercicio Electoral. Para satisfacer la búsqueda de la Justicia por parte de los Ciudadanos, será necesario activar la Justicia Constitucional. Como máximo Tribunal en materia Constitucional; siendo necesario la Judicialización de la Política, al ámbito de los Tribunales Constitucionales. Es de suma importancia la Legitimidad Constitucional para el conocimiento del objeto en control, sustentando y argumentando la aplicación del conocimiento, garantizando la Seguridad Jurídica y el Estado de Derecho.

Advertimos que los presupuestos de la Justicia Electoral, son necesario tomarlos a consideración en la aplicación de la Justicia Constitucional.

Por otro lado, en la esfera Judicial, bajo un Estado Democrático de Derecho la posición del Tribunal Constitucional y de la misma Magistratura, están llamados en actualizar e Interpretar las normas *Constitucionales*; en respuesta a la necesidad de una Interpretación de Última Instancia legitimada por su investidura de Tribunal Constitucional. A contrario sensu, si el enfoque de la

<sup>165</sup> LAMBERT, EDOUARD., *El gobierno de los Jueces*, Editorial Tecnos, Madrid, 2010. Pág. 242.

Magistratura Constitucional rebasa los límites de actuación conforme a la garantía de los Derechos Fundamentales, aunado a ello la vulneración de Principios que armonicen con el ejercicio activista como la Seguridad Jurídica, División de Poderes, por mencionar algunos, ignorando el funcionamiento efectivo de los sistemas de Jurisdicción Constitucional, en que el Activismo se expresa a través de las Sentencias debidamente argumentadas sus decisiones, pero no Legitimadas, se pondrían en manifiesto ciertos criterios, que los más críticos a la función Activista se manifiestan en lo siguiente:<sup>166</sup>

- Riesgo del “Gobierno de los Jueces”: La apertura de ciertas normas Constitucionales y su complejidad con diversas opciones políticas de desarrollo Legislativo pueden llevar a que un Juez Activista simplemente suplante la elección del Legislador por sus propios valores subjetivos, convirtiendo el Control de Constitucionalidad en un instrumento para revertir las decisiones de la mayoría cuando no correspondan con la visión personal del Juzgador.
- Efecto antidemocrático del Activismo Constitucional: si los Jueces utilizan el Control Constitucional para interferir con las políticas del Gobierno y del Legislativo, no solo estarían interfiriendo en las funciones Constituciones de los otros Poderes del Estado, sino que estarían propiciando un desplazamiento de la participación y militancia política de los Ciudadanos, que deberían lograr cambios de Políticas Públicas con otros foros Democráticos, basados en la Movilización Social y Deliberación Ciudadana.

Que los Jueces tengan un desempeño más activo y estén decidiendo sobre circunstancias que antes fueron resorte de otras instancias, implica simplemente un realineamiento de fuerzas que en todo caso, estará condicionado por las características propias del Sistema Judicial. Expresamos que la verdadera dilución no debe estar trazada en el nuevo protagonismo de la Judicatura, o por otra parte en sus precedentes en aspectos de Motivación, Argumentación o Interpretación, sino sobre el grado, modo, límites y legitimidad de su actuación, en el ejercicio Activista Judicial.<sup>167</sup>

Los efectos de un Activismo Judicial negativo, ocasionan un detrimento lesivo a los Derechos Fundamentales consolidados, aspectos tan necesarios como la Seguridad Jurídica, División de

<sup>166</sup> **DORADO PORRAS, J.**, *El debate sobre el Control de Constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación Constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997, 148 pp.

<sup>167</sup> **FEOLI VILLALOBOS, MARCO.**, *Activismo Judicial y Justicia Constitucional: Los Casos de Colombia y Cota Rica, Tesis para optar al grado de doctor de LA Universidad de Salamanca*, Salamanca, Septiembre de 2012, pag.51.

Poderes, la Argumentación Jurídica y demás; se deben de manifestar en la aplicación del ejercicio Activista, para consolidar el Estado Democrático de Derecho.

### **3.4 FACTORES CAUSALES QUE GENERAN ACTIVISMO JUDICIAL.**

La función de la Judicatura se establece como el conjunto de expectativas, valores y actitudes acerca del comportamiento de los Jueces, y en especial los precedentes de Activismo Judicial generan una particularidad en ese comportamiento. Por lo anterior, es necesario investigar sobre cuáles son las causas de ese Activismo. La incidencia de la Justicia en el aparato político del Estado depende de una serie de factores explicativos, que en la doctrina obliga a considerar elementos del Sistema Judicial y Sistema Político.<sup>168</sup>

- **Sistema Político.**

Entre las condiciones facilitadoras para generar Activismo Judicial encontramos: **(I)** Estado de Derecho y prevalencia Constitucional<sup>169</sup> o Democracia. **(II)** División de Poderes como Principio Estatal; si existe un régimen Democrático de Separación de los Poderes y la independencia de los Jueces facilitara que trabajen desde la óptica de influir en la toma de las decisiones políticas. **(III)** Existencia de una Política de Derechos; la Magistratura Constitucional se le otorga la función de interpretar la Constitución, esto conlleva el catálogo de Derechos Fundamentales, que debe ser protegidos frente al Poder Público, bajo los límites a las actuaciones del Poder Judicial.

**(IV)** La organización de grupos de la Sociedad Civil;<sup>170</sup> los procesos Judiciales es una herramienta efectiva que los diferentes grupos han recurrido para lograr el reconocimiento de Derecho o intereses, que no se les han reconocido a través de otras vías de reconocimiento, incluso hasta

<sup>168</sup> En este trabajo se utilizaran los conceptos de sistema y sistema judicial de Bobbio y Matteucci. *Sistema Político*: se refiere a cualquier conjunto de instituciones, de grupos y de procesos políticos caracterizados por un cierto grado de interdependencia recíproca. *Sistema Judicial*: es un complejo de estructuras, procedimientos y roles mediante el cual el sistema político, satisface la necesidad de dilucidar controversias, sobre la aplicación de normas reconocidas por la Sociedad., **BOBBIO, NORBERTO y MATTUCCI, NICOLA.** Óp. Cit. Pp. 1514-1528.

<sup>169</sup> **NOHLEN, DIETER.,** utiliza el termino *Estado de Derecho y Orden Constitucional en vez de Democracia con la visión de establecer el empoderamiento judicial se da en un régimen donde se acepten reglas Democráticas en: NOHLEN, DIETER.,* *Jurisdicción Constitucional y Consolidación de la Democracia*, en: **ORTIZ MAYAGOITIA, GUILLERMO.,** edr. Tribunales Constitucionales y consolidación Democrática, Suprema Corte de la Nación, México, 2007, p.25.

<sup>170</sup> **COUSO, JAVIER, HUNEEUS, ALEXANDRA Y SIEDER, RACHEL.,** eds. *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge University, Press, New York, 2010, pp. 268-269.

Derechos que apenas aparecen conectados expresamente con los contenidos en la Constitución. (V) Utilización de las Cortes por parte de la Oposición Política; en muchas ocasiones en el pleno Legislativo los partidos políticos de oposición, recurren ante los Tribunales para cuestionar la Constitucionalidad de los proyectos de Ley, en aquellos proyectos en los que están en desacuerdo y sobre todo, en los que no es posible obtener la mayoría Legislativa para rechazarlos.

El Profesor Ferejohn le llama la creciente fragmentación del Poder Político, y es más propia de los sistemas Presidencialistas<sup>171</sup>. Su posición estima que el Activismo Judicial se potencia cuando los Tribunales tienen mayor posibilidad de acción, cuando los bloques políticos están divididas para tomar decisiones con efectividad, bajo ese enfoque la formulación de las Políticas se desplazará hacia los Tribunales Constituciones para resolverlas efectivamente. (VI) Finalmente la Delegación en las Cortes de decisiones polémicas; en la realidad social existen diferentes debates y posturas sobre temas coyunturales muy complejos, en los cuales será necesario las opiniones Jurídicas autoritarias que le otorga potestad el Estado Constitucional de Derecho a los Tribunales Constitucionales, por ejemplo, temas como el aborto, reformas de educación o la salud, pensiones, economía, o en nuestro caso de investigación, aspectos decisionales en la esfera política, sobre conflictos que el Tribunal Supremo Electoral, como Juez Constitucional no logro resolver en su instancia, o los mismo partidos políticos como instituciones; en ese orden de ideas la administración de Justicia mantiene continuamente relaciones con el Sistema Político y la propia Sociedad.

- **Sistema Judicial.**<sup>172</sup>

Guarnieri y Pederzoli definen tres dimensiones: *estructura, acceso y poderes del Juez*. En la estructura se incluyen dos indicadores: la esfera de decisión otorgada al Juez, entre más incisiva y protagónica más será su relevancia política, y la fragmentariedad institucional, lo que significa que entre más dividíos funcionalmente estén los Tribunales más se esteriliza políticamente la Justicia. Respecto al acceso, los Jueces no puede delegar Justicia, debe de resolver todos los asuntos que se presentan a su conocimiento. Por ello, el Juez se le considera como un importante instrumento de

<sup>171</sup> UPRINMY YEPES, RODRIGO., *La Judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos*, en Ferejohn (John), Ansolabehere (Karina), Dalla Vía (Alberto Ricardo) y Uprimny (Rodrigo). *Los Jueces y la política*, Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, Colombia, 2008, p.29.

<sup>172</sup> FEOLI VILLALOBOS, MARCO., *Activismo Judicial y Justicia Constitucional: Los Casos de Colombia y Cota Rica*, Tesis para optar al grado de doctor de LA Universidad de Salamanca, Salamanca, Septiembre de 2012, pag.149-152.

participación en el proceso político. El acceso se vincula con dos indicadores: Cultura Jurídica, que es la relación entre el Derecho y los Ciudadanos y oferta de Justicia que son las alternativas dadas a las partes en litigio para activar la Función Jurisdiccional. Y en cuanto el Poder del Juez, se enfoca en el Control de Constitucionalidad, ya sea en un modelo Difuso, Concentrado o Mixto de la Constitución.

En este capítulo se han descrito los rasgos de la Sala de lo Constitucional, en relación a su diseño Institucional y parte de su origen histórico. De esta manera, se han confrontado procedimientos del Control de Constitucionalidad ejercido por dicho Tribunal, desde la Justicia Constitucional y su Legitimidad en conocer los objetos de control frente a un ejercicio Activista. Ahora bien en el ámbito de investigación es de suma importancia, el estudio de las resoluciones en ámbito electoral, siendo necesario abordar en ciertos temas parte de la Justicia Electoral. En caso concreto la Judicialización de la política como expresión del protagonismo Judicial fundamentando por medio de la argumentación jurídica, las decisiones a expresar por parte del Tribunal que por mandato Constitucional, es el intérprete de la norma primaria.

En definitiva, se está frente a un Órgano Jurisdiccional dotado de amplias competencias de Control y de protección de los Derechos Fundamentales. Con los años su desempeño ha sido objeto de sendos debates. Se les reconoce haber tutelado los derechos de las personas frente al ejercicio del poder y al mismo tiempo haber actuado como contrapeso de los otros actores políticos. Mediante la aplicación de los Principios Jurídicos en función de un garante Activismo Judicial positivo, en parte contraria también se desarrolló el efecto antidemocrático en la aplicación de un Activismo Judicial negativo y los factores causales que generan el ejercicio activista, desde el enfoque Político y Judicial.

Vista la definición sobre Activismo Judicial que se desarrolló en el segundo capítulo junto a la descripción que se ha hecho, en el tercer capítulo y cuarto capítulos, sobre la Sala de lo Constitucional de El Salvador, en el contexto en que se ha desarrollado, es necesario determinar, a partir del estudio de su Jurisprudencia, si efectivamente los Tribunales en cuestión pueden ser catalogados como activistas. Este capítulo se enfocó en explicar la aplicación y desarrollo del Activismo Judicial en los Sala de lo Constitucional como antecedente necesario para comprender el verdadero enfoque del Activismo Judicial Positivo o Correcto, garante en la protección de los

Derechos Fundamentales, respetuoso del Estado de Derecho, la Seguridad Jurídica y buen funcionamiento de las competencias de cada uno de los Poderes Estatales, que ayuda a seguir consolidando y fomentando el verdadero sentido del Estado Constitucional de Derecho en El Salvador.

# **CAPITULO IV**

En este capítulo se presentan las consideraciones sobre la relación de las funciones de Justicia Electoral, que corresponden al Tribunal Supremo Electoral y la Justicia Constitucional de la Corte Suprema de Justicia<sup>173</sup>(Sala de lo Constitucional), con el fin de determinar si la segunda al momento de efectuar el Control de Constitucionalidad de los Actos Electorales es coherente con el sistema de Justicia Electoral establecido por la Constitución y las Leyes Secundarias. En síntesis lo que se busca es armonizar si el ejercicio de Control de Constitucionalidad de los Actos Electorales es coherente con el Sistema de Justicia Electoral establecido por la Constitución y las Leyes Electorales; para lograr ese objetivo, se revisará el contexto que ha surgido de la Jurisprudencia Constitucional de contenido Electoral emitida por la Sala de lo Constitucional desde el año 2009 hasta el 2018, ya que en ese periodo de los Magistrados ha estado marcada por cambios importantes en sus criterios; específicamente sobre el ámbito Político-Electoral, ello permitirá observar y obtener las conclusiones, sobre el tema central Activismo Judicial en la Jurisprudencia Electoral de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018.

La parte central de este capítulo será el desempeño Activista de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en El Salvador, abordar el Activismo Judicial del Tribunal Constitucional siempre despertara interés en la comunidad jurídica sobre la Interpretación Constitucional de la Constitución, el lenguaje jurídico a utilizar, en sí, el significado que el

<sup>173</sup> El Salvador tiene un diseño de Control de Constitucionalidad simultáneamente difuso (art. 185 Cn) y Concentrado (Art. 183 Cn), con prevalencia de este último. El primero opera para casos concretos y corresponder a cada Juez de la Republica, algunas instituciones con Jurisdicción especial (ver las resoluciones de admisión de las inconstitucionalidades 102-2015 y 103-2015, en las que se reconoce esta competencia para entidades como el Tribunal Supremo Electoral y la Corte de Cuentas de la Republica) y de acuerdo a ciertas interpretaciones a todo funcionario público (art. 235 Cn.) sin embargo, en su carácter concentrado esta competencia está reservada a la Sala de lo Constitucional, cuyos pronunciamientos son generales y una vez establecidos no pueden ser contradichos por otro Juez o Funcionario.

Magistrado Constitucional le concede a la norma, cuando confronta con la Constitución, siendo un elemento esencial el parámetro de la Legitimidad Constitucional.

Lo anterior lo presentamos por medio de indicadores Activistas Judiciales, que hemos desarrollado con anterioridad en los capítulos desarrollados en el presente trabajo; presentaremos los resultados del estudio de las Sentencias de Inconstitucionalidad seleccionadas que se consideran una expresión de Activismo Judicial. Lo anterior permitirá elaborar un perfil definido de la Sentencia Activista de la Sala de lo Constitucional de El Salvador; para finalizar presentaremos una reflexión sobre Derechos Fundamentales: Límites y Garantías frente al Activismo Judicial Electoral.

#### **4.0 ACTIVISMO JUDICIAL DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL, PERIODO 2009-2018 EN MATERIA ELECTORAL.**

Los criterios de la Sala de lo Constitucional especialmente la manera en que está conociendo y resolviendo en el Control de los Actos Electorales, observamos que en muchas ocasiones someter un Acto Electoral al Control de Constitucionalidad de la Sala, en la mayoría de ocasiones, se han agotado en la sede electoral en su misma naturaleza Jurisdiccional, pero al no cumplir con la exigencia de respuesta a esos conflictos, es necesario formular una secuencia en la que se vinculan el Acto Electoral, la Justicia Electoral y la Justicia Constitucional. Siguiendo la idea anterior, es decir que la forma en que la Justicia Constitucional interviene para controlar los actos de la administración electoral busca armonizar con rol de máxima autoridad de la materia Electoral por parte del Tribunal Supremo Electoral como rol asignado por la Constitución salvadoreña al Tribunal Supremo Electoral y la Sala de lo Constitucional.

Lo anterior es evidente que la verificación de la Constitucionalidad de los Actos Electorales demanda de la intervención de la Justicia Constitucional, esta aclaración se hace por el equilibrio con los Principios que tienen rango Constitucional, como la Seguridad Jurídica, División de Poderes, Discrecionalidad, Representación, Democracia y demás; que se engloban en cada proceso Electoral, tanto por la complejidad que conlleva su preparación y ejecución, como por los Derechos de candidatos y del cuerpo Electoral y los Ciudadanos en general. En vista de todo lo anterior, queda claro el papel principal que juega cada uno de los Tribunales, tanto Electoral como Constitucional.

El diseño y funcionamiento del Tribunal Supremo Electoral (TSE), ha formado parte de una agenda de Reformas Electorales en El Salvador prácticamente desde su creación en el año 1991, cuando a partir de las reformas Constitucionales derivadas de los Acuerdos de Paz,<sup>174</sup> suscritos entre el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional, sustituyó al Consejo Central de Elecciones. Una característica recurrente cuando se discute sobre el funcionamiento del TSE es la separación de sus funciones administrativas y de Justicia Electoral, todo lo anterior es la base de las críticas a su desempeño en cada elección.<sup>175</sup> Es decir, que existe un descontento generalizado con el funcionamiento histórico del TSE y como uno de sus puntos débiles se señala el desempeño de la función de Justicia Electoral. Con los antecedentes mencionados, sería de esperarse que la Jurisprudencia Constitucional, que bajo ciertas condiciones esta llamada a controlar los actos del TSE que no se apeguen a la Constitucional, corrijan pronunciamientos en aquellas prácticas contrarias a la norma fundamental, y en esta medida, contribuya a fortalecer el funcionamiento e institucionalidad.

Con los precedentes anteriormente expuestos, entra el protagonismo de la Sala de lo Constitucional con relación a su posicionamiento frente a los otros Poderes del Estado (Inconstitucionalidad 16-2011). Abordar el Activismo Judicial de la Sala de lo Constitucional conduce al tema principal de la Interpretación Constitucional se presentan dificultades tanto en orden a los problemas inherentes a cualquier ejercicio hermenéutico,<sup>176</sup> como las características propias del objeto a Interpretar, la Constitución Política.<sup>177</sup> En muchas ocasiones, el carácter abierto de la normativa Constitucional puede resultar borroso; siendo necesario, el significado que el Magistrado Constitucional le concede a una norma, cuando confronta la Constitución, es un elemento que despierta especial interés.

Es importante aclarar el comportamiento de los Intérpretes de la Constitución, establecer el significado de las normas y su alcance de las otras normas jurídicas cuando se confronta con el parámetro de Legitimidad Constitucional. No hacerlo conllevará riesgo de que el análisis

<sup>174</sup> En el contexto de la Guerra Civil salvadoreña y bajo el auspicio de la Organización de las Naciones Unidas, el Gobierno salvadoreño y el grupo beligerante Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), entre los años de 1990 y 1991 suscribieron una serie de acuerdos que permitieron el fin del conflicto armado, la incorporación del FMLN a la vida civil y política, y la reforma de diversas instituciones, entre ellas la autoridad electoral.

<sup>175</sup> Para una evaluación del proceso electoral de 2015, ver Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Social y Económico (FUSADES). (2015), El Salvador. Año político. Junio 2014- Mayo 2015. Antiguo Cuscatlán: Departamento de Estudios Políticos FUSADES.

<sup>176</sup> **DUEÑAS RUIZ, OSCAR JOSE.,** *Lecciones de hermenéutica jurídica*, Editorial Universidad del Rosario, Colombia, 2008, pp.48-49.

<sup>177</sup> **PÁSARA, LUIS.,** *Justicia y Sociedad en América Latina*, Editorial UNAM, México, 2010. P.156.

únicamente se quede en el nivel del deber ser, y no en el de la realidad. Siguiendo las ideas de Blasco Soto, toda sentencia, y en particular la Constitucional, establecer un dialogo con la teoría de Interpretación es necesario, porque es expresión de una actividad integradora del ordenamiento en su conjunto.<sup>178</sup> En síntesis, comprender y establecer casos específicos, en que los Jueces en el rol de Intérpretes de la Constitución, bajo el examen en función de todos los conceptos desarrollados en los capítulos anteriores que convergen sobre el desempeño Activista de la Sala de lo Constitucional, es la finalidad del capítulo IV.

#### **4.1 EL CONTEXTO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ACTIVISTA JUDICIAL ELECTORAL, PERIODO 2009-2018.-**

Durante los últimos años, El Salvador ha experimentado una profunda Reforma Electoral caracterizada por su origen y forma, ya que se ha generado a partir de resoluciones de la Sala de lo Constitucional que han motivado reformas legales o impuesto directamente nuevas reglas Electorales. Observemos la intervención de la Sala puede considerarse positiva, que ha dado respuestas a reclamaciones de ciertos sectores interesados en modificar las reglas Electorales, que por otras vías –como la reforma Legislativa- no habían reunido resultados favorables, a la vez estudiaremos resoluciones que también aúnan al Legislativo.

Esa serie de cambios tuvo origen en el Decreto Legislativo N° 71 del 16 de Julio del año 2009 que contiene la elección de cuatro magistrados propietarios de la Sala de lo Constitucional para el periodo 2009-2018,<sup>179</sup> personas que resultaron escogidas con posterioridad a un fuerte impase entre los partidos políticos representados en la Asamblea Legislativa, que mantuvo detenida esa elección por varios días y que tuvo solución con un acuerdo político auspiciado por el entonces presidente de la Republica Mauricio Funes. Sin embargo, contrario a seguir la línea de sus predecesores, que tradicionalmente actuaron acorde a los Gobiernos de turno,<sup>180</sup> los Magistrados del periodo 2009-2018 han tenido una agenda diferente a los Gobiernos del Frente Farabundo Martí para Liberación Nacional, que corresponden a los periodos 2009-2014 y 2014-2019.

<sup>178</sup> **BLASCO SOTO, MARIA DEL CARMEN.,** *La Sentencia en la cuestión de Inconstitucionalidad*, Editorial Bosch, Barcelona, 1995, pág. 41.

<sup>179</sup> Magistrados Edward Sidney Blanco Reyes, Florentín Meléndez Padilla, Jose Belarmino Jaime y Rodolfo Ernesto González Bonilla.  
<sup>180</sup> Sobre este comportamiento de los magistrados de administraciones precedentes y el cambio advertido a partir del año 2009 ver Reversé (2010) El Salvador: Between Continuity and Disappointment. *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, 32 (1), 151-169.

La actual integración de la Sala de lo Constitucional se ha caracterizado no solo por su separación de la agenda Gubernamental, sino también por un elevado Activismo Judicial, pues con la correspondiente Argumentación, se ha emitido una serie de criterios que han ampliado sus competencias, especialmente en cuanto a los ámbitos del conocimiento y los efectos de sus decisiones. Este comportamiento ha generado constantes fricciones o conflictos con otros Órganos del Estado, especialmente con el Legislativo y el Ejecutivo. Muchas de esas diferencias tienen a su base –aunque no exclusivamente– los distintos pronunciamientos de tipo Electoral, que en su mayoría han limitado el poder que los Partidos Políticos tenían sobre el Control de los procesos Electorales y sus resultados.

El 24 de marzo del año 2010 marca un hito por cuanto se fue a la fecha en que la Sala de lo Constitucional emitió su famosa Sentencia de Inconstitucionalidad de referencia **61-2009**, en la que resolvió dos temas que marcaron el inicio de una profunda Reforma Electoral en el país. Los ámbitos afectados por esa decisión fueron el sistema de listas para las candidaturas a las elecciones de Diputados a la Asamblea Legislativa y al Parlamento Centroamericano, en las que considero que las listas cerradas y bloqueadas eran Inconstitucionales;<sup>181</sup> y, por otro lado, la posibilidad de postular candidaturas independientes para ese mismo tipo de elección.

Desde la fecha apuntada y sin ánimo de hacer un recuento exhaustivo, se han emitido más de veinte resoluciones, entre Procesos de Inconstitucionalidad y de Amparo que han afectado las reglas Electorales. Además de los ya mencionados, entre los temas discutidos o desarrollados por esa Jurisprudencia están: la obligación de presentar completas las listas de candidatos en elecciones de Diputados, la eliminación de obstáculos legales para la inscripción de candidaturas no partidarias, la prohibición de que los partidos decidan quienes de sus candidatos son los que pueden optar por un escaño ganado, la anulación de reformas Constitucionales encaminadas a reestablecer las listas cerradas y bloqueadas, la transparencia y Democracia interna de los partidos políticos, el ingreso automático de los expresidentes de la República al Parlamento Centroamericano, la inclusión de las listas abiertas y voto combinado, la creación de planillas de candidatos no partidarios, la integración no partidaria de los organismos Electorales temporales, la integración del Tribunal Supremo Electoral y los requisitos para optar a cargos de elección popular.

<sup>181</sup> Esta sentencia dio lugar a una reforma que implementó un sistema de listas cerradas pero no bloqueadas, aunque posteriormente mediante la Inconstitucionalidad 48-2014 también se declaró inconstitucional ese último formato, quedando como opción las listas abiertas.

Es un hecho notorio que antes de este período también se emitieron Sentencias concernientes a asuntos electorales, no obstante, no por su cantidad ni por los efectos generados pueden equiparse la labor de las integraciones previas de la Sala de lo Constitucional, ya que sus decisiones fueron más conservadores, en el sentido de no hacer modificaciones o cambios al sistema o, en todo caso, de limitarse a declarar la Inconstitucionalidad de alguna disposición para que la Asamblea legislara, dentro de los parámetros Constitucionales, hiciera reformas pertinentes como mejor lo estimara. La Sala, para justificar su intervención en estos casos plantea una tesis que va en la línea de argumentar esos casos electorales son de aplicación directa de la Constitución, siendo esa la razón que habilita su Constitucionalidad por la vía del proceso de Inconstitucionalidad.

Su consideración se basa en señalar que la norma que le habilita para conocer de procesos de Inconstitucionalidad de las “leyes, decretos y reglamentos” (Art. 183 Cn.), también incluyen otros supuestos no mencionados expresamente, como los actos de aplicación directa de la Constitución. Las ideas anteriores se basan que los requisitos para ejercer diferentes cargos públicos (Presidencia, Diputaciones, Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Procurador General, Fiscal General, Magistrados del TSE y demás), sus requisitos, incompatibilidades e inhabilidades para desempeñar dichos cargos están establecidos en la Constitución, por lo que concluye que aunque el TSE sea la máxima autoridad en material Electoral, no por ello está exento del escrutinio Constitucional de la Sala de lo Constitucional.

Las críticas y las alabanzas vertidas, sobre la Sala de lo Constitucional de El Salvador, aconsejan que la relevancia, para bien o para mal, que ha tenido la Magistratura 2009-2018, lleve a examinar su desempeño. Como afirmó el Juez Charles Evans Hughes: “... vivimos bajo la Constitución, pero la Constitución es lo que dicen los Jueces...”<sup>182</sup> es necesario saber que exactamente lo que hacen los Jueces al hablar en nombre de la Constitución, sobre todo cuando se acepta las distintas manifestaciones jurídicas, incluidas las sentencias, pueden tener un efecto creativo que impacta la realidad de modos diversos.<sup>183</sup> Abordar el Activismo Judicial del Tribunal Constitucional conducirá al tema mencionado en los capítulos anteriores; es el caso de la Interpretación Constitucional y los problemas inherentes a cualquier ejercicio hermenéutico, como las características propias del objeto a interpretar de la Constitución Política. Siendo necesario, que

<sup>182</sup> Hughes, Charles Evans citado por López Medina Diego. Op. Cit. P3. / **LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO.**, *El derecho de los Jueces*, Editorial Legis, Bogotá, 2006.

<sup>183</sup> **OLIVECRONA, KARL.**, *Lenguaje Jurídico y realidad*, Editorial Fontarama, México, 1999, pp.42 y 69.

para localizar el ejercicio activista, en la Interpretación Constitucional, será de relevancia establecer los indicadores a utilizar que serán desarrollados más adelante en el presente capítulo.

#### **4.1.1 SUJETOS INTERVINIENTES: DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD.**

En el Derecho Judicial encontramos ciertos Principios Judiciales, necesarios para la imparcialidad en la misma administración de la aplicación de la Justicia. La individualización de la política y el Derecho es de suma importancia, para el buen funcionamiento del aparataje estatal; exponiendo en los capítulos anteriores, es de nuestro conocimiento, cuales son los caminos que se deben seguir para darle respuesta a los procesos políticos que son necesarios la intervención del Órgano Jurisdiccional, hablamos de la Judicialización de la Política. En ese orden de ideas, la misma lógica establece la intervención de Sujetos Procesales al activar el Órgano Jurisdiccional, en caso concreto el Control de Constitucionalidad será a petición de parte del Ciudadano interesado en interponer la Demanda ante la Honorable Sala de lo Constitucional que por mandato Constitucional será el Tribunal competente en conocimiento de la materia. A partir del objeto en Control a conocimiento por parte de la Sala se determinaran las Instituciones Estatales u Órganos Políticos que deberán de intervenir en el Proceso en conocimiento.

Al analizar las Sentencias de la Sala de lo Constitucional, la gran mayoría, tuvo como como Demandantes a Ciudadanos frente a Instituciones Estatales y Órganos Políticos como la Asamblea Legislativa y el Ejecutivo y el traslado de conocimiento a la Fiscalía General de la Republica. Según el Art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, presentada la Demanda con los requisitos mencionados se pedirá informe detallado a la autoridad que haya emitido la disposición considerara Inconstitucional, la que deberá rendir en el término de diez días. Un aspecto que retomamos de lo anterior es la adecuación de la Doctrina Activista desarrollada con anterioridad en los capítulos anteriores. Hablamos del Activismo Judicial Dialógico, que se observa en los Sujetos Procesales; intervinientes y coadyuvantes en los Procesos de Constitucionalidad parte de la Doctrina sostiene que los Tribunales Constitucionales pueden generar un Diálogo Institucional y Ciudadano. Este dialogo favorecería la creación de espacios de Deliberación Política. En

resumen, es que el Proceso Judicial permite que se escuchen más voces<sup>184</sup> y que se amplíe, en consecuencia, el Proceso Democrático.

- **LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO.**

Según establece el Art. 2 de la Ley de Procedimientos Constitucionales,<sup>185</sup> cualquier Ciudadano puede pedir a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que declare la Inconstitucionalidad de las Leyes, Decretos y Reglamentos en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio. Adentrémonos que establece la Doctrina Constitucional al respecto:

El proceso de Inconstitucionalidad es iniciado a Instancia de Parte y peculiarmente no se concibe que sea promovido de oficio por parte del propio Órgano Jurisdiccional encargado de la Legitimación, aun cuando por la misma Constitución en el artículo 183 en su parte última, prescribe "... y podrá hacerlo a petición de cualquier Ciudadano". La disposición Constitucional precipitada nos indica una ampliación respecto de quien podría ser el impétrate de la Acción de Inconstitucionalidad. Sin embargo, la Sala de lo Constitucional de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se ha caracterizado por ser un Tribunal Independiente de la misma Corte con competencia incluso de declarar Inconstitucional, si así fuera el caso, cualquier disposición proveída por este Órgano del Estado.<sup>186</sup> La Legitimación Activa dentro del proceso en estudio, puede tratarse desde dos puntos de vista, que sin mayor desglose de detalles, se presentan:

1. Legitimación Activa Restrictiva. Dentro de esta figura solamente tendría la facultad de Demanda la Inconstitucionalidad de la norma un número reducido de Funcionarios u Órganos del Estado, en razón de la condición de ejecutar las Leyes o bien en razón del ámbito Legislativo.
2. Legitimación Activa Popular. Según esta Legitimación, la Acción de Inconstitucionalidad puede ser incoada por cualquier Ciudadano Salvadoreño.<sup>187</sup>

<sup>184</sup> **ARTIGA-GONZÁLEZ, ALVARO**, *El sistema político salvadoreño*, UCA Editores en conjunto con Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, El Salvador, 2015, ISBN 978-99923-55-56-5, Pág. 262.

<sup>185</sup> **MENDOZA ORANTES, RICARDO.**, Recopilación de Leyes Civiles. 23ª Edición, San Salvador, Editorial Jurídica Salvadoreña 2004. **LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES**. Materia: Derecho Constitucional, Naturaleza: Decreto Legislativo N° 2996 del 14 de enero de 1960; D.D N° 15, Tomo N° 186, del 22 del mismo mes y año. Estado: Vigente desde el 21 de febrero del mismo año.

<sup>186</sup> Otra razón de por la cual no se acepta la iniciación del Proceso de una forma oficiosa por parte del Órgano contralor de la legitimidad, es que ostentarla la calidad de Juez y Parte en un mismo tiempo y proceso, por la Sala de lo Constitucional quien iniciaría el control de legitimidad frente a la Constitución, atentando de esta manera con la seguridad jurídica de un Estado de Derecho, ya que lo impetraría con la idea de que el objeto de control es en verdad inconstitucional.

<sup>187</sup> **BERTRAND GALINDO, FRANCISCO**; y otros. Et al. *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª Edición, Tomo I, San Salvador, Talleres Gráficos UCA. 1996, ISBN 84-89544-02-6. Pág. 498.

La Legitimación Activa puede ser ostentada por el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y el Fiscal General de la República, Legitimando su personería con la indicación del número, tomo y fecha del Diario Oficial en el que aparezca la publicación del Decreto de su respectivo nombramiento.

#### **4.1 2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL SISTEMA ELECTORAL SALVADOREÑO.**

Entre la comunidad de voces autoritarias de la política, el concepto de Sistema Electoral goza de un amplio consenso. En el país, dado el poco desarrollo de la Ciencia Política, es frecuente referirse al Sistema Electoral de forma ambigua. Algunos hacer referencia al conjunto formado por elecciones y partidos; otros, siguiendo una visión más jurídica, lo hacer equivalente al Derecho Electoral. Cercano a este grupo esta de quienes piensa que el sistema electoral es sinónimo de código electoral. En sentido restringido Nohlen<sup>188</sup> (1994) lo define como el conjunto de elementos interactuantes de la normativa electoral que, con eficacia directa, inciden en la traducción o transformación de las preferencias Electorales (votos emitidos) en cuotas de Poder Político institucionalizado (escaños o cargos electivos). Definido de esta forma, el Sistema Electoral que no está expresamente contenida en el Derecho Electoral y; por otro lado, que el Derecho Electoral contiene además otros elementos que no forman parte del Sistema Electoral como podría ser, por ejemplo, las regulaciones sobre la propaganda electoral, el financiamiento de los partidos, el contencioso Electoral, la observación Electoral y demás.

Los elementos constitutivos del Sistema Electoral Salvadoreño son:<sup>189</sup>

1. El número de representantes a elegir.
2. La distribución y tamaño de las circunscripciones o distritos electorales.
3. Las formas de candidatura.
4. Las formas de expresión del voto.
5. Las barreras o umbrales electorales.
6. La fórmula electoral.

<sup>188</sup> **NOHLEN, DIETER.**, *Gramática de los sistemas electorales. Una introducción a la ingeniería de la representación*, Instituto de la Democracia, serie Ciencia y Democracia, V y M Graficas, Primera edición, octubre de 2012, Quito, Ecuador, ISBN: 978-9942-07-303-7, pag.35.

<sup>189</sup> **ARTIGA-GONZÁLEZ, ALVARO**, *El sistema político salvadoreño*, UCA Editores en conjunto con Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, El Salvador, 2015, ISBN 978-99923-55-56-5, Pág. 261.

Estos son elementos que suelen aparecer en textos sobre Sistemas Electorales de la literatura politológica (por ejemplo, Lijphart, 1994; Nohlen, 1994; Sartori, 1994; Taagepera y Shugart, 1989; Vallés y Bosch, 1997). La selección de estos elementos parte del análisis de Democracias consolidadas; donde existen Democracias consolidadas que garantían la competitividad de las elecciones. En otras palabras, el análisis recae en aquellos elementos de la normativa Electoral que, una vez **emitidos los votos**, producen un resultado específico en términos del reparto o distribución de cuotas del Poder Político, en la medida que los Sistemas Electorales son parte de la normativa electoral y esta regula el acceso a los puestos de autoridad pública objeto de elección popular, se puede decir que dichos sistemas forman parte del régimen político, como también forman parte del mismo las regulaciones en materia del ejercicio de la autoridad recibida.

Todo Sistema Electoral se basa en un **Principio de Representación**, todo indica que el objetivo político es facilitar la gobernabilidad, en tanto capacidad de tomar decisiones vinculantes, por ello es necesario un sistema electoral que facilite ese resultado, estos deberán de funcionar bajo la misma dirección: formar una mayoría, nos enfocaremos en el sistema basado en el Principio de Representación Mayoritario como lo propuso Nohlen. [...] el objetivo político del Principio de Representación por mayoría es que el Gobierno (mayoritario) de un partido se apoye en una minoría (mayoría relativa) de votos”.<sup>190</sup>

### 1. El número de representantes a elegir (M).-

Este puede estar definido en la normativa electoral como un número fijo o de acuerdo a una relación, ya sea entre escaños y electores, o entre escaños y habitantes. Si se elige a un único representante, entonces se está ante una circunscripción uninominal. En cambio, si el número de representantes a elegir es mayor que uno, entonces la circunscripción se denomina plurinominal, por ejemplo:

Si se trata de identificar el tamaño no magnitud de las circunscripciones para cada una de las elecciones que se realizan en El Salvador, se tiene el siguiente resultado:

- Circunscripción uninominal, para elecciones presidenciales: 1

<sup>190</sup> **NOHLEN, DIETER.**, *Gramática de los sistemas electorales. Una introducción a la ingeniería de la representación*, Instituto de la Democracia, serie Ciencia y Democracia, V y M Graficas, Primera edición, octubre de 2012, Quito, Ecuador, ISBN: 978-9942-07-303-7, pag.35.

- Circunscripción plurinominal para elecciones legislativas: 84
- Circunscripción uninominal/plurinominal para los concejos municipales: variable, según la población de cada municipio.

## **2. La distribución y tamaño de las circunscripciones o distritos electorales.**

Son aquellas zonas territoriales en las cuales los votos emitidos por los electores constituyen la base para el reparto de los escaños, o para la declaratoria del ganador de la elección, con independencia de los votos que hayan sido otorgados en otras zonas. En su diseño de las circunscripciones suelen utilizarse la división político-administrativa como criterio para definir sus fronteras o límites, pero el diseño podría seguir otros criterios según la conveniencia de quienes tienen el poder de decisión en esta materia.<sup>191</sup> Por ejemplo, en El Salvador, las elecciones presidenciales se disputan en una sola circunscripción de ámbito nacional. En cambio las elecciones de Diputados tienen lugar en catorce circunscripciones coincidentes con los catorce departamentos en los que se divide el territorio nacional. Hay que decir que esto no siempre fue así, pues durante varios años y para varias elecciones se contempló la existencia de unas circunscripciones de ámbito nacional a la par de las circunscripciones departamentales (art 13 Código Electoral).

## **3. Las formas de candidatura.-**

Se refiere a la forma en que son presentadas las personas que compiten por el voto del electorado. Si la candidatura es de una sola persona entonces se habla de candidatura individual. En cambio, si más bien se trata de varios candidatos presentados por cada partido o coalición, entonces se habla de una candidatura de listas.<sup>192</sup> Este elemento de representación en el ámbito de la relación Justicia Constitucional y Electoral por la Interpretación de la Sentencia 61-2009 de la Sala de lo Constitucional, en julio de 2010 que declaró Inconstitucional las listas cerradas y bloqueadas, introduciendo la representación proporcional. Entre la forma de la candidatura y el tamaño de las circunscripciones existe una relación estrecha en los aspectos de circunscripciones (uninominales

<sup>191</sup> Esta posibilidad ha permitido diseñar circunscripciones siguiendo consideraciones político-partidistas, como por ejemplo aprovechar la distribución geográfica de los simpatizantes de los partidos para asegurar la victoria electoral. Esta maniobra se conoce como Gerrymandering (Nohlen, 1994).

<sup>192</sup> En El Salvador, a las listas se les conoce como “planillas”.

asociado una candidatura individual, plurinominales como candidaturas de listas). Las candidaturas de listas o “planillas” se dividen en tres clases; cada una de ellas otorga una mayor capacidad de influencia al elector para decidir.

Primero hablemos de las listas cerradas y bloqueadas, en este tipo cada partido presenta su lista con un orden de las Candidaturas que no puede ser alterado por los electores, en sí, los electores votan pero los partidos son los que eligen. En nuestro país este sistema estuvo vigente desde 1963 hasta 2012, luego que se declarara Inconstitucional (Inc.61-209). Segundo la lista cerrada pero no bloqueada, donde los electores pueden ordenar a su gusto la relación de candidatos, pero siempre manteniéndose dentro de la propuesta global de los partidos. En este caso, el electorado tiene un mayor de influencia en la definición de quienes serán los candidatos electos, expresando su preferencia por alguno de ellos. Sin embargo siempre se elegirá en la lista de propuesta por un partido en específico.

Finalmente, la **lista abierta**,<sup>193</sup> donde los electores pueden modificar el orden, combinar candidaturas de diferentes partidos e incluso poder agregar nuevos candidatos, esta clase de lista pone en desventaja a los partidos a la hora de controlar sus aspiraciones de colocar a sus candidatos a su decisión. Estas posturas generan una mayor democratización del régimen sostenido que las listas abiertas disminuyen en control de los partidos y dan un mayor margen de representación a la ciudadanía.

#### **4. Las formas de expresión del voto.**

Son las modalidades que pueden adoptar las preferencias de los electores sobre los candidatos, sean o no propuestos por los partidos bajo cualquier forma de candidatura. Siendo el voto único, cuando los electores emiten un solo voto independientemente del número de escaños a repartir en la circunscripción donde tiene lugar la elección. Por otra parte, cuando a cada uno de los miembros del cuerpo electoral se les permite un voto a favor de varias candidaturas, entonces estamos ante un voto múltiple, que opera en una modalidad de lista cerrada pero no bloqueada, se llama voto preferencial; y si lo hace bajo la modalidad de lista abierta, es decir, repartiendo sus votos o maracas disponibles entre candidatos de diferentes listas, entonces se denomina voto combinado.

<sup>193</sup> **ARTIGA-GONZÁLEZ, ALVARO**, *El sistema político salvadoreño*, UCA Editores en conjunto con Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, El Salvador, 2015, ISBN 978-99923-55-56-5, Pág. 279.

Para las elecciones de diputados de 2015, una nueva sentencia de la Sala de lo Constitucional (48-2014), emitida el 5 de noviembre de 2014, permitió el llamado “voto cruzado” y la lista abiertas al declarar inconstitucional el Art. 185, inc. 3 del Código Electoral emitido en 2013. Lo anterior género que la Asamblea Legislativa, debía de actualizar el contenido normativo, garantizando la vigencia del Sistema de Representación Proporcional.

### **5. Las barreras o umbrales electorales.**

Hablar sobre barreras electorales, comprende en requisitos que se establecen a los partidos, sobre temas de inscripción, reparto de escaños y evitar la cancelación de partidos o coaliciones luego de una elección. Estos requisitos (barreras o umbrales) se asocian con una cantidad o porcentaje de votos. Por ejemplo a partir del 2013 existe la Ley de Partidos Políticos,<sup>194</sup> en su Art. 13, literal b, establece la presentación de un número no menor de cincuenta mil formas de Ciudadanos que respalden la solicitud de inscripción de partido. O a contario para evitar la cancelación, el partido debe obtener cincuenta mil o más votos válidos cuando participa en una elección de Diputados a la Asamblea Legislativa (Art. 47, lit. c). Con el ejemplo anterior, observamos las barreras electorales para inscribir partidos han estado expresados en cantidades específicas de afiliados o votos válidos para las elecciones, también existen barreras en términos de cantidad de participación que podrán abstenerse los partidos políticos para no ser cancelados ( dos elecciones consecutivas Art. 47, lit.d, Ley de Partidos Políticos); la finalidad de las barreras para la inscripción de partidos es evitar una mayor fragmentación del sistema de partidos y las barreras de cancelación buscan favorecer la estabilidad de la oferta partidista.

### **6. La fórmula electoral**

Hace referencia al procedimiento matemático para convertir los votos en escaños. En general se usan dos clases de fórmulas: mayoritarias y proporcionales. Las primeras definen al candidato, partido o coalición ganadora en la respectiva circunscripción; las segundas llevan a cabo un reparto o distribución de escaños entre varios partidos o coaliciones y, normalmente, están asociadas con circunscripciones plurinominales. Entre las formulas mayoritarias se encuentran: la mayoría simple, el candidato o partido ganador es aquel que obtiene más votos; mayoría relativa, en este

<sup>194</sup> Decreto Legislativo N.º 307 del 14 de febrero de 2013, publicado en el Diario Oficial N.º 40, Tomo 398, de fecha 27 de febrero de 2013.

caso se establece un porcentaje específico de votos válidos, este no tiene aplicación en nuestro sistema; finalmente, el de mayoría absoluta.

#### **4.2 INDICADORES APLICABLES QUE DEFINEN UNA SENTENCIA JUDICIAL ACTIVISTA.-**

Cuando se estudia el Activismo Judicial, surge una pregunta fundamental, ¿Cómo identificar la presencia de Activismo Judicial en una Sentencia? Las respuestas a esta pregunta nace de los resultados de investigadores que se vinculan en los contextos legales y políticos, evaluando el desempeño de los Tribunales para dar un resultado del comportamiento Activista; en esta etapa de la investigación es necesario consultar los autores que han estudiado a profundidad el fenómeno y son voces de autoridad en la materia. En ese orden de ideas, establecemos la opinión del profesor Christian Courtis, de la Universidad de Buenos Aires, que pronuncia cinco indicadores que se adaptan al contexto latinoamericano.<sup>195</sup>

1. ***Confirmación o contestación de los actos de los otros Poderes:*** Consiste en que los Jueces revierten, más allá de las razones jurídicas que puedan esgrimirse, los actos con otros Poderes. La postura de la Judicatura prevalece frente a las demás.<sup>196</sup> Este posicionamiento es la forma más simple de comprender el Activismo Judicial, por ejemplo la anulación de disposiciones Jurídicas mediante el Control Constitucional.
2. ***Reconocimiento o Expansión de Derechos:*** consiste en que los Tribunales tomen decisiones que no están claramente sustentadas en un referente normativo, o cuando la variación del significado literal de la norma aplicada resulta evidente.
3. ***Fidelidad Interpretativa:*** consiste en que los Tribunales Constitucionales tomen decisiones que están claramente sustentadas en un referente normativo, o cuando la variación del significado literal de la norma aplicada resulta evidente.
4. ***Definición de Políticas Públicas:*** Este indicador se traza en la definición de una Política Pública por parte del Juez. Normalmente se asocia Política Pública con las estrategias u acciones que implementan los Gobiernos en su quehacer cotidiano para dar respuesta a la

<sup>195</sup> COURTIS, CRISTHIAN., “La legitimidad del Poder Judicial ante la ciudadanía”, en Nexos, número 329, mayo, México, 2005,

pág. 62.

<sup>196</sup> YOUNG, ERNEST., *Judicial Activism and Conservative Politics*, artículo Judicial, Universidad de Colorado número 73, número 4, 2002, pág. 1145.

gran variedad de áreas, problemas y situaciones. Se entenderá como el conjunto de acciones o programas que el Estado procura lograr objetivos y cubrir necesidades en ámbitos como salud, educación, cultura, seguridad y demás; de esta forma, habrá una definición de una política pública, por parte de un Tribunal, cuando en Sentencia se ordene a los otros Poderes desarrollar acciones, fijado por los Jueces para cubrir las necesidades de los ámbitos mencionados.

5. ***Decisión Ultrapetita:*** como bien lo sabemos las Constituciones están fundamentadas en Valores y Principios, al interpretar las normas a la luz de la Legitimidad Constitucional, en ocasiones por el carácter abierto, dentro del proceso el Juez no se restringe a las pretensiones de las partes, llegando, incluso a gestionar pruebas o decidir más allá de lo solicitado por los intervinientes.<sup>197</sup>

Hay claramente un Activismo Judicial, menciona el Profesor Pásara, cuando el Juez resuelve más de lo que le ha sido planteado.<sup>198</sup> La idea anterior nos enfoca a la causal civilista de nulidad “ultra petita”; al Juez no sólo debe aplicar la ley, sino, además, hacer Justicia, seguir ese rumbo puede sobrepasar los términos que le han presentado para su conocimiento. El ejemplo más claro se da, en el Control de Constitucionalidad, cuando una Corte al resolver no solo declara la Inconstitucionalidad de la norma cuestionada, sino que se extiende su declaratoria a otras que están relacionadas y estas no se encontraban dentro de las peticiones o argumentaciones del recurrente.

Sintetizamos la operacionalización cuando estamos frente a una decisión Judicial Activista, cuando contesta los actos de los Poderes, reconoce o expande Derechos, utiliza Sentencias interpretativas para que prevalezca una forma de entender las normas, cuando se define una política pública o corrige u orienta la de algún Órgano Estatal, o si al resolver no se limita al criterio de las partes sino que, por contrario, tome decisiones. Aclaremos, que las dimensiones anteriores no forman un conjunto de condiciones necesarias. Cada una puede ser suficiente para identificar una Sentencia como Activista; ya que cada indicador define un comportamiento de la Judicatura. No obstante, existen casos en que ningún de esos indicadores no se presenten y siempre exista

<sup>197</sup> **FEOLI VILLALOBOS, MARCO.,** *El nuevo protagonismo de los Jueces: una propuesta para el Análisis del Activismo Judicial*, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Vol.22, numero.2, 2015, pp.173-198, fecha de recepción: 26 de noviembre de 2014, fecha de aceptación: 27 de febrero de 2015, por la Universidad de Salamanca.

<sup>198</sup> **PÁSARA PAZOS, LUIS.,** “*Estado de Derecho Justicia en America Latina*”, Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la Republica de Perú, tomo I, numero I, año 2007, p.320.

Activismo Judicial.<sup>199</sup> Como Investigadores comprendemos y reflexionamos que los indicadores de Christian Curtis, son idóneos para puntualizar las diferentes Sentencias de Inconstitucionalidad Activistas de nuestra Sala.

#### **4.2.1 GRADOS APLICABLES DEL EJERCICIO ACTIVISTA JUDICIAL, UN ENFOQUE TRÍADIACO DEFINIDO EN: LEVE, MEDIO E INTENSO.**

Durante la investigación se han desarrollado aspectos Jurídico-Doctrinarios, sobre el Activismo Judicial su Concepto, Origen, Naturaleza, Tipos e Indicadores y demás, que se aplican en la definición de una Sentencia Activista. Llegamos a la parte central de la investigación, siendo la presentación, análisis e identificación de la Jurisprudencia sobre el Control de Constitucionalidad en materia electoral Activista; nos referimos en la determinación del grado de intensidad en la aplicación del ejercicio Activista, lo determinamos mediante el uso de una escala tríadica o de tres intensidades siendo “Leve”, “Medio” o “Intenso”. Establecemos tres parámetros para determinar “Medio-Intenso”: **(I) La ampliación del objeto del control**, los Tribunales Constitucionales no solo declara Inconstitucional Leyes, Decretos y Reglamentos; además, controla omisiones y actos políticos; **(II) El método Interpretativo y la concepción de la Argumentación por parte del Tribunal**. Se refiere cuando se privilegia la Argumentación Abierta, Principialista, ejerce los Juicios de Proporcionalidad y Ponderación. **(III) El tipo de Sentencia y sus efectos**. Las cuales se clasifican **exhortativa y manipulativas**. Según el Constitucionalista Argentino Néstor Pedro Sagüés en su libro “Derecho Procesal Constitucional: Avances y Retrocesos”, establece que los Tribunales Activistas emiten sentencias manipulativas aditivas y sustitutivas. Además las exhortativas es donde se establecen parámetros y criterios a la Asamblea de como deberá de normar acatando la Jurisprudencia de la Sala.

Sobre la Interpretación Constitucional en un enfoque del carácter abierto e indeterminado de la norma Constitucional, la Magistratura podrá aplicar el método interpretativo que mejor se adecue sobre la Argumentación, Proporcionalidad y Ponderación de los Principios en la finalidad de la protección y garantía de los Derechos Fundamentales. Por otra parte, la anulación de decisiones de los otros poderes del Estado; en la ocasiones determinando mandatos de optimización y creación de políticas públicas o la creación de normas jurídicas de aplicación inmediata por su

<sup>199</sup> SCHEDLER, ANDREAS, DIAMOND, LARRY Y PLATTNER, MARC., *Conceptualizing Accountability,” The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers, Londres, 1999, pp.13.

efecto erga omnes. Siendo de estricto cumplimiento frente a los demás Órganos del Estado o demás Tribunales, como por ejemplo el Tribunal Supremo Electoral, Corte de Cuentas y demás.

Sin dejar a lado el impacto del nuevo protagonismo del Juez en el Debido Proceso, que conlleva un impacto enorme su decisión sobre la función de las demás Instituciones, Órganos y Tribunales como Última Instancia. El progresismo y vanguardia de las decisiones Jurisprudenciales, en un enfoque de identificación de indicadores judiciales Activistas, sobre la Jurisprudencia en materia Electoral sobre el Control de Constitucionalidad, se tomara a consideración los parámetros propuestos en analizar, comprender y reflexionar el grado de intensidad en el ejercicio Activista, por parte de la Magistratura de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018.

#### **4.3 PRESENTACION, ANALISIS E IDENTIFICACIÓN DE SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR EN MATERIA ELECTORAL, PERIODO 2009-2018.-**

Recordemos la función de la Sala de lo Constitucional, la Corte Suprema de Justicia tiene una Sala a la que le corresponde conocer y resolver demandas de Inconstitucionalidad de las Leyes, Decretos y Reglamentos, los procesos de Amparo, el Hábeas Corpus, las controversias entre el Órgano Legislativo y el Órgano Ejecutivo (Constitución 1983, Art. 174). De manera expresa, el artículo 183 de la Constitución establece que la “la Sala de lo Constitucional será el único Tribunal competente para declarar la Inconstitucionalidad de las Leyes, Decretos y Reglamentos, en su formán y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier Ciudadano”. Como las Leyes, Decretos y Reglamentos son emitidos por otras organizaciones de la estructura del Gobierno (por ejemplo, el Ejecutivo o la Asamblea Legislativa), no cabe duda de que su control opera “horizontalmente”.

Esta Sala de lo Constitucional está integrada por cinco magistrados designados por la Asamblea Legislativa y su mandato es de nueve años. En términos de *Enforcement*, las sentencias de la Sala de lo Constitucional son de obligatorio cumplimiento pero la sanción, en materia, de Inconstitucionalidad. El año que más sentencias favorables y crucial en el Activismo fue en el 2010, justamente este fue el año que Sala de lo Constitucional adquirió un papel más relevante dentro del sistema de Control, pues comenzó a emitir una serie de Sentencias que afectaron significativamente al sistema político, especialmente en materia electoral y nombramiento de funcionarios. Para la determinación de Activismo Judicial será importante detectar la presencia de

alguno de los cinco indicadores con arreglo al concepto expuesto en el capítulo tercero.<sup>200</sup> Como fue establecido, se entenderá una sentencia es activista cuando se esté en presencia de, al menos, uno de estos indicadores:<sup>201</sup>

- 1. Contestación o confirmación de los actos de los otros poderes.**
- 2. Reconocimiento o expansión de Derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas.**
- 3. Utilización de sentencias interpretativas o fidelidad interpretativa.**
- 4. Definición de una política pública.**
- 5. Decisión Ultrapetita**

Durante el transcurso de la investigación, comprendemos y reflexionamos que los indicadores anteriores, son los idóneos para puntualizar los indicadores activistas de las diferentes Sentencias de Inconstitucionalidad, que con anterioridad hemos estudiado a profundidad y seleccionado, para explicar en forma clara y precisa el objetivo de este trabajo; establecer el desempeño activista de diferentes Inconstitucionalidades de la Jurisprudencia Electoral de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018. A continuación, establecemos un cuadro resumen de las Sentencias de Inconstitucionalidad favorables activistas, emitidas en el periodo de tiempo entre 1 de enero de 2010 al 31 de Julio de 2017.<sup>202</sup> Sin olvidar establecer el grado de intensidad Activista de cada resolución siendo Leve, Medio e Intenso.<sup>203</sup>

Para finalizar, desarrollaremos un breve resumen de cada una de las referencias en el orden presentados en el cuadro resumen, identificando cada indicador Activista que identificado en la Sentencia de Inconstitucionalidad e individualizarlo al elemento constitutivo del Sistema Electoral al cual pertenece. Lo anterior con la finalidad de un mayor orden al que pertenece, sobre la discusión de su Elemento Constitutivo, muy importante en nuestro Sistema Electoral salvadoreño.

<sup>200</sup> COURTIS, CRISTHIAN., “*La legitimidad del Poder Judicial ante la ciudadanía*”, en Nexos, número 329, mayo, México, 2005, pág. 62.

<sup>201</sup> FEOLI VILLALOBOS, MARCO., *Activismo Judicial y Justicia Constitucional: Los Casos de Colombia y Cota Rica*, Tesis para optar al grado de doctor de LA Universidad de Salamanca, Salamanca, Septiembre de 2012, pag.236.

<sup>202</sup> Aclaremos que el espacio temporal de nuestro tema de trabajo de graduación se presenta en el periodo del año 2009-2018, en función que es el periodo de magistratura de la Sala de lo Constitucional en estudio, sin olvidar que algunas referencias fueron presentadas en el año 2009 ante la Sala y admitidas en ese año, por otro lado el año de finalización del 2018 es el término de las funciones de la Magistratura, que se considera a estudio.

<sup>203</sup> Para la definición sobre los grados de intensidad sobre el ejercicio activista de la Magistratura de la Sala, se tomaran las posturas sobre indicadores judiciales y en la medida que las resoluciones son protagonistas en los funciones de los demás Órganos del Estado y el mismo TSE, en sus mandatos de optimización por parte de la Sala en las respectivas sentencias, analizando los criterios de interpretación, argumentación y decisión del fallo.

Para una mejor comprensión establecemos de nuevo los Elementos Constitutivos del Sistema Electoral salvadoreño, siendo los siguientes:

- **El número de representantes a elegir.**
- **La distribución y tamaño de las circunscripciones o distritos electorales.**
- **Las formas de candidatura.**
- **Las formas de expresión del voto.**
- **Las barreras o umbrales electorales.**
- **La fórmula electoral.**

**SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DEFINITIVAS FAVORABLES**  
**EMITIDAS ENTRE EL 1 DE ENERO DE 2009 Y 31 DE JULIO DE 2018.**<sup>204</sup>

N°	REFERENCIA	INSTITUCIÓN DEMANDADA	MATERIA SOBRE LA QUE VERSA LA INCONSTITUCIONALIDAD
1	35-2015	ASAMBLEA LEGISLATIVA	DECRETO LEGISLATIVO RELATIVO A LA APROBACIÓN DE CIERTOS BONOS PARA EL FINANCIAMIENTO PÚBLICA, DECLARA INCONSTITUCIONAL LA ELECCIÓN DE LOS 84 DIPUTADOS SUPLENTE DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA PARA EL PERIODO 2015-2018.
2	48-2014	ASAMBLEA LEGISLATIVA	PERMITIÓ EL LLAMADO “VOTO CRUZADO” DEJANDO SIN EFECTO LAS LISTAS CERRADAS DESBLOQUERADAS QUE SE HABIAN CAMBIADO GRACIAS A LA SENTENCIA DE INC. 61-2009 Y PASA HACER LISTAS ABIERTAS AL DECLARAR INCONSTITUCIONAL EL ART. 185, INC.3 DEL NUEVO CÓDIGO ELECTORAL.
3	57-2011	ASAMBLEA LEGISLATIVA	REFORMAS A LA CALIFICACIÓN DE LOS VOTOS EN LA ELECCIÓN DE DIPUTADOS, DERIVADOS DEL CAMBIO DE LA FORMA DE LA CANDIDATURA AL PASAR DE LISTA CERRADA Y BLOQUEADO A LAS LISTA CERRADA, PERO NO BLOQUEADA, E INTRODUCCIÓN DEL VOTO PREFERENCIAL

204

Fuente: elaboración propia con base en Centro de Documentación Judicial (s/f) de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

<b>4</b>	<b>66-2013</b>	<b>ASAMBLEA LEGISLATIVA</b>	CONOCER SOBRE EL OBJETO EN CONTROL DEL ACTO SOBRE LA CREACION DEL GRUPO PARLAMENTARIO “UNIDOS POR EL SALVADOR”, TRANSFUGISMO POLITICO.
<b>5</b>	<b>61-2009</b>	<b>ASAMBLEA LEGISLATIVA</b>	PRIMERA DE LAS CANDIDATURAS NO PARTIDARIAS DONDE SE ESTABLECE QUE NO ES NECESARIO QUE HAYA UNA AFILIACIÓN PARTIDARIA PARA SER DIPUTADO DE LA A.L DE IGUAL FORMA PARA EL PARLACEN Y SE DECLARA INCONSTITUCIONAL LAS LISTAS CERRADAS BLOQUEADAS Y PASA A LAS LISTAS CERRADAS DESBLOQUEADA. (VOTO POR ROSTRO)
<b>6</b>	<b>18-2014</b>	<b>ASAMBLEA LEGISLATIVA</b>	SE DECLARA INCONSTITUCIONAL NOMBRAMIENTO DE EUGENIO CHICAS PARA MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL POR EVIDENTE AFLIACION PARTIDARIA.
<b>7</b>	<b>10-2011</b>	<b>ASAMBLEA LEGISLATIVA</b>	INCONSTITUCIONALIDAD POR VICIO DE CONTENIDO SOBRE DECRETO LEGISLATIVO N° 555/2010, SOBRE POSTULACION DE CANDIDATURAS NO PARTIDARIAS PARA LA ASAMBLEA LEGISLATIVA.
<b>8</b>	<b>77-2013/ 97-2013</b>	<b>ASAMBLEA LEGISLATIVA</b>	ELECCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA “JOSÉ SALOMÓN PADILLA” DONDE SE DECLARA INCONSTITUCIONAL LA ELECCIÓN DE EL ABOGADO POR TENER AFLIACION PARTIDARIA.
<b>9</b>	<b>7-2011</b>	<b>ASAMBLEA LEGISLATIVA</b>	EN LO RESPECTA A ESTA SENTENCIA VERSA SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE EL D.L. 87/2009 DE LA ELECCIÓN DE LOS SEÑORES JULIO EDUARDO MORENO NIÑO Y OSCAR MORALES HERRERA, MAGISTRADOS PROPIETARIO Y SUPLENTE DEL TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL PERÍODO 2009-2014.
<b>10</b>	<b>39-2016</b>	<b>ASAMBLEA LEGISLATIVA</b>	EN LO REFERIDO DICHA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD, VERSA SOBRE LA OMISIÓN QUE HA INCURRIDO LA ASAMBLEA LEGISLATIVA EN REFERENCIA DE NO REGULAR EN

			EL CÓDIGO ELECTORAL UNA PROHIBICIÓN TRANSFUGUISMO DE LOS MIEMBROS DE LOS CONSEJOS MUNICIPALES.
<b>11</b>	<b>56-2016</b>	<b>ASAMBLEA LEGISLATIVA</b>	CON RELACIÓN A ESTA INCONSTITUCIONALIDAD, LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL CONOCE SOBRE LA POSIBLE VINCULACIÓN MATERIAL POR PARTE DEL ABOGADO RICARDO ALBERTO IGLESIAS HERRERA CON EL PARTIDO FMLN, CUANDO EL MISMO FUE ELEGIDO SEGÚN DL 101-2010 COMO MAGISTRADO SUPLENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

### **1. ANALISIS ACTIVISTA: INCONSTITUCIONALIDAD 35-2015.-**

Elemento Constitutivo del Sistema Electoral salvadoreño al que pertenece:

- **El número de representantes a elegir.**
- **Las formas de candidatura.**

Empezamos con la referencia que mayor impacto género en su momento sobre el Activismo evidente que ejerce la Sala, dentro de la comunidad jurídica es de gran relevancia por su actuación y contenido, aplicando el Derecho Judicial, Constitucional y Electoral desde una perspectiva novedosa, en el nuevo protagonismo que toma la Magistratura. Sobre la temática de la Seguridad Jurídica es relevante mencionar la Inconstitucionalidad en referencia, en la que teóricamente se estaba conociendo sobre la Constitucionalidad de un Decreto Legislativo relativo a la aprobación de ciertos bonos para el financiamiento publica, pero en la que la Sala de lo Constitucional, a más de un año de la realización de las elecciones legislativas resolvió de forma *Ultrapetita*, al declarar Inconstitucional la elección de los 84 diputados suplentes de la Asamblea Legislativa para el periodo 2015-2018, cuestión que reafirma el debilitamiento del rol del TSE, cuyos actos- incluyendo los resultados electorales que se formalizan en el acta de escrutinio definitivo o las credenciales de las autoridades electas, pueden ser anulados por la Justicia Constitucional, sin el agotamiento de los recursos electorales, en cualquier tiempo incluso a de manera oficiosa por la Sala de lo Constitucional.

Para una comprensión plena en el análisis Activista de la presente referencia la desarrollamos en el orden de estructura de presentación de la Sentencia por parte de la Sala: El presente proceso de Inconstitucionalidad fue iniciado por demanda presentada por el ciudadano René Aguilar, mediante la cual solicitó que se declarara la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo n° 1000, de 23-IV-2015, publicado en el Diario Oficial n° 74, tomo 407, de 27-IV-2015, por el que la Asamblea Legislativa autorizó al Órgano Ejecutivo, en el Ramo de Hacienda, para que emitiera títulos valores de crédito hasta por la cantidad de \$ 900 000 000 (“D. L. n° 1000/2015”), los cuales estarían destinados a ser colocados en el mercado nacional o internacional, porque, a su juicio, contraviene el contenido de los arts. 131 ord. 4°, 143 y 148 inc. 2° Cn.

Los hechos planteados por el actor, versan declara la Inconstitucionalidad del Decreto Legislativa, por la forma que fue aprobado por parte de la Asamblea Legislativa. La Constitución establece el procedimiento para la emisión bonos, para el pago de deudas que contrae el Estado; y, a la vez, la forma de proceder para la aprobación de un Decreto Legislativo. Lo anterior no fue respetado el procedimiento por parte de la Asamblea. En su momento la Sala, solicitó que las partes intervinientes (Asamblea Legislativa) y la Fiscalía General de la Republica, emitieran su opinión sobre la demanda presentada.

- **INDICADOR JUDICIAL DEL EJERCICIO ACTIVISTA.**

Durante el análisis y postura de la Sala, observamos que la actuación Activista:

(...) Mediante resolución del 26-VI-2015, se ordenó a la Asamblea Legislativa que certificara y remitiera a este tribunal, el listado de diputados propietarios y suplentes que votaron a favor, en contra y los que se abstuvieron de hacerlo en la aprobación del D. L. n° 1000/2015. Del mismo modo, se ordenó al Tribunal Supremo Electoral que informara a esta Sala si los candidatos a diputados suplentes de la Asamblea Legislativa para el período 2012-2015 fueron sometidos a elección popular y, en caso afirmativo, que enviara los nombres de los diputados suplentes que fueron electos por el voto popular directo de los ciudadanos.

El actor en su demanda, no planteo sobre declarar Inconstitucional o analizar en su momento la *Legitimidad Democrática*, de los Diputados Suplentes, la petición surgió por parte de la Sala surgió, por el motivo que en la aprobación del Decreto Legislativo, se utilizó el voto de un Diputado Suplente para llegar al umbral mínimo, y en consecuencia aprobar mayoritariamente la emisión de los bonos por parte del Ejecutivo. Observemos, el siguiente punto de la Sentencia:

(...) Ahora bien, aunque el *D. L. n° 1000/2015 no es inconstitucional por los motivos alegados por el demandante*, esta Sala advierte que su adopción, por un lado, ha defraudado la exigencia establecida en el art. 131 ord. 4° Cn. (relativa a la existencia de una causa justificada para llamar a un diputado suplente para que sustituya a un diputado propietario) y, por el otro, ha transgredido directamente el contenido del 148 inc. 2° Cn. (relativo a la aprobación de los compromisos contraídos por lo menos con los dos tercios de votos de los diputados electos). Pues bien, pese a que los motivos de inconstitucionalidad planteados por el actor deben desestimarse, *esta Sala analizará si los diputados que aprobaron el D. L. n° 1000/2015, defraudaron el art. 131 ord. 4° Cn., al hacer un uso indebido de la figura del “llamamiento de los diputados suplentes”; y, además, si el decreto en cuestión fue aprobado por diputados fueron realmente electos, tal como exige el art. 148 inc. 2° Cn.* Ambas disposiciones constitucionales han sido propuestas por el actor como parámetro de control.

La Sala se pronuncia que al analizar los motivos alegados por parte del demandante el Decreto Legislativo no es inconstitucional, pero se pronunciara sobre a partir de algunas breves acotaciones sobre el fraude a la Constitución, y la cuestión sobre la Legitimidad Democrática de los diputados suplentes, a pesar de tener las credenciales correspondientes emitidas por parte del Tribunal Supremo Electoral que legitima su actuación. Identificamos el indicador ***Decisión Ultrapetita***. Enunciamos criterios sobre la Interpretación Constitucional en los cuales determinamos indicadores Activistas sobre sobre el voto directo, elección popular, la distinción entre Diputado Propietario y Suplente y su Legitimidad Democrática:

(...) Las elecciones populares deben garantizar estas dos formas de entender el voto directo, tanto para los candidatos que aspiran a un cargo de elección popular en propiedad, como a los que aspiran al cargo de suplente. Prima facie, la elección al cargo de diputado no debe establecer distinción alguna entre propietarios y suplentes. La forma y procedimiento de elección debe ser la misma para unos y para otros, tal como lo menciona expresamente el art. 131 ord. 4°, al referirse a los “Diputados electos”, sin hacer distinción entre unos y otros. **[Fidelidad Interpretativa]**.

(...) En términos generales, el art. 80 inc. 1° Cn. establece que los diputados a la Asamblea Legislativa son funcionarios de elección popular. Al no establecer diferencias entre diputados propietarios y diputados suplentes, su origen sigue siendo popular, lo que equivale a ser elegido de modo directo por el elector. Por tanto, la expresión “Diputados de la Asamblea Legislativa” contenida en tal disposición debe entenderse en un sentido amplio, en el que sea posible incluir tanto a diputados propietarios como a diputados suplentes **[Reconocimiento o Expansión de Derechos]**.

(..) Si los diputados suplentes fueron elegidos, no por el voto directo del elector, sino como efecto de la victoria electoral obtenida por los diputados propietarios, entonces *ninguno de los suplentes posee*

*legitimación democrática directa.* Si los diputados suplentes están habilitados para realizar la misma función de representación que realizan los diputados propietarios, con igual intensidad y poder de decisión cuando asumen la suplencia, votando para aprobar leyes o incluso para reformar la Constitución, lo razonable y procedente es que los suplentes sean electos de la misma manera que los propietarios, esto es, por medio del voto directo del electorado. La elección de los diputados suplentes también es de primer grado y, por ello, los ciudadanos deben participar directamente en su elección. [Reconocimiento o Expansión de Derechos].

- **ESTABLECIMIENTO DE GRADO DE INTENSIDAD ACTIVISTA.**

Evidenciamos un Activismo Judicial **Intenso**, por la aplicación del parámetro de grado Activista, *El método Interpretativo y la concepción de la Argumentación por parte del Tribunal*, por los motivos cuando se privilegia la Argumentación Abierta, y Principialista.

Reflexionamos que la presente Inconstitucionalidad el grado del ejercicio Activista es intenso, por los motivos que la Sala, a pesar de haberse pronunciado que según los argumentos presentados por el demandante no fueron suficiente para declarar la Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo N° 1000, se pronunció a partir de la relación de los hechos que construyo por sí misma, la cual adopta analizar si los diputados que aprobaron el Decreto Legislativo, estableciendo que el actor pronuncio como parámetro de control la figura del “llamamiento de los Diputados suplentes”. Al momento de analizar e interpretar, la Sala cuestiona la Legitimidad Democrática de los diputados suplentes, a pesar de haber obtenido, las credenciales correspondientes por el Tribunal Supremo Electoral, y en una decisión *Ultrapetita*, se pronuncia que no podrán seguir supliendo a los Diputados propietarios, por carecer de Legitimación Democrática Directa; sin olvidar que aplico la mayoría de los indicadores activistas.

(...) En conclusión, las personas mencionadas previamente, concurrieron con su voto a la aprobación del D. L. n° 1000/2015, sin que hayan sido elegidas directamente por el voto del electorado, por lo que no pueden ser consideradas como “diputados electos”, ya que carecen de legitimación democrática directa. Y como sus votos fueron indispensables para la aprobación del decreto en referencia, éste es inconstitucional al haber vulnerado la exigencia contenida en el art. 148 inc. 2° Cn.

La Sala argumento que las razones principales para **Declarar Inconstitucional**, de un modo general y obligatorio, el D. L. n° 1000, de 23-IV-2015, mediante el cual la Asamblea Legislativa autorizó al Órgano Ejecutivo, en el Ramo de Hacienda, para que emitiera títulos valores de crédito hasta por la cantidad de \$ 900 000 000, porque contraviene los arts. 131 ord. 4° y 148 inc. 2° Cn.

en la utilización fraudulenta de la figura del llamamiento de Diputados suplentes para lograr el número mínimo de votos para la aprobación del Decreto Legislativo aludido y, por otro lado, la falta de Legitimación Democrática directa de los diputados suplentes que votaron para obtener el quórum requerido, al no haber sido elegidos por el voto directo de los Ciudadanos.

(...) Tras la notificación de esta sentencia, las personas consideradas como *diputados suplentes, declaradas como tales por el TSE, no podrán continuar supliendo a los diputados propietarios, por carecer de Legitimación Democrática popular*, es decir, por no haber recibido el voto directo del electorado; en consecuencia, la actual legislatura sólo podrá integrarse y funcionar con sus diputados propietarios. *Para que en las próximas legislaturas el Órgano Legislativo pueda contar con diputados suplentes legitimados democráticamente, éstos deberán surgir del voto directo del cuerpo electoral, en las respectivas elecciones.* El incumplimiento de lo determinado en esta sentencia, consistente en la aprobación de nuevas leyes y actos legislativos en que participen diputados suplentes, no producirá efectos jurídico-constitucionales [**Confirmación o contestación de los actos de los otros Poderes**].

## **2. ANALISIS ACTIVISTA: INCONSTITUCIONALIDAD 48-2014.-**

Elemento constitutivo del Sistema Electoral salvadoreño al que pertenece:

- **Las formas de expresión del voto.**

De acuerdo a las elecciones que ya se veían venir en el 2015, la Sentencia de la Sala de lo Constitucional (48-2014), iniciado por los ciudadanos Eduardo Salvador Escobar Castillo, Félix Augusto Antonio Ulloa y José Ramón Villalta; emitida el 5 de noviembre de 2014, permitió el llamado “voto cruzado” cambiando de las listas cerradas bloqueadas a listas abiertas al declarar Inconstitucional el Art. 185, inc. 3º, del nuevo Código Electoral, emitido en 2013. Tal inciso establecido que:

Art. 185 Inc. Final“ C.E. [...] En ningún caso se permitirá el voto cruzado, entendiéndose por aquel que el elector hubiere marcado candidatos o candidatas de distintos partidos políticos, distintos candidatos o candidatas no partidarios, o candidatos o candidatas de partidos políticos y al mismo tiempo, candidatos o candidatas no partidarias”

Art. 78 C.n- [...] El voto será libre, directo, igualitario y secreto.

En resumen de la sentencia los demandantes argumentaron que de acuerdo a la sentencia de Inc.61-2009, si bien se logra a pasar de un sistema de listas cerradas bloqueadas a un sistema de listas

cerradas desbloqueadas, este último no potencia íntegramente el derecho al sufragio de una forma libre en la que el ciudadano podrá votar libremente por el candidato que le parezca más idóneo y por ende es necesario pasar de las listas cerradas desbloqueadas a sistema de listas Abiertas, al declarar la Inconstitucionalidad de este Art.185 Inc. 3° C.E., se garantizará la libertad plena del ciudadano elector. De acuerdo a lo anterior la FGR en su informe manifestó que el Art.185 inc. 3° C.E., violenta el carácter del elector para decidir de una forma libre los candidatos que al votante le resulte más capaces en su función de Diputados para emitir su voto por lo tanto es oportuno que se declare Inconstitucional. De acuerdo a los análisis y estudio realizados por la Sala de lo Constitucional, esta misma termina declarando Inconstitucional el Art. 185 inc. 3° del Código Electoral, al prohibir al elector marcar candidatos de distintos partidos políticos, distintos candidatos no partidarios y al mismo tiempo candidatos no partidarios.

- **ESTABLECIMIENTO DE GRADO DE INTENSIDAD ACTIVISTA.**

De acuerdo a los indicadores judiciales que el profesor Christian Courtis se determina para identificar el Activismo Judicial en las Sentencias, se puede vislumbrar que se apega al indicador *Utilización de sentencias interpretativas o fidelidad interpretativa*. Por los siguientes motivos:

1- De acuerdo al estudio que hemos venido realizando a otras Sentencias de Inconstitucionalidad, si recordamos cuando estudiamos la Inc. 61-2009, donde se discuten también el cambio de listas cerradas bloqueadas a cerradas desbloqueadas, el peticionario al utilizar esta *Sentencia como referencia* explica que la referida Sentencia si bien en su momento marco un antes y un después, no potenció por completo la libertad del sufragio, por lo tanto es necesario cambiar el sistema de listas.

2- Al tratarse de un indicador compuesto, el mismo también se configura en el siguiente supuesto, al interpretar el Art. 78 C.n, se establece “El voto será libre, directo, igualitario y secreto.” Se puede notar que hay una *fidelidad interpretación* por parte de la Sala de lo Constitucional al declarar que efectivamente el sistema de listas cerradas bloqueadas efectivamente es violatorio al Ciudadano elector, porque él, no tiene en sí esa libertad para elegir a sus representantes que le resulten más idóneos con dicho sistema, más sin embargo con el nuevo sistema de listas Abiertas ese Derecho a elegir libremente se ve más satisfecho.

- **ESTABLECIMIENTO DE GRADO DE INTENSIDAD ACTIVISTA.**

Según los grados de Activismo Judicial que hemos determinados en el presente trabajo de investigación establecemos en Leve, Medio e Intenso. Según el estudio de la Sentencia determinamos que estamos en presencia de un Activismo Judicial con un grado **intenso**, y para esto nos apegamos al segundo parámetro para determinar según el tipo de grado Activista desarrollado en el tema Grados aplicables del Ejercicio Activista Judicial; según el análisis de la sentencia concuerda con *El método Interpretativo y concepción de la Argumentación por parte del Tribunal* y partimos en lo siguiente: que si recordamos este Derecho ya se venía potenciando de acuerdo a la sentencia de Inc. 61-2009, la cual en su momento también se determina que esa sentencia tiene un *grado Intenso*, según nuestro análisis; en ese sentido la sala está interpretando de acuerdo a la Constitución y a esta misma no tiene que existir leyes secundarias que estén en conflicto con esta misma. Es por esa razón que el grado de Activismo es **Intenso**, porque los Derechos Sociales se están ampliando cada vez más en relación de que no se les violenten los Derechos a los Ciudadanos de los electores.

### **3. ANALISIS ACTIVISTA: INCONSTITUCIONALIDAD 57-2011.**

Elemento Constitutivo del Sistema Electoral salvadoreño al que pertenece:

- **Las formas de candidatura.**
- **Las formas de expresión del voto.**
- **Las barreras o umbrales electorales.**

El análisis Jurisprudencial sobre esta referencia, establecemos que es especial por el grado de complejidad sobre diferentes figuras jurídicas del Derecho Procesal Constitucional que se debieron aplicar, criterios de Interpretación sistemática, declaración de Inconstitucionalidades por conexión, sobreseimiento de motivos, actualización de la normativa y la realización de un Juicio de Igualdad para determinar la Inconstitucionalidad de un motivo planteado por la parte actora fueron necesarias su aplicación en esta referencia, las ideas anteriores generaron un cierto grado y manifestación de Activismo Judicial por la parte de la Sala que a continuación exponemos:

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia a las quince horas con cuarenta minutos del día siete de noviembre de dos mil once, presenta la resolución sobre la demanda de Inconstitucionalidad promovida por el Ciudadano Francisco Monge, a fin de que el Tribunal declare la Inconstitucionalidad, por vicio de su contenido de los arts. 217 inc. 2 °, 238 incs. 2° y

3°, 250 inc. 3°, 253-C inc. 4° letras c) y d), y 262 inc. 1° letra f) números 1, 2, 3, 4, y 5 del Código Electoral (en lo sucesivo “CE”).

- **INDICADOR JUDICIAL DEL EJERCICIO ACTIVISTA.**

Para un mejor análisis de la presente Inconstitucionalidad nos enfocarnos solamente en el análisis de los motivos de Inconstitucionalidad de los actos a impugnar y un motivo de actualización Legislativa en los que identificamos indicadores de Activismo Judicial y establecer el Elemento Constitutivo Electoral al que pertenece, en el orden siguiente:

1. El actor argumento en su demanda lo siguiente: en cuanto a la infracción al Derecho de Igualdad –art. 3 Cn. –, afirmó que en el art. 217 inc. 2° CE se advierte una diferencia de trato entre los candidatos o candidatas no partidarias y los postulados por los partidos políticos, pues, para inscribirse en el registro pertinente del Tribunal Supremo Electoral (TSE), a los primeros se les exige como condición indispensable que sean originarios o residentes de la circunscripción electoral en la que pretenden participar, mientras que a los segundos se les permite presentar sus candidaturas en cualquier circunscripción electoral, según lo establece el art. 217 inc. 1° CE (parte esencial del análisis activista).

Para resolver la Inconstitucionalidad del art. 217 inc. 2° CE, por vulneración de los arts. 3 inc. 1° y 246 Cn. –principio de igualdad y proporcionalidad-, en relación con el art. 72 ord. 3° Cn.- derecho a optar al cargo de Diputado, la Sala realiza el siguiente análisis: Cuando se plantea una pretensión de inconstitucionalidad ante esta Sala, en la que se aduce la vulneración del art. 3 inc 1 Cn., debe realizarse el “Juicio de Igualdad”. El cual consiste básicamente en establecer si existe o no en la disposición impugnada una justificación para el trato desigual brindado a las situaciones jurídicas comparadas.

Al analizar la alegación por parte de la Asamblea Legislativa sobre las razones del trato desigual impugnado, este no logra establecer una justificación por parte del Legislador; la Sala, comprende que solo *describe* diferencias entre los candidatos no partidarios –por un lado-, y los candidatos políticos –por el otro-. Ya que no logra evidenciar una finalidad que justifique, desde el punto de vista Constitucional, el tratamiento diferenciado sobre los candidatos no partidarios y partidarios, respecto a la postulación del requisito sobre la circunscripción de la que sea originario o residente.

Siendo la postura Activista de la Sala lo siguiente:

(...) no se deduce la finalidad de la norma, ni del texto de la ley, ni de sus considerandos, ni de algún antecedente legislativo. Al carecer de finalidad la medida, se concluye que es irrazonable e inconstitucional. El efecto de esta decisión será la expulsión del ordenamiento jurídico de la disposición impugnada. Por consiguiente a partir de este fallo, el requisito declarado inconstitucional no será exigible. [**Confirmación o contestación de los actos de los otros Poderes**].

2. Además planteo la inconstitucionalidad del voto por bandera, alegando la vulneración al *carácter del libre voto*, contenido en el Art. 78 Cn., por los Artículos 238 inc. 2° y 250 inc 3 ° CE., que establecen los tres modalidades para ejercer el voto en sentido estricto, por bandera, por lista cerrada desbloqueada, y el surgimiento de la lista cerrada bloqueada o como se conoce la lista partidaria que conformé a la posición que se encuentran los candidatos del partido a elegir.

Establecemos el fallo para entender las disposiciones que la Sala, declara estimatorio:

(...) 1. Declárase de un modo general y obligatorio que el art. 253-C inc. 4° letras c) y d) del Código Electoral, al vulnerar el art. 78 de la Constitución, pues implica una intervención ilegítima en el carácter libre del voto, garantizado por la Constitución, el hecho de que los votos válidos se contabilicen a favor de los partidos o coaliciones: (i) cuando se ha marcado sobre una bandera o lista y un candidato del mismo partido o coalición; (ii) cuando se ha marcado sobre dos o más candidatos de una misma lista; o (iii) cuando se marca una bandera y dos o más candidatos de un mismo partido o coalición [**Confirmación o contestación de los actos de los otros Poderes**].

(...) 2. Declárase de un modo general y obligatorio que el art. 262 inc 1° letra f) n° 1 del Código Electoral, es inconstitucional, al vulnerar el carácter igualitario del voto contenido en el art. 78 de la Constitución, porque la voluntad del elector que haya optado por la votación individual de uno o más de los candidatos –partidarios o no, dentro de la misma lista– no se transformaría en una verdadera representación política, al estar en desventaja en relación con los votos atribuidos a la lista de los partidos políticos, en el orden de prelación determinado por éstos [**Confirmación o contestación de los actos de los otros Poderes**].

(...) 3. Declárase de un modo general y obligatorio que el art. 262 inc 1° letra f) números 2, 3 y 5 del Código Electoral, es inconstitucional, en virtud de su conexión material con el art. 262 inc 1° letra f) n° 1 del mismo Código, porque transgrede el carácter igualitario del voto establecido en el art. 78 Cn. [**Confirmación o contestación de los actos de los otros Poderes**],

La postura activista de la Sala, lo observamos en su fallo aclarando lo siguiente: Respecto de los 4 anteriores puntos estimatorios de este fallo, ***la Sala está privilegiando el voto por persona (Definición de Políticas Públicas)***, a fin de que la sentencia refleje, claramente la necesidad de respetar la libertad y plena capacidad de opción en materia electoral del ciudadano, quien es el sujeto fundamental de la Democracia, y que como tal, constituye el fin de la actividad del Estado salvadoreño, art. 1 Cn. Esto no sería respetado si se permitiera legalmente que los partidos determinaran una lista con orden de prelación, a efecto de imponerla sobre la libre elección de los ciudadanos. Por tanto, aunque en esta sentencia se interpreta que la Constitución permite la opción de voto por lista o bandera, esto no significa, en modo alguno que se avale la imposición de una prelación prefijada por los partidos, por encima de la decisión de los Ciudadanos **(Reconocimiento o Expansión de Derechos)**.

3. Respecto a los motivos impugnados algunos de ellos el actor expuso motivos de inconstitucionalidad en forma autónoma, pero la Sala argumento que a partir de una interpretación sistemática, sobre las disposiciones legales contenidas en el Decreto Legislativo n° 758/2011 se debía de pronunciar la inconstitucionalidad por conexión material y la vez realizo actualización legislativa por conexión material en algunos motivos que no declaro inconstitucional.

Identificamos el siguiente punto activista sobre el Art. 238 inc. 1° letra b) n° 1 CE, el Ciudadano que interpuso la demanda de Inconstitucionalidad sobre el voto por bandera, ya que a su entender vulnera el Derecho de Igualdad –art. 3 Cn.-; su finalidad es que se declare la Inconstitucionalidad por conexión material.

Con la idea anterior analicemos la postura de la Sala:

(...) Consecuentemente, no existe la inconstitucionalidad por conexión alegada por el actor, sino que, por el contrario, el art. 238 inc 1° letra b) n° 1 CE, puede interpretarse como una *actualización normativa del carácter igualitario del voto y del derecho fundamental al sufragio pasivo para el cargo de Diputado, razón por la cual no contradice el art. 3 Cn., y así deberá declararse en la presente sentencia*. La Sala considera que al actor le asiste la razón cuando afirma que las disposiciones a las que alude tienen una conexión material. [Fidelidad Interpretativa].

- **ESTABLECIMIENTO DE GRADO DE INTENSIDAD ACTIVISTA.**

Evidenciamos un Activismo Judicial **Intenso**, por la aplicación del parámetro de grado Activista, *El método Interpretativo y la concepción de la Argumentación por parte del Tribunal*, por los motivos cuando se privilegia la Argumentación Abierta, y Principialista. Además, identificamos el parámetro *El tipo de Sentencia y sus efectos*, la cual es una Sentencia Exhortativa, ya que se evidencia en el fallo los criterios de normar acatando la Jurisprudencia.

(...) Por los motivos establecidos y además pronuncia los siguientes mandatos: la Asamblea Legislativa deberá determinar la forma en que el “voto por bandera” o por lista incida en el resultado de las elecciones legislativas, sin desconocer la fuerza constitucional preeminente y libre del voto por persona. De cara a las elecciones legislativas de 2012, el TSE deberá tomar en cuenta lo dictaminado por la presente sentencia, en el caso de que el Legislador omita por cualquier circunstancia suplir los vacíos generados por el pronunciamiento de fondo de la misma (indicador: Definición de Política Pública).

#### **4. ANALISIS ACTIVISTA: INCONSTITUCIONALIDAD 66-2013.-**

Elemento Constitutivo del Sistema Electoral salvadoreño al que pertenece:

- **Las formas de candidatura.**
- **Las formas de expresión del voto.**
- **La distribución y tamaño de las circunscripciones o distritos electorales.**

El desarrollo de la presente Inconstitucionalidad marcó un precedente sobre el Sistema Electoral salvadoreño. La forma como la Sala aplicó el ejercicio Activista para proteger y blindar en cierta medida Derechos y Principios Constitucionales de los Ciudadanos y de los mismo partidos políticos; temas como la voluntad del electorado en la configuración de los distintos grupos parlamentarios, en la representación proporcional decidida por los votantes y protege el pluralismo político, la prohibición del *transfuguismo político*; En su momento, la Asamblea Legislativa y en específico los grupos parlamentarios de los partidos tradicionales sufrían transfuguismo de sus Diputados, ello generaba una incertidumbre y desestabilización de las políticas y trabajo legislativo y el fraude al elector configuraron la necesidad de que el Máximo Tribunal en materia Constitucional se pronunciara al respecto.

Para una comprensión plena en el análisis activista de la presente referencia la desarrollamos en el orden de estructura de presentación de la Sentencia por parte de la Sala:

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el uno de octubre de dos mil catorce, se pronuncia sobre el proceso promovido por el ciudadano Abelino Alfaro, quien solicitó se declare la inconstitucionalidad del art. 34 inc. 2° del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa, aprobado por Decreto Legislativo n° 756, de 28-VII-2005, (en lo sucesivo: "RIAL"); por el que se reconoce a los Diputados propietarios Rigoberto Soto, Jesús Grande, Sigifredo Ochoa Pérez, Santos Rivas y Claudia Ramírez, así como a la Diputada suplente Elsa Dávila de Morales, como nuevo grupo parlamentario denominado "Unidos por El Salvador" (en adelante "AJD n° 1722"); por vulnerar supuestamente el derecho al sufragio activo (art. 72 ord. 1° de la Constitución de la República, en lo sucesivo: "Cn."), el carácter igualitario del voto (art. 78 Cn.), el Principio de Representación Proporcional (art. 79 inc. 2° Cn.), el Principio de la Democracia Representativa (art. 85 inc. 1° Cn.) y el Principio de Pluralismo Político art. 85 inc. 2° Cn).

De un análisis integral de la demanda, la Sala considera que los objetos sometidos al Control Constitucional, regulan y autorizan el fenómeno del transfuguismo político. Lo cual indefectiblemente tiene un impacto negativo en el principio de representación proporcional, democracia representativa y pluralismo político establecidos en la Constitución de la República, por lo que el problema jurídico a resolver en esta oportunidad consiste en determinar si el reconocimiento legislativo del abandono voluntario de un Diputado —electo por el cuerpo electoral, de una lista propuesta por un instituto político— que constituya o ingrese a un grupo parlamentario distinto del partido político por el cual fue electo, lesiona la finalidad esencial y el carácter igualitario del sufragio activo, y a los principios de representación proporcional, democracia representativa y pluralismo político (arts. 72 ord. 1°, 78, 79 inc. 2°, 85 incs. 1° y 2° Cn.).

- **INDICADOR JUDICIAL DEL EJERCICIO ACTIVISTA.**

Desarrollamos los pronunciamientos de la Sala de lo Constitucional: El transfuguismo en las dimensiones antes apuntadas, y otras formas de fraude al elector, perjudica la gobernabilidad Democrática, porque cambian la configuración inicial establecida por el pueblo en las urnas, mediante el voto directo en la elección de Diputados Suplentes.

(...) En conclusión, es insostenible constitucionalmente que los Diputados de la Asamblea Legislativa, bajo el argumento de ampararse en la prohibición del mandato imperativo (art. 125 Cn.) y su independencia parlamentaria, transgredan el vínculo jurídico político de su adscripción partidista por la cual fueron electos; es decir, que es deber del Diputado respetar el mandato representativo conferido por el pueblo —que lo eligió por ofertar una programa político y defender un plataforma ideológica—, lo cual no lo exime de realizar su función legislativa conforme al bien común y a la Constitución de la República. [**Confirmación o contestación de los actos de los otros Poderes**].

(...) En consecuencia, la permisión normativa de la disposición impugnada para crear un nuevo grupo parlamentario, además de ser un fraude a la voluntad del elector, lesiona el carácter igualitario del sufragio activo, porque posibilita que los Diputados que abandonan un grupo parlamentario conformen otro nuevo, originándose una desigualdad del voto, porque no cumple el objetivo de incidir materialmente en la configuración de la Asamblea Legislativa, lo cual difiere de aquellos votos que si cumplen con tal finalidad.

La postura de la Sala conforme al Sistema Electoral salvadoreño, observamos el mayor reconocimiento del ciudadano en sus Derechos Electorales sobre el voto que a los mismo Partidos Políticos. En esta resolución se configuran en garantizar el mandato representativo conferido por los Ciudadanos y a su vez blinda los Grupos Parlamentarios de los Partidos Políticos, en que ese *transfuguismo*, genero un impacto negativo en su función Legislativa. Se evidencia la aplicación el indicador sobre la confirmación y contestación de los actos de los otros Poderes del Estado, declarar inconstitucional el nuevo grupo parlamentario denominado "Unidos por El Salvador", porque dicho Acuerdo constituye una aplicación derivada de una disposición normativa inconstitucional. Por lo tanto, dicho grupo parlamentario carece de legitimidad constitucional por haber alterado la configuración parlamentaria resultante de la voluntad popular.

- **ESTABLECIMIENTO DE GRADO DE INTENSIDAD ACTIVISTA.**

Evidenciamos un Activismo Judicial **Intenso**, por la aplicación del parámetro de grado Activista sobre *El tipo de Sentencia y sus efectos*, la cual es una Sentencia Exhortativa por lo siguiente:

(...) A. Los Diputados no están habilitados para abandonar la posición política representativa en el grupo parlamentario que les corresponde por decisión soberana del pueblo, adoptando una posición distinta de la que se ofreció y fue decidida así por los electores, con el fin de ingresar a otro grupo parlamentario existente o crear uno nuevo; por tanto, la Asamblea Legislativa ni la Junta Directiva de la misma, podrán reconocer a grupos parlamentarios surgidos al margen de la voluntad popular, que impliquen un fraude al electorado, en cuanto a la configuración legislativa surgida de las urnas. B. Los Diputados no podrán

abandonar el grupo parlamentario del partido político que lo postuló para el cargo, ni declararse independientes bajo el argumento de hacer uso de la garantía establecida en el art. 125 Cn., o de ejercitar el derecho de asociarse a un partido político —art 7 y 72 ord. 2° Cn. —; por tanto, los Diputados que estén integrando un grupo parlamentario diferente a aquél en que resultaron electos, no podrán continuar en el mismo. C. Los Diputados que sean expulsados de sus partidos políticos o renuncien de los mismos, no podrán ingresar a un grupo parlamentario existente, ni crear con otros Diputados un nuevo grupo parlamentario autónomo. D. Los Diputados no podrán ingresar al grupo parlamentario de un partido político que no participó en las elecciones correspondientes, y que por lo tanto no contó con el apoyo del electorado.

La Sala en su fallo, realiza un mandato de optimización a la Asamblea Legislativa, esta no deberá de reconocer la creación de un nuevo Grupo Parlamentario surgidos al margen de la voluntad popular. A la vez establecer una base de presupuestos en que los Diputados no están habilitados en abandonar su posición política, ni expulsados podrán realizar *transfuguismo*. Analicemos el fallo:

(...) 1. Declárase inconstitucional, de un modo general y obligatorio, el art. 34 inc 2° del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa, por contravenir los arts. 72 ord. 1°, 78, 79 inc. 2° y 85 incs. 1° y 2° de la Constitución de la República, al desconocer la voluntad del electorado en la configuración de los distintos grupos parlamentarios, lo cual genera una desigualdad en la representación proporcional decidida por los votantes y produce una afectación al pluralismo político. 2. Declárase inconstitucional por conexión el Acuerdo de la Junta Directiva de la Asamblea Legislativa n° 1722, de 24-IV-2013, que reconoce el nuevo grupo parlamentario denominado "Unidos por El Salvador", porque dicho Acuerdo constituye una aplicación derivada de una disposición normativa inconstitucional. Por lo tanto, dicho grupo parlamentario carece de legitimidad constitucional por haber alterado la configuración parlamentaria resultante de la voluntad popular. [**Confirmación o contestación de los actos de los otros Poderes**].

El indicador judicial Activista **Confirmación o contestación de los actos de los otros Poderes** es evidente sobre declarar inconstitucional en modo general y obligatorio el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, por contravenciones a la Constitución de la Republica, mediante la Interpretación Constitucional concluye que existe una desigualdad en la afectación en la Representación Proporcional y afecta el Pluralismo Político; declarando por Inconstitucional por conexión el nuevo Grupo Parlamentario “Unidos por El Salvador” careciendo de *Legitimidad Constitucional*.

Para finalizar sobre el parámetro de grado Activista es necesario entender la naturaleza de una sentencia Exhortativa, se establece una orden, a la Asamblea Legislativa de crear y legitimar

nuevos Grupos Parlamentario, por medio de la norma, siendo la Jurisprudencia de la Sala; además ordena a los Diputados, que no se les permitirá el *transfuguismo político* en las circunstancias descritas en el fallo, siendo de estricto cumplimiento.

##### **5. ANALISIS ACTIVISTA: INCONSTITUCIONALIDAD 61-2009.-**

Elemento Constitutivo del Sistema Electoral salvadoreño al que pertenece:

- **Las formas de candidatura.**
- **Las formas de expresión del voto.**

De esta sentencia Inconstitucionalidad (61-2009), promovida por el ciudadano Félix Ulloa, donde pretende que se declare la Inconstitucionalidad de los arts. 211, 215, 216, 218, 239, 250 inc. 1° y 262 inc 6° donde la Sala de lo Constitucional emitida el 29 de julio de 2010, se logra desbloquear las listas y declarar Inconstitucional el Art. 185, inc. Final. Cambiando de las listas cerradas bloqueada a listas cerradas desbloqueadas.

Como se puede denotar en la referida sentencia la Sala de lo Constitucional previene al Abogado Ulloa en relación del Art. 80 inc. 1° C.n, para que evidencie las posibles violaciones de Artículos del Código Electoral, la cual la sala declara improcedente dichos supuestos de violación.

De acuerdo a los parámetros que el Abogado Ulloa peticona, la Sala de lo Constitucional sigue conociendo acerca de la posible violación de los art. 72 ord. 3° y 126 según base constitucional al prohibirse la participación como candidato a diputados al no pertenecer a un partidos políticos inscrito y por la razón de que las listas cerradas bloqueadas afecta la forma de elección por parte de los electores pues no pueden elegir a sus representantes libremente siendo el art. 78 de la C.n el violentado.

- **INDICADOR JUDICIAL DEL EJERCICIO ACTIVISTA.**

De acuerdo a los indicadores que hemos venido trabajando, podemos darnos por conocidos que estamos en presencia de un Activismo Judicial donde hay un *Reconocimiento o expansión de Derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas*. En razón de lo siguiente en primer punto en relación a los candidatos no partidarios se manifiesta que los únicos que deben estar afiliados a un partido político son los que participan para las elecciones

presidenciales, no así los que van para diputados de la Asamblea Legislativa o el Parlamento Centroamericano, según la resolución los que participan para Diputados no partidarios deberán cumplir con otros requisitos más no el de estar afiliados a un partido político hay un en este sentido hay una expansión de Derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas.

En segundo supuesto en relación a la violación de que los Ciudadanos no pueden elegir a sus representantes de una forma libre al existir un sistema de listas cerradas bloqueadas pues el candidato estaba escondido tras una bandera de un partido político razón por la cual el Ciudadano no podría elegir a quien de los candidatos le daba su voto. En ese sentido se tiene como indicador un reconocimiento de Derecho pues se establecen los tres tipos sistemas de listas: en este casos se pasa de un sistema de listas cerradas bloqueadas a un sistema de listas cerradas desbloqueadas, mostrando a los Diputados que están en contienda.

- **ESTABLECIMIENTO DE GRADO DE INTENSIDAD ACTIVISTA.**

De acuerdo a determinar el grado Activista de esta sentencia, refleja que se está en presencia de un grado **Intenso**, y para esto nos apegamos al segundo parámetro para determinar según el tipo de grado activista desarrollado en el tema Grados aplicables del Ejercicio Activista Judicial, según expresa *el método Interpretativo y la de la Argumentación por parte del tribunal*, en este sentido se tiene que potenciar los derechos para los ciudadanos y se llega dar un reconocimiento de derechos los cuales no se tenía presente de forma expresa en relación a determinar que los que se postulan a participar para optar a Diputados no es necesario de que estén inscritos en un partido político para poder postularse algo que marco un precedente Activista Intenso; de igual forma la Sala tiene una postura meramente Activista y esta postura se tiene de manifiesto al cambiar las listas de una forma cerrada bloqueadas a cambiar a un modelo de listas cerradas desbloqueadas eso con el objetivo de dar un reconocimiento para la población.

## **6. ANALISIS ACTIVISTA: INCONSTITUCIONALIDAD 18-2014.-**

El análisis Jurisprudencial sobre esta referencia género en su momento un impacto sobre la discusión en el Control que la Sala de lo Constitucional realiza de los actos de la Asamblea Legislativa sobre la elección de funcionarios se segundo grado; es el caso en concreto la

declaración de inconstitucionalidad, sobre la elección de Magistratura del Tribunal Supremo Electoral por parte del ciudadano Eugenio Chicas, por evidente afiliación partidaria, lo cual vulnera el Principio de Independencia Judicial; La Sala realiza una argumentación sobre su Legitimación Constitucional para conocer del objeto en Control y los argumentos para determinar la estimación de Inconstitucionalidad sobre el Decreto Legislativo pronunciado.

Es necesario que la Interpretación Constitucional por medio de su Argumentación llegue a establecer que la Función Jurisdiccional que realiza tanto el TSE y la misma CSJ se integren, en el sentido, que a pesar de la naturaleza y función de los Tribunales Jurisdiccionales, anteriormente establecidos sus competencias y funciones preestablecidas en el ordenamiento Constitucional son diferentes, la Sala explica que hay ciertos Principios que se integran, como el Principio de Independencia Judicial frente a la afiliaciones partidarias siendo punto central y su fallo que observaremos una forma de Activismo que la Sala pronuncia.

Para una comprensión plena en el análisis activista de la presente referencia la desarrollamos en el orden de estructura de presentación de la Sentencia por parte de la Sala:

(...) La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el trece de junio de dos mil catorce, se pronuncia sobre el proceso de inconstitucionalidad promovido por el ciudadano Salvador Anaya Barraza, para que se declare inconstitucional el artículo único del Decreto Legislativo n° 87, de 31-VII-2009, publicado en el Diario Oficial n° 144, tomo n° 384, de 31- VII-2009 (“D. L. n° 87/2009”), en lo relativo a la elección del señor Eugenio Chicas Martínez, como magistrado del Tribunal Supremo Electoral, por la supuesta contradicción en los arts. 85, 172 inc. 3°, 208 inc. 1° y 218 de la Constitución de la Republica (Cn.).

En ese orden de ideas logramos identificar el ejercicio Activista Judicial por parte de la Sala, en los siguientes términos.

El actor argumenta que el artículo impugnado es Inconstitucional porque contradice el Principio de Independencia Jurisdiccional, frente a los partidos políticos, por parte de los magistrados del TSE. Este principio se derivaría del alcance de la Democracia Republicana y Representativa, así como de la Independencia Judicial, interpretados de acuerdo con los criterios de Unidad de la Constitución y de concordancia práctica. En tal sentido, manifestó que la Democracia Republicana y Representativa (art. 85 inc. 1° Cn.).

Sobre el Principio de Independencia Judicial (art. 172 inc. 3° Cn.), el demandante dijo que debe ser "[e]ntendida como ausencia de subordinación del Juez o Magistrado a otro poder jurídico o social que no sea la ley", lo que persigue asegurar la "pureza de los criterios técnicos — especialmente el sometimiento al Derecho— que van a incidir en la elaboración jurisdiccional de la norma concreta irrevocable". Asimismo, expresó que dicha Independencia debe entenderse en sentido funcional, esto es, referida al ejercicio de la función Jurisdiccional, de modo que "la exigencia de independencia se reclama, no tanto de los entes integrados en la Organización Judicial sino en relación a Magistrados y Jueces [...] en el ejercicio de la Función Jurisdiccional: se trata más bien [...] del principio de independencia jurisdiccional". Por otra parte, el demandante afirmó que el art. 208 inc. 4° Cn. establece de modo indubitable la atribución de potestad Jurisdiccional al TSE, al disponer que este será la máxima autoridad en materia electoral, lo que a su Juicio se confirma en los arts. 40 y 69 del Código Electoral, que se refieren a la "Autonomía Jurisdiccional" y "Actuaciones Jurisdiccionales" de dicho Órgano.

- **INDICADOR JUDICIAL DEL EJERCICIO ACTIVISTA.**

Desarrollamos la postura de la Sala: después de escuchar los pronunciamientos por parte de la Asamblea Legislativa y la Fiscalía General de la República que piden la desestimación de la pretensión incoada por la parte actora.

La Jurisprudencia de la Sala reconoce la Independencia Judicial en un “Principio Fundamental del Régimen Constitucional” (Sentencia de 14-II-1997, Inc. 15-69) y un “Principio rector del Estado de Derecho” (Sentencia de 20-VII-1999, Inc. 5-99). Así mismo se vincula entre la Independencia Judicial y la Protección de Derechos Fundamentales, ya que “si el Juicio ha de estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos (...) sobre las libertades individuales por parte de los poderes del Gobierno, la independencia de los Jueces es garantía de una Justicia no subordinada a las razones del Estado o intereses políticos”....

(...) La Sala señala, *que la independencia del Juez o de quien ejerce funciones jurisdiccionales es una seña de identidad o un rasgo esencial de la propia jurisdicción*. El principio de **Unidad Jurisdiccional**, dentro de las diversificaciones de la potestad jurisdiccional, ubicadas por fuera del Órgano Jurisdiccional, es compatibles con el principio de Unidad Jurisdiccional cuando se garantiza que dicha potestad será ejercida por auténticos Jueces.

Observémoslo en el caso de los funcionarios que tienen potestades Jurisdiccionales la prohibición sobre tener afiliación partidaria se deriva directamente del Principio de Independencia Judicial, como lo establece la Jurisprudencia Interamericana (...) *En el Estado Constitucional de Derecho, el ejercicio de la función Jurisdiccional por personas partidarias es un contrasentido. La independencia del Juez es un elemento esencial o irrenunciable para que la jurisdicción se reconozca como tal y no se convierta en algo distinto.* Conforme las ideas anteriores se deduce una incompatibilidad intrínseca entre el status del afiliado partidario, por lo tanto, no guarda coherencia con el art. 218 Cn., sobre todo en el ejercicio de una función pública de especial transcendencia en un Estado de Derecho como es la función Jurisdiccional. Con las ideas anteriores se expone que todos los Magistrados del TSE, son titulares de potestad Jurisdiccional en materia Electoral. Con estas premisas el Magistrado Chicas Martínez está afiliado a un partido político, por ello, su elección es Inconstitucional.

El Magistrado Chicas planteo en su momento sobre la cuestión de establecer si los Magistrados del TSE ejercen Funciones Jurisdiccionales, en cuyo caso a los aspirantes a dicho cargo les resulta aplicable la prohibición o el impedimento de estar afiliados a un partido político y solo restaría verificar si el Magistrado Chicas Martínez cumple con dicha prohibición. El Magistrado en su momento planteo sobre la Interpretación literalista del Inc. 1° del art. 208 de la Cn., y sobre la especialidad institucional del TSE. Analicemos el primero, Interpretar sobre la prohibición de afiliación partidaria es *exclusivamente* para los Magistrados propuesto por la CSJ, pero la cuestión debe de resolverse más allá del texto de esa parte de la disposición

A criterio de esta Sala sobre lo expresado del Magistrado, la Interpretación Constitucional es criterio de esta Sala es la finalidad histórica de los redactores del art. 208 inc. 1°, el argumento de la intención Constituyente solo evidencia que los redactores *quisieron*, crear una norma (una regla de integración del TSE) que no reflejo en el texto formulado y que además, en realidad no podía crear porque sería incompatible con otra norma (*un principio*) esencial del Estado Constitucional de Derecho, que establece la Independencia Judicial como rasgo de identidad o elemento indispensable de los Órganos con Funciones Jurisdiccionales.

El argumento de la especialidad Institucional de TSE, se interpreta de forma incorrecta por parte del Magistrado, ya que la Unidad Jurisdiccional implica uniformidad del régimen jurídico

elemental del Juez; en otras palabras, si se cumplen con las características esenciales de los funcionarios con potestad Jurisdiccional: Independencia, Imparcialidad, Responsabilidad, Predeterminación Legal y no Discriminatoria. *En otras palabras, la separación orgánica de ciertas funciones jurisdiccionales en ningún caso puede implicar una excepción al Principio de Independencia Judicial.* Si lo aplicamos en caso concreto, la dependencia política partidaria del TSE no es un elemento inherente a la gestión administrativa de los procesos electorales y, en cambio su contrario, es decir la Independencia de los Magistrado del TSE respecto a los partidos políticos *si es inherente al ejercicio de las funciones Jurisdiccionales de dicho Órgano.* En ese orden de ideas, se identifica la aplicación del indicador ***Fidelidad Interpretativa***, ya que fue necesario que la Sala mediante su interpretación del 1° del art. 208 de la Cn., y sobre la especialidad institucional del TSE, y aplico ***Reconocimiento o Expansión de Derechos***, por reconocer la especialidad del Tribunal Supremo Electoral en una Función Jurisdiccional en materia electoral, por ello integra que el Principio de Independencia Judicial se aplican a los Magistrados del TSE.

Descartados los alegatos del Magistrado Chicas, desarrollamos el fallo:

(...) **Declárase inconstitucional**, de un modo general y obligatorio, el artículo único del Decreto Legislativo n° 87, de 31-VII-2009, publicado en el Diario Oficial n° 144, tomo n° 384, de 31-VII-2009, en lo relativo a la elección del señor Eugenio Chicas Martínez como magistrado del Tribunal Supremo Electoral, porque al tratarse de una persona afiliada a un partido político, su elección a un cargo con funciones jurisdiccionales viola los principios de la democracia representativa y republicana, así como el principio de independencia judicial, reconocidos en los arts. 85, 172 inc. 3°, 208 inc. 1° y 218 Cn. [***Confirmación o contestación de los actos de los otros Poderes***], deja sin efecto el Decreto Legislativo.

- **ESTABLECIMIENTO DE GRADO DE INTENSIDAD ACTIVISTA.**

Evidenciamos un Activismo Judicial **Intenso**, por la aplicación del parámetro de grado Activista sobre *El tipo de Sentencia y sus efectos*, la cual es una Sentencia Exhortativa por lo siguiente:

En su fallo la Sala, se pronuncia ante un mandato de optimización, advirtiendo que la Asamblea Legislativa al momento de elegir funcionarios de segundo grado, en caso específico Magistrados del TSE, deben de cerciorarse que no tengan ninguna afiliación partidaria, con la finalidad de no realizar fraudes a la Constitución definiendo de forma clara y precisa, el respeto al Principio de

Independencia Judicial. Sin olvidar por parte de la Sala, que el Principio de Seguridad Jurídica es de suma importancia para el Estado de Derecho y la misma Democracia, señala que todas las situaciones Jurídicas y efectos ya producidos por el Magistrado Chicas, no serán afectados durante el periodo de su cargo y por la misma proximidad de los nuevos comicios, siendo certeza plena del Derecho, que el TSE debe de seguir su Magistratura hasta que finalice su periodo, a pesar de su inconstitucionalidad. En esta referencia podemos observar la aplicación de un Activismo Judicial Positivo, garante de la Seguridad Jurídica y el mismo Estado de Derecho. A continuación citamos parte del fallo estimatorio:

1. (...) También tiene efectos hacia el futuro, de modo que en lo sucesivo la Asamblea Legislativa no puede integrar el Tribunal Supremo Electoral con personas que tengan afiliación partidaria, ya que ello es incompatible con el ejercicio de funciones jurisdiccionales, incluida la jurisdicción electoral. [*Confirmación o contestación de los actos de los otros Poderes*].
2. (...) Para garantizar el normal funcionamiento del Tribunal Supremo Electoral frente al próximo proceso electoral, y tomando en cuenta el corto período que falta para la finalización de su mandato, el Magistrado Presidente de dicho tribunal, señor Eugenio Chicas Martínez, continuará en su cargo hasta finalizar el período del mismo, el 31 de julio de 2014. [*Reconocimiento o Expansión de Derechos*].
3. (...) Para no perjudicar situaciones jurídicas consolidadas y efectos jurídicos ya producidos, tal como lo exige el principio de seguridad jurídica (art. 1 Cn.), esta sentencia no afectará en modo alguno los actos y resoluciones emitidos por dicho funcionario durante el período en que desempeñó su cargo, ni afectará a los que emita durante el resto del período de su función, sin perjuicio de las impugnaciones de las que pudieran ser objeto conforme a la ley. [*Reconocimiento o Expansión de Derechos*].

## **7. ANALISIS ACTIVISTA: INCONSTITUCIONALIDAD 10-2011.-**

Elemento Constitutivo del Sistema Electoral salvadoreño al que pertenece:

- **Las formas de candidatura.**
- **Las formas de expresión del voto.**

La presente referencia en el ámbito de la Justicia Electoral, el sistema político salvadoreño y la apertura a los Ciudadanos a postularse a candidaturas no partidarias para la Asamblea Legislativa, es de vital importancia su análisis y comprensión, por el precedente que la Sala pronuncia en expandir Derechos en materia político – electoral. Sin dejar de lado que reestructura e innova la

función del Tribunal Supremo Electoral sobre las formas de candidatura y expresión del voto para cada periodo de elecciones; de esa manera los Ciudadanos tendrán optimizados su Derecho al voto libre y secreto. El nuevo papel protagonista del Tribunal Supremo Electoral será clave en esta Sentencia y para finalizar observaremos la aplicación del ejercicio Activista de la Sala, evidente en su función de creadora de normas, bajo los criterios Jurisprudenciales en su misión de garantizar el Estado Constitucional de Derecho, en específico garantizar la Seguridad Jurídica en el tema Electoral.

Para una comprensión plena en el análisis activista de la presente referencia la desarrollamos en el orden de estructura de presentación de la Sentencia por parte de la Sala de lo Constitucional:

La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el día veinticuatro de octubre de dos mil once, se pronuncia sobre la demanda de Inconstitucionalidad, por vicio de contenido de los arts. 2 inc. 2º, 5 inc. 1º, 6, 8 letras c) y d), 9 letras c) y d), 10 inc. 4º y 11 del D. L. n° 555, de 16-XII-2010 reformado por D. L. n° 835 del 8-IX-2011 (en lo sucesivo “DL 835/2011”), publicado en el D. O. n° 183, tomo 393, de 3-X-2011; que contiene las Disposiciones para la postulación de candidaturas no partidarias en las elecciones legislativas, por la supuesta vulneración a los arts. 3, 72 ord. 3º y 144 inc. 2º Cn., en relación con el art. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Los argumentos que el Ciudadano Félix Ulloa, para fundamentar su pretensión de inconstitucionalidad se resume en dos aspectos:

**(I) Inconstitucionalidad del contenido D. L. 555/2010 por vulneración del Art. 3 Cn.** Sostiene que el Decreto Legislativo impugnado vulnera el Principio de Igualdad, ya que impone a los candidatos no partidarios condiciones difíciles cumplimiento y que no actúan en un sentido de *proporcionalidad*, a diferencia de los partidos políticos y sus candidatos, a la vez vulnera el Derecho de Igualdad de los votantes, ya que al imponer arbitrariamente condiciones desiguales, afecta aquellos que deben de elegir libremente a sus representantes. (En aspectos sobre inscripción de candidatura no partidaria, responsabilidad financiera frente a terceros, plazos de tiempo para la realización de proselitismo).

(II) Inconstitucionalidad del art. 9 letras c) y d) D.L 555/2010, por vulneración de los arts. 72 ord. 3° y 144 inc. 2° Cn., en relación con los arts. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante (DUDH) y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), al negar a quienes han sido miembros de un partido político durante los tres años anteriores o quienes han sido diputados en la legislatura anterior a presentarse como candidatos no partidarios en una elección legislativa. Aclaremos lo siguiente: la Sala, al realizar la delimitación de motivos de Inconstitucionalidad sobre la presente referencia pronuncia sobreseimiento en cuanto a las exigencias sobre las firmas para inscripción de candidaturas no partidarias, sobre fianza y caución de los candidatos no partidarios, los cuales fueron reformados por el D.L 853/2011.<sup>205</sup>

- **INDICADOR JUDICIAL DEL EJERCICIO ACTIVISTA.**

A continuación, delimitamos los motivos de Inconstitucionalidad, en los cuales recae el conocimiento de la Sala identificando la aplicación del ejercicio Activista y el respectivo fallo: La Sala en su momento realiza una exposición teórica y Jurisprudencial sobre los Derechos Fundamentales que se alegan vulnerados: Principio de Igualdad y Derecho al Sufragio. Ello nos permite referirnos al tema de “*candidatos no partidarios*” sobre los aspectos Doctrinarios y Jurisprudenciales establecidos en la Sentencia 61-2009.

La Sala establece lo siguiente sobre la candidatura no partidaria:

(...) en el ordenamiento jurídico salvadoreño, el derecho a presentarse como candidato no partidario en elecciones de Diputados, se adscribe a los arts. 72 ord. 3° y 126 Cn. A tal conclusión se llegó en la Inc. 61-2009, por vía de una argumentación constitucional. *Como consecuencia del criterio Jurisprudencial plasmado en dicha sentencia, esta Tribunal constató la obligación que tiene el Legislador de adecuar el ordenamiento jurídico salvadoreño para dotar de plena eficacia el derecho de los ciudadanos a postularse como candidatos independientes o no partidarios en elecciones para Diputados* (Sentencia citada, considerando IV.4) [**Fidelidad Interpretativa**].

Sobre la inconstitucionalidad del art. 9 letra c) del DL 555/2010, por la vulneración del art. 246 inc. 1° Cn., en relación con el art. 72 ord. 3° Cn.; se señala que la medida impugnada *constituye*

<sup>205</sup>

Asamblea Legislativa de El Salvador, Decreto Legislativo número 853, pronunciado en el año 2011.

*una intervención legislativa intensa, esto es una genuina limitación del Derecho al sufragio pasivo, ya que impide a los Ciudadanos optar el cargo de Diputado como candidato no partidario. Se comprende que la finalidad de la Órgano Legislativo, es la de evitar que el elector al momento de decidir, incurra en error, y es un objetivo Constitucionalmente objetivo, sin embargo para esta Sala, **no es una medida necesaria, se tiene entonces que la prohibición impugnada no era necesaria** para conseguir el fin perseguido, por ello se concluye que es una regulación **desproporcionada** (en sentido amplio) del Derecho al sufragio pasivo, y por tanto Inconstitucional (**Confirmación o contestación de los actos de los otros Poderes**).*

Reflexionamos sobre el ejercicio Activista de la Sala en la presente Inconstitucionalidad, evidenciamos la Fidelidad Interpretativa, la cual consiste en que los Tribunales Constitucionales tomen decisiones que están claramente sustentadas en un referente normativo, en su caso la referencia 61-2009, en reconocer el Derecho de los Ciudadanos a optar el cargo de Diputado como candidato no partidario. A su vez declara Inconstitucional, ciertos artículos del DL 555/2010; ya que establece regulaciones *desproporcionadas para los candidatos no partidarios frente a los candidatos partidarios, por parte de la Asamblea Legislativa.*

Conforme al motivo de Inconstitucionalidad sobre el art. 6 del DL 555/2010 es inconstitucional en la medida que se establece un plazo de tres días después de la convocatoria a elecciones, los interesados deberán solicitar su reconocimiento como candidatos no partidarios; a sentido contrario los partidos se les convoca a elecciones con cuatro meses de anticipación y se les concede 90 días para *proselitismo de afiliación*, se vulnera el Principio de Proporcionalidad, consagrado en el art. 246 inc. 1° Cn., en la regulación del ejercicio del Derecho al sufragio pasivo –art. 72 ord. 3° Cn. -

La prohibición en que se fundamenta la autoridad demandada, es en que los candidatos no partidarios no son necesariamente permanente, sino específicos para un evento electoral, considerando que si se permite iniciar “proselitismo” antes de la convocatoria, ello podría dar lugar, a una medición de cálculos electorales, con miras a estorbar y producir resultados electorales que distorsionen la realidad.

(...) La finalidad se plantea en el plazo de 3 días posteriores a la convocatoria para solicitar el reconocimiento del candidato no partidario, así como justificar la restricción temporal de 25 días para la recolección de firmas, una vez haya hecho la convocatoria.

Al realizar el análisis de proporcionalidad de las condiciones impugnadas puede afirmarse, según la Sala, es *legítima desde la perspectiva Constitucional*, sin embargo desde el análisis de las posibilidades fácticas y jurídicas, se observa que ambas medidas condicionantes son *desproporcionadas, pues la intensidad con que satisface su fin mediano no compensa los sacrificios que implica para el Derecho fundamental en juego*. Observemos la interpretación de la Sala, pues bien la intensidad con que este realiza este fin es leve, ya que los electores siempre podrán distinguir una candidatura no partidaria de una partidaria, aun cuando el TSE reconozca formalmente a la primera en un periodo anterior a la convocatoria. Ahora bien, sobre la especulación de cálculos electorales, para evitar el posible anticipo de los resultados siempre se acreditará el grado de representatividad mínima (6,000 firmas según Jurisprudencia de esta Sala), independientemente del plazo que se le otorgue para la recolección de firmas, la intensidad de proporcionalidad es leve. *Los criterios de ponderación e interpretación de la Sala para resolver se aplican el indicador sobre Reconocimiento o Expansión de Derechos.*

- **ESTABLECIMIENTO DE GRADO DE INTENSIDAD ACTIVISTA.**

Evidenciamos un Activismo Judicial **Intenso**, por la aplicación del parámetro de grado Activista sobre *El método Interpretativo y la concepción de la Argumentación por parte del Tribunal*; en su momento, la Sala realiza una argumentación que declara desproporcionada, ciertos pronunciamientos sobre el Decreto Legislativo DL 555/2010, frente a los Candidatos no Partidarios. Además, **el tipo de Sentencia**, siendo su naturaleza *exhortativa*, ya que se establece parámetros y criterios a la Asamblea sobre cómo debe normar acatando la Jurisprudencia de la Sala. Citamos parte de la Sentencia:

(...) En cambio, la intensidad con que dicha medida afecta al Derecho al sufragio pasivo, es significativa; pues, efectivamente, al disponer los partidos políticos de mayor tiempo para buscar simpatizantes y organizarse (disponen de 90 días para efectuar proselitismo de afiliación y son convocados cuatro meses antes de las elecciones [arts. 154 y 225 CE], se *pone en desventaja material a los candidatos no partidarios respecto a los primeros desde el punto de vista competitivo-electoral*.- Por las razones anteriores esta Sala concluye que existe **la Inconstitucionalidad** del art. 6 del

DL 555/2010 por la vulneración del art. 246 inc. 1° Cn., en relación con el art. 72 ord. 3° Cn. [**Confirmación o contestación de los actos de los otros Poderes**].

Observemos el ejercicio Activista de la Sala en el siguiente apartado, que es resultado del motivo de Inconstitucionalidad anterior, identificamos su evidente e Intenso Activismo, la Magistratura ejerce un protagonismo legitimado, sobre los efectos que su decisión genera en el ordenamiento jurídico, primero que en su efecto el fallo será expulsado y realiza una integración de la norma, estableciendo la creación de Derecho, mediante el precedente Jurisprudencial de cómo actuar ante la disposición impugnada. La Sala, se adelanta ante el vacío y ordena al TSE acatar el fallo, para una mejor comprensión citamos el ejercicio Activista Intenso.

(...) El efecto del fallo será la expulsión parcial del ordenamiento jurídico de la disposición impugnada. Para colmar el vacío que generará esta decisión en el ordenamiento jurídico, y mientras no se regule de otra manera, la norma que contiene el art. 6 del DL 555/2010 se puede integrar con el art. 225 CE, entendiendo que, dentro del plazo de cuatro meses previos a la convocatoria a elecciones hecha por el Tribunal, las personas interesadas en participar como candidatos no partidarios pueden solicitar por escrito al TSE ser reconocidas como tales y podrán presentar al mismo Tribunal los libros para la recolección de las firmas necesarias para su inscripción antes de dicha convocatoria. [**Confirmación o contestación de los actos de los otros Poderes y Definición de Políticas Publicas**].

#### **8. ANALISIS ACTIVISTA: INCONSTITUCIONALIDAD 77-2013/97-2013.-**

En esta Inconstitucionalidad se conoce un proceso acumulado de sentencia de la Sala de lo Constitucional referencia (77-2013/97-2013) dicho proceso fue iniciado José Roberto Rugamas Morán (Inc.97-2013) y Oscar Oswaldo Campos Molina (97-2013), emitida el 14 de octubre de 2013, en dicho proceso se inicia para poder declarar la inconstitucionalidad del DL n° 1001/2012. Y en el mencionado decreto emitido por parte de la Asamblea Legislativa, donde se eligió como magistrado para la Corte Suprema de Justicia al Abogado José Salomón Padilla.

De acuerdo a los demandantes se vislumbran dos hechos que viene a ser fundamentales para destituir del cargo al Abogado José Salomón Padilla, según se conoce en el proceso de Inconstitucionalidad. El primer punto es que la Asamblea Legislativa no ha justificado ni comprobado la competencia notoria de Abogado José Salomón Padilla para ser elegido como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, y que por lo tanto “*el haberse desempeñado como asesor o gerente general en cierta empresa*” no lo hace idóneo ni muestra la competencia notoria para el cargo de magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

El segundo hecho, él entonces Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, fue elegido a dicho cargo por la Asamblea Legislativa, aun cuando ésta en la obligación de emitir un dictamen, donde se manifiesten las razones y motivos que justifique por qué estas personas le resulten más idóneas para ser elegidos como magistrados; no obstante el Abogado Salomón Padilla tiene una clara y manifiesta vinculación partidaria con el partido izquierdista Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), y que el cargo que desempeñe como presidente de la Corte Suprema de Justicia, se puede visualizar lo desempeñará de forma imparcial, favoreciendo en lo relativo a las pretensiones en las que pueda verse beneficiado dicho partido político, rompiendo con el principio de objetividad e independencia judicial. En resumen la sala termina por declarar la Inconstitucionalidad del Art. 2 y siguientes del D.L.101/2012, donde se eligió al Magistrado.

- **INDICADOR JUDICIAL DEL EJERCICIO ACTIVISTA.**

Según los indicadores de Activismo Judicial que hemos tomado como base para determinar la sentencia Activistas y retomamos del profesor Christian Courtis, estamos frente a una *Contestación o confirmación de los actos de los otros poderes*. Partiendo de lo que corresponde a la Asamblea Legislativa elegir a ciertos funcionarios entre ellos presidente y magistrados de la Corte Suprema de Justicia siendo plena función de la misma, no obstante como bien lo expresa la sala que a fin de que no hayan zonas exentas de control en el ordenamiento jurídico salvadoreño, la sala se ve obligada a declarar la ilegalidad de las mismas. Y por supuesto la *Utilización de sentencias interpretativas o fidelidad interpretativa* al utilizar como referencia la Sentencia analizada anteriormente Inc. 7-2011.

El Activismo se ve reflejado en el sentido en que “*el poder Judicial no tiene que meterse en las cuestiones políticas*”, esto como ejemplo de la Inc. 77-2013/97-2013, pero la sala de lo constitucional muy acorde en su postura justifica esa intervención en lo siguiente: que si bien el Art. 183 C.n establece como el único Tribunal competente para declarar la Inconstitucionalidad de Leyes, Decretos y Reglamentos; dicha sala puede ampliar ese espectro de Control a fin de que no hayan zonas exentas de Control como se ha dicho anteriormente. En este sentido los magistrados de la Sala de lo Constitucional, le ordenan a la Asamblea Legislativa a través de la Sentencia analizada, deben elegir a otro Magistrado que no tenga ningún vínculo partidario con ningún partido político a fin de garantizar una verdadera objetividad e independencia en sus decisiones.

- **ESTABLECIMIENTO DE GRADO DE INTENSIDAD ACTIVISTA.**

Haciendo una reflexión del grado Activista en sentencia diremos lo siguiente: Que estamos en presencia de una Sentencia con un grado **Intenso** y para esto nos amparamos en el primer parámetro para determinar el tipo de grado activista desarrollado en el tema Grados aplicables del Ejercicio Activista Judicial, nos referimos **Ampliación del Objeto de Control**, este se explica que según el Tribunal amplía su Objeto de Control para controlar Actos (Constitucionales), de los según corresponden al Art. 131 ord 19, C.n, la Asamblea Legislativa; en este sentido la Sala de lo Constitucional manda a elegir nuevamente a un Magistrado, porque la misma dictamina que es Inconstitucional el DL n° 1001/2012. Ordenando y recordando a la Asamblea Legislativa cuales son los verdaderos fines que deben tomar para elegir a los funcionarios por parte de dicho Órgano. Y ratificamos este grado de igual forma con lo que manifestado en dicha Sentencia por la Sala “-Dado que en el ordenamiento jurídico salvadoreño no deban existir zonas exentas de Control Constitucional, se exige que tales acto queden sometidos a la fiscalización de este Tribunal.” ¿Si lo anteriormente manifestado por la Sala no es Activismo Judicial, entonces que podría ser señores?

**9. ANALISIS ACTIVISTA: INCONSTITUCIONALIDAD 7-2011.**

En relación a esta Sentencia (7-2011), fue iniciado por el ciudadano José María Méndez Mariona, donde pretende declarar la Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo n° 87, de 31-VII-2009. Donde se eligió como Magistrados propietario y suplente a los Ciudadanos, Julio Eduardo Moreno Niño y Oscar Morales Herrera, cuando estos señores pertenecen ambos a partidos políticos legalmente inscritos, razón por la cual según el demandante es violatorio a los Arts. 208 C.n.

En dicho proceso la Sala de lo Constitucional comienza a conocer este proceso de acuerdo a los argumentos que el demandante vierte como motivos de Inconstitucionalidad. Primero comienza explicando que de acuerdo al Art. 208 C.n El Tribunal Supremo Electoral estará integrada por cinco Magistrados tres de ellos que serán presentados por los tres partidos políticos obteniendo una mayor votación en las elecciones presidenciales y como en las elecciones presidenciales del año 2009 solo participo el FMLN y ARENA, quedaba una terna vacante la cual es suplida por la Asamblea Legislativa pero los elige con votación de mayoría simple y no con mayoría calificada como claramente se estable para las dos ternas para los candidatos propuestos por la Corte Suprema

de Justicia; pero la sala declara que no hay inconstitucionalidad de acuerdo a la forma de votación, fundamentando en el Art. 123 C.n ya prevé la forma de votación para casos no regulados.

En relación al segundo punto se plantea que los señores Moreno Niño y Morales Herrera pertenecen a los partidos políticos PCN y PDC respectivamente, motivo del cual no deben optar para dicho cargo, aun cuando estos partidos políticos se retiraron de las elecciones presidenciales y de esta forma no pueden buscar una terna de acuerdo a la que se establece para los Partidos Políticos que hayan participado en las elecciones presidenciales y hayan quedado dentro del el tercer lugar; es así que la Sala de lo Constitucional muy acorde a la situación no prevista en el Art. 208 C.n, dice como se debe proceder cuando haga un falta una ternas de propuesta de los Partidos Políticos: se procederá a elegir personas que no tengan ninguna vinculación partidaria. Y de acuerdo a este mandato de optimización que manda a la Asamblea Legislativa, termina por declarar la Inconstitucionalidad del D.L. 87/2009.

- **INDICADOR JUDICIAL DEL EJERCICIO ACTIVISTA.**

De acuerdo al análisis que se le ha realizado dicha sentencia de Inconstitucionalidad, se puede determinar que el indicador de Activismo Judicial es *Reconocimiento o expansión de Derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas*. Por los motivos que dentro de la regulación del Art. 208 C.n no regula expresamente sobre la tercera terna que haga falta cuando en las elecciones presidenciales solo participen dos partidos políticos y se llame a elecciones para poder elegir a magistrados del Tribunal Supremo Electoral, ni tampoco la forma de cómo se erigirá la terna faltante y los requisitos que deberán de cumplir. En este sentido, la Sala de lo Constitucional al dar solución a esta problemática en dicha resolución deja un precedente de Jurisprudencia Progresista o Histórica-Evolutiva y por supuesto porque no decirlo, establece en práctica y ejecutando efectivamente un Activismo Judicial reconociendo un derecho no regulado expresamente en el Ordenamiento Jurídico Constitucional, determinando sobre ese punto lo siguiente mandato imperativo: aquellos candidatos que opten a una Magistratura del TSE distinta a la de os propuestos por la CSJ, sin que haya un tercer partido en la última elección presidencial, no deben tener afiliación partidaria.

- **ESTABLECIMIENTO DE GRADO DE INTENSIDAD ACTIVISTA.**

Se constata de acuerdo al análisis estamos presente de un grado de Activismo Judicial **Intenso**; el primer parámetro para determinar el tipo de grado Activista, la Sala está controlando un acto por parte de la Asamblea Legislativa. Lo anterior configura de acuerdo a los parámetros a **la ampliación del objeto de control**; el grado Activista en esta sentencia se encuentra evidente, se observa por parte de la Sala de lo Constitucional que amplia se objetó de Control de acuerdo a los que mencionan los Arts. 183 y 174 C.n. Por otra parte, claramente la Sala de lo Constitucional a raíz de ello hace efectivo el reconocimiento de un Derecho, donde se dejó notar la omisión que presentaba el Art. 208 C.n, por parte de la Asamblea Legislativa, cuando los partidos que compitieron para las presidenciales solamente compitan dos en la elección del 2009 donde solo compitió el FMLN y ARENA; para la postulación para los candidatos a Magistrados faltaba una tercera terna, pues solo se tenía las dos propuestas por los partidos que compitieron y las dos por parte del CSJ. No obstante, la Sala de lo Constitucional ya manda un mandato imperativo para situaciones similares; de esta forma la Sala de lo Constitucional pronuncia Jurisprudencia a través del Activismo Judicial en materia Electoral, cuando se esté en presencia de Lagunas de Ley, Antinomias entre otros.

#### **10. ANALISIS ACTIVISTA: INCONSTITUCIONALIDAD 39-2016**

- **Las formas de candidatura y expresión del voto.**

Respecto de esta Sentencia de Inconstitucionalidad (39-2016), promovida por los Ciudadanos Wilfredo Campos De la Cruz y Miguel Ángel Flores Durel, donde pretenden que se declare la Inconstitucionalidad de la omisión en la que ha incurrido la Asamblea Legislativa al no haber regulado en el Código Electoral la “prohibición del transfuguismo de los miembros de los Consejos Municipales así como las consecuencias que debe tener el incumplimiento de dicha prohibición”. Por ser violatorios según los demandantes a los Arts. 3, 72 ord. 3°, 80 inc 1°, 85, y 86 inc. 1° todos de la Constitución.

De acuerdo a los demandantes, los Consejos Municipales al ser elegidos mediante elección popular estos también debieron regularse con los mismos efectos de los cuales hace alusión la Sentencia de Inc. 66-2013, donde se prohíbe el transfuguismo a los diputados electos para la Asamblea Legislativa y el PARLACEN, esto respecto a la Soberanía Popular y la Democracia Representativa que los mismo recibe por parte de los electores, pues los mismo están sometidos a mandatos de

representación, en ese sentido según los demandantes era necesario que se regulara la prohibición del transfuguismo y las consecuencias jurídicas del mismo por parte de Alcaldes, Concejales, Síndico Municipal etc. Por su parte, la Asamblea Legislativa en su informe, niega que la misma haya incurrido en dicha omisión, pues deja entre ver que la posibilidad que se diera ese transfuguismo en los consejos municipales era muy mínima; sin embargo eso vendría a ser más propicio para las elecciones del 2015 con los consejos plurales y en ese sentido prohibición para regular el transfuguismo en los Consejos Plurales.

Es así como la Sala de lo Constitucional advierte que el fenómeno de transfuguismo político es un fraude en la voluntad de los electores, y utilizando la referencia de Inc. 66-2013 “en este caso, Diputados de la Asamblea Legislativa *no pueden transgredir el vínculo ideológico asumido con el partido político por el cual compitieron y por ende lograron un escaño a cargo determinado*” y de acuerdo a lo que arguyo la Asamblea Legislativa donde pretende justificar sobre que no hay antecedentes de transfuguismo en los Consejos Municipales, la sala le manda una lista de casos: En 2005 el alcalde de Chinameca y nueve regidores paso de FMLN al PCN y en 2011 el alcalde de San Francisco Gotera paso de PDC al partido ARENA. De acuerdo a lo anterior la Sala de lo Constitucional termina por declarar a lugar la *Inconstitucionalidad por omisión* en la que ha incurrido la Asamblea Legislativa en lo que respecta violación a los Arts. 3 inc. 1°, 72 ords. 1° y 3° C.n derecho al sufragio activo y al carácter igualitario del voto y Arts. 80 inc. 1°, 85 y 86 inc. 1° C.n en lo que refiere al Principio de soberanía popular y Democracia representativa todos relacionados con Art. 202 Cn., consistente a emitir legislación pertinente.

- **INDICADOR JUDICIAL DEL EJERCICIO ACTIVISTA.**

En relación al análisis realizado a esta Sentencia de Inconstitucionalidad se pueden visualizar que en ella se ve inmerso dos indicadores de los cuales el profesor Christian Cortuis refleja para determinar cuando estamos en presencia de una sentencia Activista y de ella se denotan el indicador siguiente: *Contestación o confirmación de los actos de los otros poderes*, de acuerdo a estos actos se puede configurar por acción u omisión, en este sentido la Sala de lo Constitucional a través del Derecho de Respuesta a la autoridad demandada en este caso la Asamblea Legislativa, para que brinda en su informe. En el cual, la Sala establece que la Asamblea se contradice sobre

el informe brindado estableciendo que no existe la omisión y posteriormente reconoce que no es hasta la conformación de los consejos plurales cuando se hace más evidente regular dicha norma.

- **ESTABLECIMIENTO DE GRADO DE INTENSIDAD ACTIVISTA.**

Sin duda alguna, el grado de Activismo Judicial que vierte esta Sentencia de Inconstitucionalidad es **Intenso**, la fuente donde nos amparamos para determinar el Grado de Intensidad lo hacemos tomando como referencia al primero de los tres que se mencionan en el tema grados aplicables del Ejercicio Activista Judicial, pues como ya hemos venido diciéndolo la Sala está controlando una omisión por parte de la Asamblea Legislativa y eso se configura de acuerdo a los parámetros a **la ampliación del objeto de control**; es así que la misma se configura con un grado Intenso al referimos a esta sentencia de Inconstitucionalidad, en la mencionada Sentencia se pueden encontrar dos indicadores claramente demarcados cada uno de ellos como ya se ha explicado anteriormente, llegando así a la conclusión que de acuerdo a los Grados Medio, Leve, e Intenso; no se puede configurar en los otros dos grados mencionados, pues como ya se dijo en dicha Sentencia no solamente se refleja con claridad Indicador Activista sino que además, los Indicadores que presentan son dos, partiendo de este análisis así lo expresamos.

### **11. ANALISIS ACTIVISTA: INCONSTITUCIONALIDAD 56-2016.**

De acuerdo a esta sentencia Inconstitucionalidad (56-2016), promovida por el Ciudadano Salvador Enrique Anaya Barraza, donde pretende declarar la Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo n° 101, de 21-VIII-2012. Donde se elige como Magistrado Suplente al Abogado Ricardo Alberto Iglesias, cuando el mismo tiene una clara y manifiesta vinculación material con el partido FMLN, razón por la cual según el demandante es violatorio a los Arts. 172 inc. 3°, 85 y 218 C.n; no obstante que dicha Sala de lo Constitucional ya ha emitido en otras Inconstitucionalidades precedentes en los cuales prohíbe la vinculación partidaria para todos los funcionarios que opten a cargos en los que tienen que ejercer Jurisdicción.

De acuerdo al pronunciamiento que emite la Asamblea Legislativa emite, dice claramente que el cargo que el Abogado desempeña con el partido FMLN, no significan un impedimento Constitucional para que el mismo pueda fungir como Magistrado suplente de la Corte Suprema de Justicia, y justifica de acuerdo la Asamblea Legislativa la Sala de lo Constitucional al momento

que fue elegido como Magistrado suplente esta última no había emitido Jurisprudencia y la Sala muy ordenada le cita Jurisprudencia de los períodos que le antecedieron a la que está conociendo donde ya se discutía las violaciones que traería con el Principio de Independencia Judicial. Efectivamente, la Sala de lo Constitucional termina declarando la Inconstitucionalidad el D.L. n° 101/2012, por ser violatorio a los Arts. 172 inc 3° y 85 inc 1° de la Constitución en relación a la Independencia Judicial y Principio de la Democracia Representativa y Republicana, de igual forma el Art. 218 en relación que los funcionarios deben estar sujetos a la Constitución y no a una fracción política, y retoma la inc. 77-2013 en reiteradas ocasiones utilizando como Jurisprudencia para efecto de fortalecer a la Sentencia.

- **INDICADOR JUDICIAL DEL EJERCICIO ACTIVISTA.**

Por supuesto que estamos en presencia de un claro Activismo Judicial en materia Electoral y según el análisis que se le hemos realizado a la Inc. 56-2016, el indicador Activista lo encontramos en la *Utilización de sentencias interpretativas o fidelidad interpretativa*. De acuerdo a lo que hemos venido estudiando la Sala de lo Constitucional retomó entre muchas la Inc. 77-2013 e Inc. 7-2011, la primera versa donde se declaró la Inconstitucionalidad del Abogado José Salomón Padilla como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, y de esta Sentencia se retoman varios precedentes como el Principio de Independencia Judicial por parte de los funcionarios que obtén a desempeñar cargos de Jurisdicción cuando el mismo funcionario tiene algún vínculo o este afiliado a un partido político. La segunda referida en relación a unas elecciones a Magistrado propietario y suplente del Tribunal Supremo Electoral, los cuales claramente permanecían a ciertos partidos políticos, en violación con la prohibición de que no deben tener un vinculación partidaria.

Es por estos motivos, que se puede evidenciar según el indicador manifiesta sobre la utilización de Sentencias Interpretativas y efectivamente la sala retomó dichas Sentencias para fundamentar y argumentar esta Sentencia de Inconstitucionalidad, es por estas circunstancias en que la Sala muy acorde retoma su misma Jurisprudencia reciente para dar un mensaje directo a la Asamblea Legislativa de que dichos nombramientos los debe de hacer de acuerdo a los intereses generales y con objetividad, idoneidad y eficacia; no partiendo de criterios partidarios o personales.

- **ESTABLECIMIENTO DE GRADO DE INTENSIDAD ACTIVISTA.**

Es muy preciso decir que dicha Sentencia de Inconstitucionalidad se está en presencia un grado de Activismo Judicial **Intenso**, desarrollado en el tema grados aplicables del Ejercicio Activista Judicial, pues como ya hemos venido diciéndolo la Sala está controlando actos que son emanados por parte de la Asamblea Legislativa y eso se configura de acuerdo a los parámetros a **la ampliación del Objeto de Control**; según lo que ya sea conocido la misma Sala le ordena a la Asamblea Legislativa que en lo que respecta a lo sucesivo a esta Sentencia “no podrá integrar la Corte Suprema de Justicia o cualquier órgano o institución que ejerza atribuciones de control del poder político, con personas que posean una vinculación objetiva o material comprobada con partidos políticos, al ser tal circunstancia un motivo de inelegibilidad de los mismos que pone en riesgo su Independencia.”

Esta vez la Sala de lo Constitucional le ordena de forma explícita a la Asamblea Legislativa, y la misma orden se deriva de las sentencias de Inconstitucionalidad que la Sala de lo Constitucional ha venido emitiendo en determinadas resoluciones que de acuerdo ha sido citadas como referencias en dicho proceso de Inconstitucionalidad y que la Asamblea Legislativa ha hecho caso omiso de dichas Sentencias para elegir a dichos Funcionarios.

#### **4.4 REFLEXION SOBRE ACTIVISMO JUDICIAL POSITIVO “CORRECTO”: LÍMITES Y GARANTIAS FRENTE AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.**

Durante la realización de los diferentes capítulos del presente trabajo, hemos comprendido que Activismo Judicial como institución, es una herramienta fundamental en el actual esquema de Justicia donde se transforma principalmente la figura del Juez pasando de ser un espectador, a pasar hacer protagonistas en procesos complejos difíciles de resolver, siendo necesario la aplicación de un Activismo Judicial positivo “correcto” acorde a los Derechos Fundamentales y la misma Constitución. La actuación por parte de los Tribunales Constitucionales en el marco del ejercicio Activista estará en todo momento limitado por la misma Constitución, garantizando en efecto la protección de los diferentes Principios Constitucionales y Derechos Fundamentales de los individuos. Es de suma importancia el rol que le corresponde al Juez, en una Sociedad Democrática – Constitucional, al desempeñar su función Constitucional de carácter Jurisdiccional,

estando obligado a seguir las decisiones Democráticas, pero, por sobre todo, a respetar y proteger los Derechos Fundamentales de los individuos.

Frente a la postura, Activismo y Garantía Constitucional concluimos lo siguiente: la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el concepto de “Garantía”, como aquella que sirve para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un Derecho.<sup>206</sup> En un enfoque procesalista el plantear la existencia de un “conflicto que enfrenta a dos sectores bien diferenciados en nuestra ciencia: los que propiciamos el Activismo responsable del Juez, frente a los que sostiene que esta dinámica destruye las Garantías Constitucionales que implementan el Debido Proceso (Garantismo Procesal)”.<sup>207</sup> Se ha planteado, con anterioridad en el presente trabajo que mientras el Activismo se ejerza en beneficio de los Derechos Fundamentales, de las acciones de Garantía de esos Derechos y de la aplicación de la participación ciudadana en la cosa pública, no hay nada que temer de él, ni tampoco interpretarlo como una actitud de la Jurisdicción reñida con el Garantismo. En ese orden de ideas, el ejercicio Activista respetara las Garantías Constitucionales (Derecho a la Jurisdicción, Derecho a ser oído, Derecho de Defensa, por mencionar algunas). Sin embargo, no podemos dejar de lado que el Activismo en algún momento tendrá choques con las Garantías Constitucionales, la solución lo definimos en el hecho de que ninguno de ambos institutos agravie al otro; podrá disminuirlo en aras de una mejor protección de los Derechos Fundamentales, pero nunca vulnerar la institucionalidad del Garantismo y Activismo.

Como se ha demostrado, el rol del Juez en una Sociedad Democrática, sobre todo en el ámbito político-electoral, no consiste en diseñar las políticas o planes, sino consiste en proteger activamente los Derechos Fundamentales y la garantía de los Principios Jurídicos que han sido reconocidos e incorporados a la normativa Constitucional. El Juez tiene el deber, por mandato Constitucional y en virtud del Derecho Internacional, de adjudicar esos Derechos, de hacer Justicia y, por supuesto, esto incluye la Justicia Social. En una Sociedad Democrática las decisiones políticas del Órgano Judicial en relación a los aspectos Políticos-Electorales están subordinados a los Derechos Fundamentales reconocidos a los individuos y adjudicados por el Juez, en síntesis el límite de actuación es el carácter material Constitución.

<sup>206</sup> Opinión consultiva OC 8/87, del 30/01/1987, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>207</sup> Conf. “Problemas actuales del Derecho Procesal”, Activismo versus garantismo procesal, Querétaro, Fundap, 2002, p.10.

Reflexionamos el nuevo rol protagonista de la Judicatura Constitucional en El Salvador, al aplicar el ejercicio Activista positivo o “correcto”, los precedentes Jurisprudenciales pronunciados, contribuye a la Seguridad Jurídica y el Estado de Derecho; en una perspectiva de un Sistema Democrático, respetuoso del Principio de División de Poderes y la Legitimidad Democrática de los Ciudadanos y la misma Justicia Electoral. En la función de los Jueces en una Democracia es aplicar la Constitución y las normas dictadas por las autoridades Democráticas con certeza y objetividad, bajo la Legitimidad Constitucional y su naturaleza de un verdadero Tribunal Constitucional de Última Instancia, aplicando la Interpretación Constitucional que mejor se adecúe a cada caso en concreto a conocimiento y sus pronunciamientos en Argumentar, Ponderación Proporcionalidad de los Principios y la misma materialización de la Constitución.

Los casos muestran que el Juez no es un autómatas que se limita a desempeñar una función mecánica. A contrario sensu, la Magistratura Constitucional aplica las normas que se consideran Derecho en una sociedad Democrática, siendo la misma *Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, Constitución y así como los Tratados Internacionales*, forman parte del marco jurídico dentro del cual debe moverse la Judicatura. Por tanto, los Jueces podrían desempeñar su función recurriendo a las normas, principios; ello en apego al Estado Constitucional de Derecho. Resta por ver, en los años a venir, el rol activo que desempeñara el Juez en los casos vinculado con Derechos Sociales, Políticos y Electorales, sobre todo en virtud del Principio de aplicación práctica y efectiva de los Derechos Fundamentales y de la misma Justicia Social. Según lo desarrollado en el capítulo cuarto del presente trabajo de investigación, lo medular, fue el desarrollo del análisis de las Sentencias de Inconstitucionalidad a fin de determinar los grados de Activismo Judicial que presentan las mismas Sentencias partiendo de los indicadores que ya se han estudiado de acuerdo al profesor de la Universidad de Buenos Aires, Christian Courtis; estos indicadores fueron muy importantes y se comenzó por analizar las Sentencias, determinando si existía o no, Activismo Judicial.

Una vez que se determina si existe o no, uno o más indicadores para considerar si la sentencia es Activista, procedimos a realizar el respectivo análisis que en conclusión y como se puede apreciar contiene lo siguiente: se denomina la sentencia que vamos a estudiar, se hace un pequeño resumen

del contenido de la misma, posterior esto se determina cual es “*el*” o “*los*” indicadores que la misma Sentencia deja reflejar en el estudio de la misma, se establecen los indicadores, argumentando por su puesto el porqué de ese indicador Activista y como se configura con la sentencia objeto de estudio y, por último, se abona al análisis, de acuerdo a los indicadores estudiados el grado de Activismo Judicial que la Sentencia de Inconstitucionalidad presente y los mismos se determinan en Leve, Medio, Intenso; estableciendo el Grado en cada una de ellas.

De acuerdo al estudio que se ha realizado logramos determinar en cada una de las Sentencias de Inconstitucionalidad, el Estado salvadoreño en el período 2009-2018, tuvo una Sala de lo Constitucional Activista. De esto es importante recalcar y no olvidar que las realidades son cambiantes y que el derecho tiene que ir aparejado a esos cambios, es por estas razones que los Tribunales están llamados a ser Activismo, y respetuosos de los Derechos Fundamentales contenidos en la Constitución, la Seguridad Jurídica y solo de esta forma podrán legitimar sus decisiones. En conclusión, este capítulo ha despertado un interés mayor por parte del equipo de trabajo de graduación a fin de continuar conociendo sobre un tema tan relevante en el ámbito Jurídico Constitucional salvadoreño; y consientes que en esta investigación, no aborda a un cien por ciento el tema Activismo Judicial en materia Electoral, por la gran cantidad de resoluciones que se encuentran pronunciadas, si logramos estudiar las más relevantes en dicho período.

# **CAPITULO V**

## 5.0 ANÁLISIS, DESCRIPCIÓN E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.

### 5.1 SISTEMA DE HIPÓTESIS

#### 5.1.1 Operacionalización de Variables

#### HIPÓTESIS GENERAL

<b>OBJETIVO GENERAL</b>	Analizar los contenidos Teóricos, Doctrinarios y Jurisprudenciales del Activismo Judicial Electoral a fin de evidenciar los límites que hacen posible o factible la protección de Derechos Fundamentales en materia Electoral.				
<b>HIPOTESIS GENERAL</b>	Para que un Activismo Judicial sea garante de los Derechos Fundamentales Políticos de los Ciudadanos se deben de respetar ciertos límites siendo la misma Constitución y la Legitimación Constitucional y Democrática en la Justicia Constitucional.				
<b>DEFINICION CONCEPTUAL</b>	<b>DEFINICIÓN OPERACIONAL</b>	<b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>	<b>VARIABLE DEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>
Activismo Judicial: es la práctica según él Juez se convierte en un limitador y actor subsidiarios de los demás Poderes del Estado en la aplicación de la Constitución y Derechos Fundamentales.	Los Derechos Fundamentales: son principios siendo mandatos de optimización en los cuales se reconoce por mandato Constitucional se encuentran reconocidos como Derechos y Libertades de todos los seres humanos por Principios de Universalidad.	Para que un Activismo Judicial sea garante de los Derechos Fundamentales Políticos de los Ciudadanos se deben de respetar ciertos límites	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Activismo Judicial</li> <li>• Garantía Constitucional</li> <li>• Derechos Fundamentales Políticos</li> </ul>	Los límites a respetar por parte del Activismo Judicial en su aplicación es la Constitución como Principio y Fin y la Legitimación Constitucional y Democrática de la Justicia Constitucional.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Límites a respetar</li> <li>• Constitución</li> <li>• Legitimación Constitucional y Democrática</li> <li>• Justicia Constitucional</li> </ul>

**HIPOTESIS ESPECÍFICAS:**

<b>OBJETIVO ESPECIFICO N° 1</b>	Establecer cuando los Tribunales Judiciales dentro de sus resoluciones, se hacen factible la aplicación de resoluciones Activistas en materia Electoral.				
<b>HIPOTESIS ESPECIFICA N° 1</b>	Los Magistrados de la Sala de lo Constitucional están legitimados para aplicar el ejercicio Activistas Judicial en sus resoluciones cuando se presenten: Lagunas de Ley, Antinomias, Control de Constitucionalidad, Conflictos de Interpretación en las Cláusulas Constitucionales Indeterminadas.				
<b>DEFINICION CONCEPTUAL</b>	<b>DEFINICIÓN OPERACIONAL</b>	<b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>	<b>VARIABLE DEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>
Magistrados de la Sala de lo Constitucional: Profesionales del Derecho que poseen moralidad y competencias notorias, que ejercen la función Jurisdiccional de Jueces de Tribunal Constitucional conociendo sobre Inconstitucionalidad, Amparos y Hábeas Corpus.	Aplicación Activismo Judicial en Sentencias: Es el ejercicio de aplicación en las resoluciones Judiciales, por parte de la Judicatura de ciertos indicadores Activistas Teórico-Doctrinario en la misma innovación del Derecho Judicial.	Los Magistrados de la Sala de lo Constitucional están legitimados para aplicar el ejercicio Activistas Judicial en sus resoluciones cuando se presenten:	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sala de lo Constitucional</li> <li>• Magistratura Judicial</li> <li>• Ejercicio Activista Judicial</li> <li>• Resoluciones Judiciales</li> </ul>	Es necesario emitir resoluciones activistas Judiciales cuando: se presenten Lagunas de Ley, Antinomias, Control de Constitucionalidad, Conflictos de Interpretación en las Clausulas Constitucionales Indeterminadas.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Lagunas de Ley</li> <li>• Antinomias</li> <li>• Interpretación Constitucional</li> <li>• Control Constitucional</li> </ul>

<p><b>OBJETIVO ESPECIFICO N° 2</b></p>	<p>Identificar cuando la Sala de lo Constitucional dentro de sus mandatos de optimización garantizará el Principio de División de Poderes y tutela de un Estado Constitucional de Derecho en las resoluciones que manifiesten Activismo Judicial en materia Electoral.</p>				
<p><b>HIPOTESIS ESPECIFICA N° 2</b></p>	<p>La Sala de lo Constitucional para que respete la División de Poderes debe de sujetarse al Principio de Corrección Funcional y Congruencia en su Jurisprudencia en materia Electoral, a fin de garantizar la Seguridad Jurídica.</p>				
<p><b>DEFINICION CONCEPTUAL</b></p>	<p><b>DEFINICIÓN OPERACIONAL</b></p>	<p><b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b></p>	<p><b>INDICADORES</b></p>	<p><b>VARIABLE DEPENDIENTE</b></p>	<p><b>INDICADORES</b></p>
<p>Sala de lo Constitucional: Es un Tribunal Constitucional integrada por cinco Magistrados, es el único Tribunal que puede conocer demandas de Inconstitucionalidad, proceso de Amparo y Habeas Corpus.</p>	<p>Principio de División de Poderes: Se refiere a la separación y al equilibrio de los tres Poderes del Estado, para evitar abusos de poder mediante la vigilancia y control recíproco de los poderes separados.</p>	<p>La Sala de lo Constitucional para que respete la División de Poderes debe de sujetarse a los Principios</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sala de lo Constitucional</li> <li>• División de Poderes</li> <li>• Principios Jurídicos</li> </ul>	<p>Principio de Corrección Funcional y Congruencia en su Jurisprudencia en materia Electoral, a fin de garantizar la Seguridad Jurídica.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Principio de Corrección Funcional</li> <li>• Principio de Congruencia</li> <li>• Jurisprudencia Electoral</li> <li>• Seguridad Jurídica</li> </ul>

<p><b>OBJETIVO ESPECIFICO N° 3</b></p>	<p>Estudiar las diferentes resoluciones Judiciales en las cuales identifique el Activismo Judicial Positivo o Negativo en ámbito Jurisprudencial en materia Electoral.</p>				
<p><b>HIPOTESIS ESPECIFICA N° 3</b></p>	<p>El Activismo que asume la Sala de lo Constitucional es un Activismo positivo, porque con él se logra ampliar el margen de Control de las actividades del Estado bajo los límites Constitucionales garantizando la protección de los Principios, Valores y Derechos Fundamentales.</p>				
<p><b>DEFINICION CONCEPTUAL</b></p>	<p><b>DEFINICIÓN OPERACIONAL</b></p>	<p><b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b></p>	<p><b>INDICADORES</b></p>	<p><b>VARIABLE DEPENDIENTE</b></p>	<p><b>INDICADORES</b></p>
<p>El Activismo Judicial positivo: Es aquel conciliable con el Garantismo, favorable a los Derechos Fundamentales, a las acciones de garantía de Derechos y ampliación de la participación Ciudadana.</p>	<p>Límite Constitucional: Es la formulación lingüística del texto de una disposición constituye el punto de partida o marco para la búsqueda del sentido sus disposiciones, fija extremos o límites de la Interpretación Jurídica.</p>	<p>El Activismo que asume la Sala de lo Constitucional es un Activismo positivo, porque con él se logra</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Activismo positivo</li> <li>• Activismo negativo</li> <li>• Precedente Judicial</li> <li>• Sala de lo Constitucional</li> <li>• Logros de aplicación Activista</li> </ul>	<p>Al aplicar Activismo Judicial Positivo se logra ampliar el margen de Control de las actividades del Estado bajo los límites Constitucionales garantizando la protección de los Principios, Valores y Derechos Fundamentales.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sala de lo Constitucional</li> <li>• Control de Constitucionalidad</li> <li>• Ampliación del Control de Constitucionalidad</li> <li>• Protección de Principios, Valores.</li> <li>• Derechos Fundamentales.</li> </ul>

<b>OBJETIVO ESPECIFICO 4</b>	Determinar el Grado de Aplicación de Activismo Judicial de la Sala de lo Constitucional en materia Electoral entre Leve, Medio o Intenso; en el estudio de diferentes resoluciones.				
<b>HIPOTESIS ESPECIFICA 4</b>	La Jurisprudencia Electoral pronunciada por la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018 <sup>208</sup> se determina Grados de aplicación entre Medio e Intenso al identificar y analizar las Sentencias de Control de Constitucional en materia Electoral Activistas.				
<b>DEFINICION CONCEPTUAL</b>	<b>DEFINICIÓN OPERACIONAL</b>	<b>VARIABLE INDEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>	<b>VARIABLE DEPENDIENTE</b>	<b>INDICADORES</b>
Jurisprudencia Electoral; Son todas aquellas resoluciones pronunciadas por la Sala de lo Constitucional como fuente formal con fuerza vinculante en la legislación, en materia Electoral.	Grados Activistas: aplicación de escala tríadica en determinar el grado de intensidad en la aplicación del ejercicio activista entre Leve, Medio e Intenso.	La Jurisprudencia Electoral pronunciada por la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018 <sup>209</sup> se determina Grados de aplicación entre Medio e Intenso	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Jurisprudencia Electoral</li> <li>• Sala de lo Constitucional</li> <li>• Grados de aplicación Intensidad Activistas</li> </ul>	Al identificar y analizar las Sentencias de Control de Constitucional en materia Electoral Activistas.	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencias de Control de Constitucionalidad</li> <li>• Activismo Judicial</li> <li>• Derecho Electoral</li> </ul>

208

Magistrados Edward Sidney Blanco Reyes, Florentín Meléndez Padilla, José Belarmino Jaime y Rodolfo Ernesto González Bonilla

## **5.2 DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.**

### **5.2.1 TIPO DE LA INVESTIGACIÓN.**

Debido a las exigencias del tema de investigación y con la finalidad de poder cumplir con los objetivos proyectados, es importante determinar el estudio de la problemática del Activismo Judicial en la Jurisprudencia Electoral de la Sala de lo Constitucional, período 2009-2018, por ser un tema de relevancia en un contexto moderno de una nueva institucionalidad del Derecho Constitucional Democrático, por todo lo anterior precisaremos de realizar una investigación de tipo analítica, explorativa y cualitativa.

#### **Investigación Analítica.**

Conocer las características, cualidades del tema de investigación y extraer las conclusiones sobre lo analizado, implica realizar un profundo análisis sobre los aspectos Doctrinarios, Jurídicos y Teóricos, para una mayor comprensión del Activismo Judicial en la Jurisprudencia Electoral de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018, pues se trata de un tema complejo en el que debemos de tomar a considerar y valorar los pro y contra de la aplicación del ejercicio Activista en la Jurisprudencia Electoral de la Sala de lo Constitucional en materia de protección y garantía de los Derechos Fundamentales políticos de los Ciudadanos.

#### **Investigación Cualitativa.**

Ante la complejidad en el análisis y estudio de las resoluciones emitidas por la Sala de lo Constitucional en el periodo espacio-temporal, se debe tomar en consideración lo siguiente: conforme identifiquemos las resoluciones Judiciales, de los diferentes Tribunales y entes colegiados como el Tribunal Supremo Electoral y demás entes; se recabará la información para delimitar e identificar las Resoluciones Activistas, para una mayor comprensión en el Estudio, tomando de referencia sobre los últimos diez años, en las resoluciones más sobresalientes en el ámbito Electoral Activista.

### **5.2.2 POBLACIÓN.**

La población de la presente investigación está formada por:

- Magistrados o colaboradores de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

- Abogados Constitucionalistas de la República de El Salvador.
- Académicos especializados en Derecho Constitucional.

### **5.2.3 MÉTODOS, TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN**

#### **5.2.4. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

##### **Método Crítico.**

Mediante este método es posible recurrir fundamentalmente al uso de técnicas de observación, entrevistas y la aplicación de tesis, porque de esta manera se puede realizar un estudio profundo de tema de estudio y así identificar en forma categórica las funciones del Activismo Judicial Electoral.

##### **Método Analítico.**

Este método nos ayudará a que comprendamos de forma específica cuales sentencias son meramente activistas, logrando determinar un activismo judicial positivo y negativo, dando la posibilidad de comprender cuando se estaría frente un creación de derecho, en armonía con el ordenamiento jurídico que establece nuestra Constitución y por otro lado cuando sea violatorio a derechos los Derechos Fundamentales, así como establecer el grado de responsabilidad que se deriva de ello, siendo en necesario para el Estudio de las Ciencias Jurídicas, para el análisis los contenidos teóricos, doctrinarios y Jurisprudenciales a fin de evidenciar los límites que es posible o factible la protección de Derechos Fundamentales en materia electoral.

##### **Método Hipotético Deductivo.**

Mediante las hipótesis de la investigación realizaremos deducciones lógicas para determinar las diferentes resoluciones Judiciales Activistas Electorales y el impacto que estas generan en la realidad Político -Jurídico Electoral.

##### **Método Hermenéutico.**

Por medio de este método se obtiene la técnica que ayuda a poder realizar una interpretación que trata de explicar las normas que constituyen el ordenamiento jurídico.

### 5.2.5. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

#### **Técnica Documental.**

Son todos aquellos instrumentos de información de carácter físico o digital que generen información necesaria e importante, donde se obtendrá conocimiento jurídico-teórico-documental para desarrollar la investigación sobre el tema en controversia y obtener mayor comprensión en aspectos sobre Activismo Judicial en la Jurisprudencia Electoral de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018.

- Bibliográfica. Los documentos son una fuente importante en la investigación y nuestro tema no es la excepción, por lo que con el objetivo de ilustrarnos con escritores, filósofos, pensadores en materia Constitucional y con el fin de que sus aportaciones sean de vital importancia sus aportaciones sobre el tema, hemos realizado un análisis crítico de libros, revistas, ensayos y Jurisprudencia comparada tanto nacional como internacional, que versan sobre nuestro tema de investigación.
- Leyes. Aquellas leyes con disposiciones normativas que regulen la defensa y conservación de los Derechos Fundamentales de carácter político, así como las Garantías constitucionales para su efectividad.
- Jurisprudencia. Las resoluciones que haya emitido los magistrados de la Sala de lo Constitucional, que tenga una clara y evidente vinculación con el tema: Activismo Judicial en la Jurisprudencia Electoral de la Sala de lo Constitucional.

#### **Técnicas De Campo.**

Entrevistas. Esta técnica de investigación permite generar la aportación de conocimiento por especialistas en la materia, y así generar un desarrollo de la problemática; en un primer momento, se tendrá un cuestionario con preguntas previamente elaboradas para realizar la entrevista; en segundo grado nos vamos auxiliar de una serie de entrevista, sobre preguntas libres conforme sea necesaria con los fines de la investigación, en acudir a la fuente originaria de los profesionales especializados y los diferentes Tribunales Jurisdiccionales y con competencias especiales, es necesario su opinión para determinar el precedente que se establece y las formas de cómo argumenta estas decisiones, por diferentes condiciones existen la misma necesidad de trasladar estas interrogantes a los Especialistas en Derecho Constitucional, Judicial y Electoral.

### **5.2.6. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN**

Los instrumentos que se utilizarán en las técnicas de investigación son los siguientes:

- Sentencias de Inconstitucionalidad: Es uno de los principales asideros para la investigación que se pretende realizar que haya emitido la Sala de lo Constitucional en materia Electoral.
- Guía de entrevista: consiste en un cuestionario de preguntas abiertas que serán utilizadas al momento de realizar las entrevistas, dirigidas y semia-estructuradas.
- Ficha de investigación bibliográfica: este instrumento será muy útil porque al consultar y extraer información de documentos se llevará registro del asidero bibliográfico, fuente y ubicación del mismo.

### **5.2.7. PROCEDIMIENTOS**

#### **Procedimientos para realizar la Investigación.**

De acuerdo a lo ya manifestado nuestra investigación se realizará a través sentencias de Inconstitucionalidad en materia Electoral, documental y de campo, para una mayor efectividad en la comprensión de ciertos contenidos que a establecer en el presente trabajo de graduación.

#### **Procedimientos para la Investigación de Sentencias de Inconstitucionalidad en materia Electoral.**

Se llevará a cabo a través de la determinación de cuales sentencias de Inconstitucionalidad pongan de manifiesto el Activismo Judicial en materia Electoral, posteriormente se les hará el estudio y el análisis a la misma para el respectivo desarrollo de la investigación.

#### **Procedimientos para la Investigación Documental.**

La recolección de información basada en instrumentos documentales para el aporte de conocimiento a la investigación, será por medio de libros, revistas jurídicas, ensayos y otros documentos sean físicos o digitales, que deben tener relación con los presupuestos necesarios, así también se recurrirá a las disposiciones de normativa Constitucional y leyes secundarias, para el fundamentos de los aspectos a considerar.

### 5.2.8. REALIZACION DE ENTREVISTA.

El proceso para realizar las entrevistas, se hará a través la solicitud de audiencia con ex Magistrados y Colaboradores Jurídicos de la Sala de lo Constitucional, analizando la realidad Jurídica, y los diferentes aspectos a resolver, las interrogantes versaran de como poder entender el Activismo Judicial y su ejercicio de aplicación en la Sala de lo Constitucional de El Salvador, en materia electoral, dentro del mismo ámbito contemporáneo que debe de ajustarse a las necesidades y la viabilidad de resolver los diferentes problemas electorales.

### ENTREVISTA A COLABORADORES DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL.

<b>Pregunta N° 1</b> <b>¿Qué es Activismo Judicial?</b>		
<b>Mtro. José Arturo Tovar Peel.</b> <b>Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional</b>	<b>Mtro. Marcos Vela.</b> <b>Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional</b>	<b>Concepto Fundamental</b>
<p>Bueno, la respuesta debe ser enfocada en la postura de la Magistratura anterior (2009-2018) y la actual; en ese orden, se percibe la postura de como se observa el Derecho Constitucional en el Ejercicio Activista. Entendemos por Activismo Judicial la defensa activa, positiva de los Tribunales Constitucionales con respecto a los Derechos, Principios y Valores que establece el Constituyente, sin ajustarse al marco tradicional de la actuación de un Juez. La Sala anterior defendía la postura del Activismo Judicial siguiendo la corriente del Principalísimo, Postpositivismo y el Neoconstitucionalismo.</p> <p>Los anteriores sostienen la posición Tribunales en la protección y defensa de los Derechos Fundamentales, así mismo la defensa objetiva de la Constitución; y que por tanto el Tribunal Constitucional debe de estar en constante vigilancia de cualquier acción u omisión o acto normativo que podría vulnerar Derechos, Principios, Valores y Garantías Constitucionales. En la postura de la Sala anterior, fue muy marcado el ejercicio</p>	<p>Activismo Judicial es cuando el Tribunal se aparta del Principio de Congruencia o cuando al asignar un significado se aparta del problema jurídico que realmente tiene que resolver.</p> <p>El Activismo Judicial tiene diferentes connotaciones, siendo únicamente el acceso en el ejercicio de la función de un Tribunal, pero existen diferentes formas de Activismo Judicial, digamos las principales formas de Activismo Judicial son por ejemplo: cuando los Tribunales no se ciñen al Principio de Congruencia, implica que al momento de resolver un caso ellos no resuelven conforme con los límites que le imponen la pretensión que ha aducido por la parte actora. Por otro lado, es cuando el Tribunal al momento de resolver el caso otorga significados a las disposiciones Constitucionales que van más allá de lo que sea pertinente del problema que tengamos que resolver.</p> <p>Digamos que en la forma usual que un Tribunal tiene que trabajar es mediante la interpretación operativa, ya que</p>	<p><b><u>Activismo Judicial</u></b></p>

<p>Activista; como se observa en las sentencias, muchas acciones se conocían de oficio, no se esperaba que las partes o ejecutantes se presentaran a solicitar.</p> <p>Se observaron en Medidas Cautelares, medidas de seguimiento y audiencias donde se interpeaban a funcionarios en cumplimiento de las sentencias. Los magistrados actuales son más cautelosos, tradicionales, herméticos. Por ello existe una marcada diferencia entre un Activismo previo de la Magistratura 2009-2018 y la Magistratura actual ya que son mucho más conservadores y tradicionales.</p>	<p>presupone la existencia de un problema que tenemos que resolver y que lo que nosotros vamos hacer al resolver ese problema será en ceñirnos a los temas que sean pertinentes para la resolución de ese problema y todo lo que no encaje en esa resolución del problema o una deformación de la situación conflictual en resolver y de ahí es que caemos en cuenta al Activismo Judicial.</p>	
<p><b>ANALISIS:</b> Los colaboradores al pronunciarse sobre el Activismo Judicial, sus conceptos son diferentes en su enfoque de actuación por parte del Tribunal. Para él Mtro. Tovar Pell establece que es la defensa activa y positiva de los Tribunales con respecto a los Principios, Derechos y Valores que establece el Constituyente, sin ajustarse al marco Tradicional de la actuación de un Juez. Por otra parte, él Mtro. Marcos Vela establece la actuación del Tribunal cuando se aparta del Principio de Congruencia otorgando significados a las disposiciones Constitucionales que van más allá de lo que sea pertinente del problema que tengamos que resolver. Al analizar observamos que los colaboradores se pronuncian que la actuación de los Jueces no se sigue las líneas tradicionales en sus pronunciamientos.</p> <p>Las afirmaciones anteriores tienen diferentes connotaciones al conceptualizar el Activismo, observamos que cada Colaborador afirman una postura de un Activismo Positivo o correcto en la defensa activa y positiva de los Tribunales con respecto a los Principios, Valores y Derechos lo comprendemos como un valor triádico de la Seguridad Jurídica; por otra parte, se establece el concepto cuando un Tribunal se aparta del Principio de Congruencia en decisiones Ultrapetita, hasta cierto punto entendemos que ese concepto es Activismo Negativo, pero es importante señalar, que el Mtro. Vela comprende que el nuevo protagonismo de los Tribunales en dar resoluciones innovadoras es parte del cambio de paradigma de la Teoría Jurídica; por ello, comprende que el Activismo Judicial es parte de ese cambio innovador. Valoramos que los dos conceptos son válidos de cómo entender el Activismo Judicial, pero advertimos que debemos comprender el tipo de concepto en aplicar a la realidad que estamos presente, como grupo concluimos que el concepto del Mtro. Pell es el que mejor se adecua, conforme lo que hemos desarrollado en la presente investigación.</p>		
<p><b>SINTESIS:</b> El Activismo Judicial que definen los Colaboradores Derecho Constitucional en el Ejercicio Activista. Entendemos por Activismo Judicial la defensa activa, positiva de los Tribunales Constitucionales con respecto a los Derechos, Principios y Valores que establece el Constituyente, sin ajustarse al marco tradicional de la actuación de un Juez. En otro enfoque es cuando el Tribunal se aparta del Principio de Congruencia o cuando al asignar un significado se aparta del problema jurídico que realmente tiene que resolver, advertimos que el orden de conceptos establecidos el primero es un enfoque de Activismo Positivo y el que le conlleva es un Activismo Negativo, como grupo de investigación establecemos un concepto de Activismo Judicial como termino neutral frente al tipo de Positivo o Correcto y Negativo o Incorrecto.</p>		

Pregunta N° 2	<b>En su opinión, como Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional ¿Cuáles son los límites que una Sala de lo Constitucional Activa Judicialmente debe respetar para no intervenir negativamente la defensa de los Derechos Fundamentales?</b>	
<b>Mtro. José Arturo Tovar Peel. Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional</b>	<b>Mtro. Marcos Vela. Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional</b>	<b>Concepto Fundamental</b>
<p>El primer límite es el mismo marco Constitucional, ya que el Tribunal Constitucional es un poder constituido, todos los órganos o entes creados en la Constitución por el Constituyente no tienen poder Constituyente, sino poder Constituido, entonces el límite mismo del Tribunal es la Constitución, ya que ahí están competencias atribuciones de los magistrados y de la Sala como un todo.</p> <p>El segundo límite es el Principio de Corrección Funcional, es síntesis la separación de funciones entre diversos órganos dentro de una república, en una Democracia frente al Estado Democrático de Derecho cada órgano tiene una competencia y función en específico. Si bien colaboran entre sí, la Constitución establece que es la función que le corresponde un marco específico normativo a cada uno de ellos; por ello, el Principio de Corrección Funcional precisamente se desarrolla en la Interpretación Constitucional o de los límites que se ocupa por parte de la Sala de lo Constitucional, son las funciones y competencias de los otros órganos.</p> <p>El Activismo Judicial que es garante en la defensa y protección de los Derechos Fundamentales, no debe de llegar al punto de sustituir o invadir las competencias de otros órganos. Por ejemplo, la magistratura anterior realizó funciones en las competencias del Tribunal Supremo Electoral, ya que este no actuaba en ciertas competencias, la Sala debía de pronunciarse en el caso de las aperturas de urnas o escrutinios de votos. Por otra parte, las actuaciones de Corte de Cuentas que no fiscalizaban el presupuesto. Sin</p>	<p>Partiendo de la idea de dos casos a plantear, el primero: que exista una incongruencia, podría ocurrir cuando la incongruencia sea sobre el minus petita, en que las partes hayan requerido la tutela de un Derecho Fundamental y el Tribunal a resolver no se pronuncie sobre ese Derecho Fundamental, pero ahí no hay activismo porque no hay exceso, ahí hay déficit, entonces no es un Activismo Judicial solamente es un apartamiento del Principio de Congruencia, creo que lo más que podría ocurrir en el segundo caso, cuando resuelve el problema jurídico o cuando resolviendo el problema jurídico concreto la Sala de lo Constitucional otorga un significado a la disposición que incide negativamente en el contenido del Derecho; por ejemplo, una incidencia negativa en los Derechos Fundamentales en el Amparo referido a Mauricio Funes y sus gastos por viajes, ahí la Sala, en una resolución de seguimiento viene y nos dice que el Derecho acceso a la información pública tiene límite, esos límites que la Sala de lo Constitucional establece lo hace un modo interdicta, no es propiamente en la parte en la que decide el caso concreto, siendo innecesario para la operatividad de la resolución del problema incide negativamente en el contenido del Derecho a la información Pública y ahí ese Activismo se traduce en una injerencia negativa en un Derecho Fundamental.</p>	<p><b><u>Límites de actuación de la Sala Constitucional Activista</u></b></p>

<p>olvidar el caso específico de la Asamblea Legislativa; advertimos nunca la Sala, se pronunció en dictar una sentencia manipulativa que adicionara la orden del legislador, pero si revertía en las funciones de ciertas actuaciones de la Asamblea, en pro de la defensa de la Constitución, por lo anterior el Principio de Corrección Funcional y la Constitución misma son los límites de actuación.</p>		
<p><b><u>ANALISIS:</u></b> Los colaboradores se pronuncian sobre Principios Jurídicos Constitucionales que se respetan al momento de realizar la Interpretación Constitucional, por ejemplo el Principio de Corrección Funcional y Congruencia. Ahora bien, al aplicar un Activismo Judicial que es garante en la Defensa y Protección de los Derechos Fundamentales, por parte de la Sala se pronuncia como Limite Principio y Finalidad el mismo Marco Constitucional. Comprendemos que los límites establecidos por los colaboradores, si lo llevamos al ámbito de análisis Jurisprudencial desarrollado en la presente investigación, no todas las Sentencias se respetaron esos límites, el algunas se rompe el Principio de Congruencia (Inc. 35-2015) o al aplicar el Principio de Corrección Funcional al expresar la idea que no deben existir zonas exentas de Control Constitucional se extralimitaron en sus pronunciamientos, claro entendemos que los Tribunales pueden tener desaciertos, que en realidad son pocos por parte de la Sala en estudio, pero es necesario corregirlos en el camino. Por otra parte, aciertan en los límites que deben de respetarse, en la premisa de aplicación de un Activismo Judicial Positivo como lo hemos desarrollado en la investigación, lo anterior confirma nuestro posicionamiento respecto de los temarios desarrollados, siendo la Constitución como Principio y finalidad el marco Constitucional que engloba tanto Principios, Valores y Derechos a potencializar y garantizarlo.</p>		
<p><b><u>SINTESIS:</u></b> La Sala de lo Constitucional al ejercer el Activismo al pronunciar sus Sentencias, se desarrollan bajos los límites para no intervenir negativamente en los Derechos Fundamentales, los cuales son el mismo marco Constitucional; Por ser el Tribunal un Poder Constituido, ya que en la Constitución se establece competencias atribuciones del Tribunal. Por otra parte, el Principio de Corrección Funcional El Activismo Judicial que es garante en la defensa y protección de los Derechos Fundamentales, no debe de llegar al punto de sustituir o invadir las competencias de otros órganos, y mantener el Principio de Congruencia, estableciendo los Limites, que la Sala al otorga un significado a la disposición, no debe incidir negativamente en el contenido del Derecho.</p> <p>Valoramos como grupo que la opiniones vertidas por los Colaboradores puntualizan los límites a respetar, para no intervenir negativamente en la defensa de Derechos Fundamentales, pero advertimos que la Sala del periodo 2009-2018, debe desarrollar el Principio de Congruencia en su totalidad; considerar aspectos de resolver lo que se le pide, legitimar Constitucionalmente y Democráticamente sus decisiones es importante, seguir una línea de Argumentación e Interpretación que mejor se adecue al caso a la luz de la crítica tanto de la comunidad Juridica, Sociedad Civil y la Academia, pero valoramos que la Sala en la mayoría de decisiones Activistas se aplicó un Activismo Positivo y en el tema de los Derechos Políticos-Electorales potencializó y cumplió en proteger y garantizar los Valores, Principios y Derechos Fundamentales de los Ciudadanos en su nuevo protagonismo en la Democracia y el papel que desarrolla en el nuevo Sistema Político salvadoreño.</p>		

Pregunta N° 3	¿Bajo qué criterios Jurídicos o Jurisprudenciales la aplicación del ejercicio Activista de la Sala de lo Constitucional debe resolver las demandas de Control de Constitucionalidad en materia Político-Electoral?	
Mtro. José Arturo Tovar Peel. Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional	Mtro. Marcos Vela. Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional	Concepto Fundamental
<p>El primer criterio sobre el Principio de Corrección Funcional: El controlar los actos políticos, de los demás Órganos o Instituciones, es necesario y bueno, porque es una de las funciones del Tribunal Constitucional, pero no debemos llegar al punto de sustituir las funciones de otros órganos, y el Criterio de la Modulación de los efectos de las Sentencias; la Sala previa, utilizo mucho el criterio anterior. Enfocando la facultad de los Tribunales, deben de modular los criterios de sus pronunciamientos (facultad de los todos los Tribunales), para ejercer un control Activista de oficio sobre sus resoluciones; la medida sobre ese criterio es necesario.</p> <p>Actualmente, sobre el criterio de la Acción de Inconstitucionalidad. La Sala previa, pronunciaba, que esa acción es Ciudadana; y que debe ser ejercido por un Ciudadano o grupo de Ciudadanos, que de ninguna manera debe de actuar de oficio; a menos del inicio y finalmente en la aplicación del Principio de Congruencia. La Sala tiene que ser muy congruente entre lo que se le pide, lo que se alega y lo que se resuelve, siendo el caso de la acción de Inconstitucionalidad, no se observan hechos y pruebas; pero muchas veces la Sala, ha roto los argumentos debe de haber una línea de coherencia, y oficiosamente de forma muy Activista ha marcado ciertos precedentes. Por ejemplo la 35/2015 donde se anularon los</p>	<p>Bueno, en materia electoral es una de zonas que se ha dicho que la Sala ha tenido más Activismo, se evidencia un claro, silogismo “a golpe de sentencias” de la Sala y principalmente en materia de Inconstitucionalidad, ha cambiado el sistema electoral; hemos pasado de los votos a lista cerrada a lista abiertas, de la forma de conteo de votos diferente, sobre elección de Diputaciones suplentes, candidatos no partidarios y demás. Todo lo anterior de alguna manera es activismo, aclarando que ese Activismo lo comprendemos con una visión distinta, al que hemos establecido nosotros; ahí el Activismo Judicial, se refiere a introducirse en temas, los cuales la Sala de lo Constitucional en un principio no tiene competencias. En la definición que les otorgó, bajo el entendido que la Sala, respetara la Corrección Funcional. Y que, en ese entendido la Sala no se meterá en competencias que no le corresponda.</p> <p>Mi posición es que la Sala, efectivamente tiene competencias para poder conocer de esos casos y definirlos, ya que la misma Constitución establece: que el único Tribunal en materia electoral es Tribunal Supremo Electoral, pero eso sin perjuicio del Control de Constitucionalidad que se pueda hacer sobre sus resoluciones; y si se trata de materia electoral a nivel normativo es un producto del Legislador y puede ser controlado por la Sala de lo Constitucional, entonces tanto el Control de los actos concretos que emitan el TSE, como el control de la normativa de la materia electoral son competencias de la Sala, porque la misma Constitución le otorga la competencias, ahora bien que en el ejercicio de estas competencias, la Sala modifique el Sistema Electoral prefijado por el legislador o modifique las resoluciones pronunciadas por parte del TSE. Ahora que en el ejercicio de sus competencias la Sala de lo Constitucional se excede, ello esta debatible; en mi parecer no lo realizar, la Sala se</p>	<p><b><u>Criterios Jurídicos- Jurisprudenciales aplicables</u></b></p>

<p>diputados suplentes sin que se la había pedido, generando una Sentencia Ultrapetita</p>	<p>mantiene dentro de lo que le determina la competencia.</p> <p>Digamos en un sentido político, pasamos de un Estado que le dan mucha centralidad a labor del Legislador a estados que le dan mayor preponderancia a los Tribunales Constitucionales, la causa real es el cambio de paradigma de un sistema positivista que imperaba a un modelo postpositivista, entendiéndolo el Postpositivismo, digo, aquí voy entendiéndolo por Postpositivismo simplemente como una forma diferente de dar cuenta del fenómeno Constitucional distinta a la que tenía el Positivismo Jurídico. Uno de los cambios del Paradigma del Postpositivismo es la función que tiene la Jurisdicción Constitucional, siendo diferentes, ya no es que sea activismo, es que es un ejercicio de las atribuciones propias de la Sala de lo Constitucional, pero bajo un paradigma explicativo diferente.</p>	
<p><b>ANÁLISIS:</b> Los Colaboradores Judiciales se pronuncian y coinciden que la Corrección Funcional es un criterio Jurídico que consideran al aplicar Activismo Judicial, se pronuncian que las Sentencias deben ser congruentes. Ahora bien, respecto en Legitimar Constitucionalmente aspectos de Competencia en conocer sobre las Demandas de Inconstitucionalidad es necesario, en el contexto que todos los actos por los demás Órganos del Estado o Instituciones de Naturaleza Jurisdiccional (TSE) están sujetos a Control Constitucional, la misma Constitución le otorga Competencia a la Sala para conocer y resolver. Analizamos la posturas de los Colaboradores sus criterios Jurídicos que se aplican, por ejemplo el modular los criterios en sus pronunciamientos, en los casos que la Sala nunca debe de actuar de oficio y resolver solamente las cuestiones planteadas en las demandas de Control de Constitucional se deben de cumplir esos criterios; ahora bien, la Sala debe ser muy congruente en sus decisiones. Es importante, la Sala de lo Constitucional podrá conocer los actos concretos y normativa Constitucional.</p>		
<p><b>SÍNTESIS:</b> Los criterios Jurídicos que se aplican en el ejercicio Activista Judicial por parte de la Sala se deben de tomar en consideración criterios de modulación de los efectos de las Sentencias, al momento de ejercer Activismo sobre sus resoluciones; la medida sobre ese criterio es necesario, entendiéndolo el criterio de resolver las cuestiones de acción planteadas por los ciudadanos en la demanda de Control de Constitucionalidad sus resoluciones deben ser congruentes en resolver lo que se les plantea. Por otra parte, al conocer sobre cuestiones de Funciones y Competencias de otros Órganos del Estado, al momento de ejercer el Control Constitucional la Sala debe de establecer proteger y fomentar el Principio de Corrección Funcional.</p> <p>Valoramos como grupo que la función Activista de la Sala de lo Constitucional en la Jurisprudencia del Control Constitucional Electoral, al momento de aplicar los criterios jurídicos, como la Argumentación, Ponderación, Principios de Corrección, Congruencia, Interpretación Constitucional y demás; es de suma importancia justificar y legitimar el porqué de su pronunciamiento, a pesar del aspecto de Discrecionalidad Judicial la Función Judicial debe ser cautelosa en aplicar un Activismo Judicial Contemporáneo Positivo, en la cual su finalidad será la Garantía y Protección de los Derechos Fundamentales de los Ciudadanos, no dudamos la idoneidad y función ética Judicial de los Magistrados de la Sala de lo Constitucional, pero es necesario tener presente en la búsqueda de la Función Corrección, al aplicar la Justicia Constitucional, será en pro de potencializar y reconocer la protección de los Derechos Políticos-Electorales en la Democracia.</p>		

<b>Pregunta N° 4</b>	<b>Frente al protagonismo activista de la Sala de lo Constitucional ¿Cuál es el grado de intensidad (Leve, Medio e Intenso) que se evidencia en sus resoluciones en materia Político-Electoral, periodo 2009-2018?</b>	
<b>Mtro. José Arturo Tovar Peel. Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional</b>	<b>Mtro. Marcos Vela. Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional</b>	<b>Concepto Fundamental</b>
<p>En la materia del campo de Derechos Políticos, se evidencia un Activismo que variaba de Medio a Intenso, sobre precedentes de Grado del ejercicio Activista Judicial, tenemos por ejemplo: el ejercicio del Sufragio, en privilegiar el ejercicio del Sufragio a los Ciudadanos y no a los Partidos Político. Por el motivo siguiente: es Medio, porque le dio su lugar al Ciudadano estableciendo claramente que el Sistema Político salvadoreño y específico sobre la Democracia, le corresponde meramente a los Ciudadanos y no a los Partidos Político.</p> <p>Por ejemplo, las referencias de Inconstitucionalidad 61-2009, 10-2011, 48-2014, se desarrollan en temas electorales, en reconocer el voto preferente, voto cruzado, candidaturas no partidarias. La Sala, le daba el lugar al Ciudadano; ello generaba que la Asamblea Legislativa se le ordenaba adecuar la normativa, regular, emitir la regulación que deba realizar para materializar el privilegio al Ciudadano, en el Sistema Democrático Electoral salvadoreño a los Ciudadanos, ahí se evidencia un Activismo Judicial intermedio, aceptable y muy necesario; ya que la Sala, no podía confiar en la buena voluntad de los Legisladores, por ello era necesario la aplicación del Ejercicio Activista.</p> <p>Ahora bien, es Intenso en el control de los nombramientos de ciertos funcionarios, sobre todo de naturaleza Jurisdiccional. Los anteriores tenían algún vínculo partidario formal o material, en esos casos el ejercicio Activista fue muy intenso.</p> <p>Ese activísimo Judicial es justificable por el motivo de tratar de defender el Derecho al</p>	<p>No podría darles una respuesta definitiva, ya que sería necesario tabular una media o un común denominador como antecedente, digamos que hay resoluciones en las que la Sala, en el entendido que el Activismo Judicial, en este caso es un ejercicio de atribuciones no compatible con las funciones originales de un Tribunal Constitucional, se ha desarrollado un grado Activista Intenso.</p> <p>Por ejemplo la Inc. 35-2015 incluso bajo nuestro concepto de Activismo Judicial hay claramente una violación del Principio de Congruencia porque se pronuncia sobre los Diputados suplentes a pesar de que nadie les había pedido pronunciarse sobre ello, ahí se evidencia una aplicación del ejercicio Activista Intenso. Ahora bien, en el caso de las candidaturas no partidarias, le daría un grado de Activismo Medio; Litigio, más allá de los aspectos de la resolución, ya que tiene aspectos sensibles en materia política. Pero a pesar de ello, en realidad el grado de Activismo Judicial de la Sala anterior es Medio, visto como Activismo Judicial, mas allá de lo que las Sentencias produzcan.</p>	<p><b><u>Grados de Intensidad del ejercicio Activista Judicial</u></b></p>

<p>Sufragio, por el hecho de que la Asamblea Legislativa si no, se le realiza mandatos de optimización en ordenar legislar y adecuar para materializar el privilegio del Derecho al Sufragio es el aspecto Democrático al ciudadano, no lo haría, por los intereses que ahí se discuten; aun cuando la Sala, les establece que deben de tomar a consideración que al elegir funcionarios de naturaleza Jurisdiccional, deben de tener a consideración la vinculación partidaria formal o material, por el Principio de independencia Judicial. Por ello, en los casos anteriores es un Activismo Judicial Intenso.</p>		
<p><b><u>ANALISIS:</u></b> Se observa que la postura de cada uno de los colaboradores advierten un Activismo Judicial entre Medio e Intenso en materia Político-Electoral. Por una parte el Mtro. Tovar Pell individualiza los Derechos Políticos un grado Medio e Intenso en el nombramiento de Funcionarios en especial Jurisdiccional que evidencian afiliación partidaria. Él Mtro. Vela advierte de que no tiene una respuestas definitiva en dar un común denominador, pero expresa que evidencia ciertas Inconstitucionalidades con un grado Activista Intenso, por ejemplo: Inc. 35-2015; sobre Inconstitucionalidades en materia Derechos Políticos advierte un grado Medio.</p> <p>El punto de vista como grupo de investigación sobre el grado de intensidad Activistas evidenciado por parte de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018, lo determinamos en el desarrollo del análisis Activista de la Sentencias; observamos que conforme a la aplicación de los indicadores y los efectos innovadores de las Sentencias llegamos al resultado de un ejercicio entre Medio e Intenso, confirmando el dato, conforme la postura de los Colaboradores.</p>		
<p><b><u>SINTESIS:</u></b> El Grado Activista evidenciado en las resoluciones en materia Político-Electoral se evidencia un Activismo de Medio a Intenso siendo necesario individualizar cada Sentencia para determinar el grado Activista. En materia de Derechos Políticos de los Ciudadanos se evidencia un grado Medio; Por ejemplo, las referencias de Inconstitucionalidad 61-2009, 10-2011, 48-2014, la Sala, privilegian al Ciudadano en el Sistema Político salvadoreño y específico sobre la Democracia frente a los Partidos Políticos. Se evidencia grado Intenso en el control de los nombramientos de ciertos funcionarios, sobre todo de naturaleza Jurisdiccional, por vinculaciones partidaria; por otra parte, la Inc. 35-2015 se evidencia un grado de aplicación Intenso y marcó un precedente en el protagonismo de la Sala, rompiendo que el Status Quo que el Poder Político mantenía y desarrollaba, aunque si valoramos, tanto los Colaboradores como nuestro punto de vista, la Sentencia presente se pronunció entre un Activismo Judicial Positivo o Negativo debatible, aun cuando la Sala se justifica que esa decisión Ultrapedita es necesaria en reconocer y potencializar el Derecho de elección Democrática de los Ciudadanos.</p>		

Pregunta N° 5	Tomando en cuenta el Ejercicio Activista Judicial, ¿Considera las sentencias pronunciadas por la Sala de lo Constitucional en materia electoral respetó el Principio de División de Poderes y Frenos y Contrapesos?	
Mtro. José Arturo Tovar Peel. Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional	Mtro. Marcos Vela. Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional	Concepto Fundamental
<p>Es difícil responder esta pregunta, desde un enfoque si y no, por el motivo de clarificar lo siguiente: la Sala no representa al Órgano Judicial como tal, es parte del Órgano Judicial; ya que nuestro diseño Institucional, contempla la Sala dentro del Órgano Judicial, pero es una Sala de la Corte, el decir, si la Sala, vulneró o no el Principio de División de Poderes, sería decir como que representa todo el Órgano Judicial siendo la representación del Órgano Judicial en si Corte plena, Presidencia y demás Salas, Cámaras y Tribunales. Distinto fuera que Corte Plena, emitiera una resolución. Después de haber advertido el tema anterior, es necesario pronunciarse sobre una resolución de la Sala, en la cual se ejerció competencias del Órgano Ejecutivo y Legislativo y el mismo Tribunal Supremo Electoral. Por ejemplo: por parte de la Sala, se estableció sobre el controlar el Presupuesto de la Nación, en la cual la Sala estableció que ese presupuesto estaba desequilibrado esa sentencia establecía que el Órgano Ejecutivo elevó sus gastos sobre planillas de personal, se detalla en dólares en cuantos millones regaló a ONG'S afines del Partido Político del gobierno en turno. A contrario observando por parte de la Sala, que los hospitales sin medicinas, los docentes sin escalafón. En ese orden de ideas anterior, esas afirmaciones para una persona muy formal y tradicional podría poner el grito en el cielo sobre invasión de la separación de independencia que debe haber entre órganos, ya que la Corte Suprema de Justicia, no le corresponde sobre la formulación del presupuesto, pero en este caso si se metió a controlar el acto, recapitulando. No existe vulneración del Principio de División de Poderes ya que la Sala, no representa al Órgano Judicial, pero</p>	<p>Para empezar les expreso que en un apartado de mi Tesis de Maestría, establezco que usualmente no partimos de una esencia o núcleo, el núcleo es ¿cuáles son las competencias de la Sala de lo Constitucional? Si nosotros lo analizamos a partir del Derecho Positivo, un análisis estrictamente exegético positivista de las atribuciones de la Sala, tenemos que las Competencias son las del Art. 174 de la Constitución; Inconstitucionalidades, Amparos, Hábeas Corpus, Controversias Constitucionales y causas de pérdidas y rehabilitación de Derechos Políticos. Eso es justamente una exegesis del artículo, pero si analizamos el sustrato de lo que hay detrás de esos Controles Constitucionales de la Sala, podemos terminar en concluir que la Sala, lo que protege es el Orden Constitucional. ¿Y qué es lo que compone ese orden? Según la Sentencia Inc. 24-97 el Orden Constitucional tiene tres elementos: (I) Derechos Fundamentales; (II) Formas y Sistemas de Gobierno y (III) Orden Económico. A partir de ahí sabemos que es lo que protege la Sala. Traduzcamos lo anterior a ejemplos de la labor de la Sala al hablar de Sistemas Electorales, cuando la Sala realiza ello, protege el Orden Constitucional, desde una perspectiva estrictamente objetiva, porque han sido mediante Inconstitucionalidades los cambios más sensibles, digo que es objetivo porque se abstraen absolutamente de cualquier interés que pueda haber de por medio. El contraste es puramente normativo, simplemente incompatibilidad normativa, entonces en esos casos la Sala, lo que realiza es ejercer sus Competencias en protección del Orden Constitucional, al margen de que en el ejercicio de sus Competencias tenga en principio meterse “en Competencias de otros Órganos del Estado”, por el mismo enfoque positivista de Separación de Poderes. Sin embargo, en la Doctrina Contemporánea lo que hay es una Separación Orgánica de las Funciones, siendo esta función que se otorga según la naturaleza de cada función específica a cada Órgano; por ejemplo: no puedo afirmar que la función de Legislar solo le pertenece al Órgano Legislativo, ya que la</p>	<p><b><u>Respeto Principio de División de Poderes y Frenos y Contrapesos.</u></b></p>

<p>de otra parte se emitieron resoluciones en los cuales se ejerció un control firme e intenso y que de alguna manera se ejerció más allá de las funciones establecidas. Ahora bien, conforme al Principio de Frenos y Contrapesos, ahí soy más optimista, el rol de la Sala, siendo una pieza clave de ese control del sistema interorgánicos. De hecho una de las funciones de los procesos de Inconstitucionalidad, es controlar las cuestiones de otros Órganos de potestades normativas. En ese sentido, la Sala potenció o reforzó el sistema de Frenos y Contrapesos, ya que el rol de cualquier Tribunal en el mundo es control los Actos Políticos.</p>	<p>función de Legislar esta compartida, ya que varios entes tienen potestades normativas o de otro lado la Función Judicial ya está el Tribunal Supremo Electoral o la Corte de Cuentas que tienen labores de naturaleza Jurisdiccional; entonces lo que hay es una Separación Orgánica de Funciones dentro de esta separación, el Control del Orden Constitucional pertenece a la Sala, y lo que la Sala hace es proteger el Orden Constitucional Electoral a margen de lo que diga el Orden Legal Electoral.</p> <p>Justamente la Sala es un Freno y Contrapesos, hablar de una Separación de Poderes queda irrelevante, hoy en día lo que es importante hablar es del Control Constitucional del Poder; si partimos de ello la Sala ejerce el Control “cheks y balances”. Ahora bien, la Sala está controlada, por medio de controles previos por ejemplo: cuando la Asamblea Legislativa al elegir los Magistrados busca idoneidad y moralidad notoria y el mismo Control Democrático siendo la crítica pública y académica.</p>	
<p><b>ANÁLISIS:</b> Los Colaboradores Jurídicos coinciden que se respetó el Principio de División de Poderes. La Sala, realiza su Función de Freno y Contrapesos sin exceder los límites que la Constitución la establece; Él Mtro. Vela advierte, en entender el Principio de División de Poderes, bajo la Doctrina Contemporánea: una Separación Orgánica de las Funciones su finalidad se otorgará según la naturaleza de cada función específica a cada Órgano. Por otra parte, él Mtro. Tovar Pell, comprende que al establecer si la Sala, respeto o vulnero el Principio de División, sería decir que representa todo el Órgano Judicial; por ello realiza un análisis de los pronunciamientos, en los cuales se ejerció competencias del Órgano Ejecutivo y Legislativo y el mismo Tribunal Supremo Electoral.</p> <p>Nos pronunciamos como grupo de investigación si la postura de los Colaboradores al Principio de División de Poderes es compatible con nuestra investigación. En un razonamiento de la Doctrina Contemporánea desarrollamos lo pronunciado por el Mtro. Vela, lo que hay es una Separación orgánica de las Funciones, según la naturaleza otorgada por la Constitución a cada Órgano. Comprendemos que tanto el Legislativo y Ejecutivo son Poderes de naturaleza política, elegidos por la representatividad del Poder concedido por el Pueblo, mediante la representación Democrática. Ahora bien, cual es la posición de la Justicia Constitucional generando la pregunta ¿Cómo entendemos la posición del Órgano Judicial frente a la Separación Orgánica de Funciones? Como un Órgano Técnico, la cual su Legitimidad se debe a la Constitución, en su aplicación del marco normativo, ese Poder Constituyente le otorga Independencia Judicial, Principios de Corrección Funcional, Juez Natural y Competencias Jurisdiccionales de ser el Único Tribunal en conocer sobre las Inconstitucionalidades, Amparos y Habeas Corpus, en resumen su deber en controlar el Orden Constitucional, y en caso específico de nuestro tema los actos y normativa Político-Electoral. Las ideas anteriores, confirman que la Sala ejerció el Principio de Frenos y Contrapesos, para mantener y potencializar el Orden Constitucional, la Sala, potenció el “Cheks and Balances.”</p>		
<p><b>SÍNTESIS:</b> Las Sentencias Activistas en materia Electoral respetaron el Principio de División de Poderes, ya que al ejercer los Controles Constitucionales, la finalidad de la Sala es proteger el Orden Constitucional. Frente a la función de los Frenos y Contrapesos por parte de la Sala, es ejercer un Control Constitucional del Poder, se potencio o reforzó el sistema de Frenos y Contrapesos, ya que el rol de un Tribunal Constitucional es el control los Actos Políticos. Conforme a lo desarrollado en la presente investigación podemos establecer que la Jurisprudencia Activista de la Sala respetó el Principio de División de Poderes, comprendiéndolo desde la postura de la Doctrina Contemporánea desarrollada con en la Doctrina, Teoría y Criterios Jurisprudenciales sobre el Activismo Judicial como institución de aplicación Positivo.</p>		

Pregunta N° 6	¿Considera usted que las Sentencias Activistas de la Sala de lo Constitucional en materia Político-Electoral periodo 2009-2018, se han pronunciado bajos los límites de Garantía y Protección de los Derechos Fundamentales?	
Mtro. José Arturo Tovar Peel. Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional	Mtro. Marcos Vela. Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional	Concepto Fundamental
<p>Si, les aseguro que por el trabajo realizado con los Magistrados, ninguna de las Sentencias Pronunciadas. En lo que percibí, lo que siempre se buscaba era potenciar los Derechos Fundamentales, proteger la Supremacía Constitucional, contrario a los que dicen Diputados, funcionarios o políticos que en su momento establecieron mal intención por parte de la Sala.</p> <p>Por ejemplo en casos concretos de la resolución de Inc. 35-2015, sobre dejar sin efecto la Legitimidad Democrática de los 84 Diputados Suplentes, por no haber sido elegidos de forma directa por parte de los Ciudadanos, fue un claro mensaje a los partidos políticos que la postura de la Sala, es favorecer el voto del Ciudadano Democráticamente frente a las cuotas partidarias para nombrar a los Diputados Suplentes. En síntesis, si se respetaron los límites, las Sentencias Activistas tienen los Frenos Contrapesos que son para la protección de los Derechos Fundamentales para los Ciudadanos.</p>	<p>Para empezar, en lo personal pocas Sentencias de Inconstitucionalidad reconozco como Activistas, pero las que si encajan, en mi opinión, si se han pronunciado bajo los limites. Como Activismo no es tanto que protegen Derechos Fundamentales, lo que se busca proteger son Garantías Institucionales. Esas Garantías Institucionales aunque no encajen en la estructura de un Derechos Fundamental, también son merecedoras de protección y también forman parte del Orden Constitucional. Digo por ejemplo: no puedo decir que tengo un Derecho Fundamental a la Imparcialidad Judicial, pero si hay una Garantía Institucional en la Imparcialidad Judicial y es merecedora de esa protección Constitucional.</p> <p>Por ejemplo: en la Inc. 77-2013 se declaró Inconstitucional a un Magistrado de la CSJ, por vínculos partidarios; Y lo mismo, ocurre con otras Inconstitucionalidades que se han referido en la existencia de vínculos partidarios o de vínculos de cualquier otra naturaleza que inciden en la imparcialidad Judicial.</p> <p>En un enfoque más amplio es que las Garantías Institucionales resguardan al final Bienes Jurídicos, aunque tenemos que separar el concepto de los Derechos Fundamentales, estos se compone de otras cosas por un bien Jurídico pero un bien Jurídico no en todas las ocasiones se componen de un Derecho Fundamental. Entonces las Garantías Institucionales tutelan bienes Jurídicos, pero no tutelan un Derecho Fundamental.</p> <p>El Activismo Judicial de la Sala, ha protegido en algunas ocasiones Bienes Jurídicos y en otras</p>	<p><b><u>Sentencias Activistas</u></b> <b><u>Limites de Garantía y Protección de los Derechos Fundamentales</u></b></p>

	<p>Derechos Fundamentales. Por ejemplo, la Inc. 61-2009 que versa sobre candidaturas no partidarios, siendo un ejercicio Activista, proteger el Sufragio Pasivo, mi Derecho a ser elegido, se evidencia que si hay protección, si hay garantía; entendiendo que la protección y garantía en la terminología, es prevenir que se viole un Derecho Fundamental. Desde la perspectiva de la Inconstitucionalidad es evitar actos de concreción en los cuales exista la aplicación de normativas Inconstitucionales que puedan prevenir en última instancia violación de Derecho Fundamentales.</p>	
<p><b><u>ANALISIS:</u></b> Se observa que la postura de cada uno de los colaboradores coincide, en que las Sentencias Activistas de la Sala se han pronunciado bajo los límites, pero dan un enfoque diferente. Por parte del Mtro. Vela establecer que no solo se protege Derechos Fundamentales, sino también Garantías Institucionales aunque no encajen en la estructura de un Derechos Fundamental, también son merecedoras de protección y forman parte del Orden Constitucional. La opinión del Mtro. Tovar Pell, asegura que los pronunciamientos de la Sala, siempre buscaron a potenciar los Derechos Fundamentales, contrario a las críticas de funcionarios políticos que opinaban mala intención de la Sala por medio de la aplicación del ejercicio Activista en las resoluciones de Inconstitucionalidad en materia Electoral. Comprendemos como grupo de investigación la importancia de garantizar la protección de los Derechos Fundamentales por parte de la Justicia Constitucional en sus pronunciamientos, siendo parte de la misma Constitucionalización del Derecho al establecer Principios, Valores y Derechos Fundamentales. En ese orden de ideas, compartimos la postura de los Colaboradores que la finalidad de la Sala de lo Constitucional en sus pronunciamientos estará dentro del mismo marco Constitucional. Aunque, debemos de tener en cuenta que habrá más de algún desacierto por parte de la Sala, pero se puede corregir en el camino; concluimos, conforme al estudio realizado en la Jurisprudencia Electoral de la Magistratura del periodo 2009-2018 se potencio los Derechos Fundamentales Políticos de los Ciudadanos y lo más importante darle preponderancia y un nuevo protagonismo de la Ciudadanía en la Democracia.</p>		
<p><b><u>SINTESIS:</u></b> Si, se han pronunciado bajo los límites de Garantía y Protección de los Derechos Fundamentales, su finalidad fue potenciar los Derechos mediante la Supremacía Constitucional; a la vez que se protegen Garantías Institucionales, por medio de la Jurisprudencia Constitucional, el Activismo Judicial de la Sala de lo Constitucional se evidencia que si hay Protección y Garantía, entendiendo que la finalidad es prevenir que se viole un Derecho Fundamental. En el enfoque del Control de Inconstitucionalidad evita Actos de Concreción que puedan aplicar normativa contraria a la Constitución y esta pueda prevenir en Última Instancia agravio a Derechos Fundamentales.</p>		

Pregunta N° 7	¿Considera usted que las Sentencias Activistas emitidas por la Sala de lo Constitucional sobre Inconstitucionalidades en materia Político-Electoral, han contribuido a fortalecer la Seguridad Jurídica, en el Estado Constitucional de Derecho?	
<b>Mtro. José Arturo Tovar Peel.</b> Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional	<b>Mtro. Marcos Vela.</b> Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional	Concepto Fundamental
<p>Es complicado responder a esta pregunta, ya que Seguridad Jurídica si lo entendemos desde la perspectiva de la previsibilidad de las actuaciones judiciales, la respuesta sería no, porque nadie está esperando que un Tribunal otorgue más de lo que se le ha pedido (Ultrapetita), ahora bien, sobre Seguridad Jurídica en sentido Tradicional, no definitivamente; porque si cualquier Ciudadano se ha vuelto en un proceso jurisdiccional, uno quisiera que los Jueces se ciñeran en el marco legal normativo, en ese sentido, no contribuye. Por otra parte, si estamos en un Estado Constitucional de Derecho, entonces si lo potencializo. Hay que tener en cuenta los conceptos de la pregunta, que caen en dos momentos históricos distintos, ya que Seguridad Jurídica, es parte del Liberalismo del siglo XVIII y XIX, producto de las revoluciones liberales, en ese momento histórico, ni se pensaban de Tribunales Constitucionales, sino hasta la llegada del siglo XX, Kelsen con el Tribunal de Weimar, pretendía sobre los Tribunales Constitucionales.</p> <p>Por lo anterior hablar de seguridad Jurídica no era hablar de Constitucionalismo, ya que seguridad Jurídica está atado al concepto de legalidad. Analicemos en el enfoque del Estado de Derecho, este implica que la seguridad Jurídica, Supremacía Constitucional y Derechos Fundamentales; dentro de un Estado de Derecho, se envuelve la Seguridad Jurídica. Pero esté, va más allá en un</p>	<p>Primeramente partamos que vamos a entender por Seguridad Jurídica siendo una categoría Constitucional que tiene un carácter triádico, Principio, Valor y Derecho Fundamental. Primeramente asignamos como (I) Valor Constitucional, se deriva del Art. 1 de la Constitución que enuncia los tres grandes Valores Constitucionales Justicia, Seguridad Jurídica y Bien Común. Como (II) Principio Constitucional la idea de Seguridad Jurídica se normativiza traduciéndose en mandatos concretos para ciertas autoridades o ciertos Órganos del Estado y como (III) Derecho Fundamental la Seguridad Jurídica se traduce en ciertas categorías específicas que se puede aducir ante un Tribunal, porque violan la certeza del Derecho.</p> <p>Para mí sí ha contribuido, principalmente a la Seguridad Jurídica vista como Valor y Principio, como Derecho no tanto porque ha habido pocas reclamaciones, al menos de mi punto de vista solo recuerdo la Inconstitucionalidad que se refiere en la integración de la Junta Receptora de Votos, en las que efectivamente las personas se pronuncian en la Violación que altera sobre mi certeza del Derecho y sobre el Funcionamiento de este.</p> <p>Las Sentencias de Inconstitucionalidad Activistas en materia Electoral, como Valor la Seguridad Jurídica ha contribuido en garantizar principalmente la Corrección Funcional que la Asamblea Legislativa al momento de emitir las Leyes que regulan el Sistema Electoral salvadoreño no excedan las atribuciones y su ejercicio dentro del marco Constitucional aceptable que le han sido</p>	<p><b><u>Seguridad Jurídica</u></b></p>

<p>sentido del Estado Constitucional de Derecho es un concepto y Estado de Legalidad es otra. Tomando a consideración lo anterior, podría decir que potencia la Seguridad Jurídica en un Estado Constitucional de Derecho. Pero desde un punto de vista tradicional, quizá no; porque implica en una concepción del Juez de llegar más allá de lo que se le pide y más allá de los Principios tradicionales del proceso. En un Estado Constitucional de Derecho sí que lo potencializa y lo reafirma, ahí está hablar sobre los Aciertos y Desaciertos, de la Sala siendo un tema necesario para entender el marco de la Seguridad Jurídica, pero nadie podrá negar que hubo un avance significativo.</p>	<p>conferidas por la Constitución; por ejemplo para optar a la candidatura de Diputación es necesario pertenecer a un Partido Político, ¿Cuál es el Control que realiza la Sala en ese caso? En materia de Derechos Fundamentales este puede ser otorgado por la Constitución y la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, si este Derecho ya fue otorgado por la Jurisprudencia y la Asamblea Legislativa quiere reformar la Constitución para cambiar ese Derecho Fundamental o desmejorarlo, ello es Inconstitucional por el Principio de Prohibición de Regresividad, ya una vez otorgado un Derecho Fundamental no se puede negar ni retroceder.</p>	
<p><b><u>ANALISIS:</u></b> Es importante señalar la posición de cada Colaborador realiza un análisis exhaustivo en la comprensión de la Seguridad Jurídica en un Estado Constitucional de Derecho. Los Maestros Tovar Pell y Vela, establecen que Seguridad Jurídica en sentido tradicional no contribuye, porque implica una concepción del Juez de llegar más allá de lo que se le pide y más allá de los Principios tradicionales del proceso. Ahora bien, comprender la Seguridad Jurídica en el cambio de paradigma histórico-teórico Contemporáneo establece el Principio en una categoría Constitucional como Principio, Valor y Derecho Fundamental, es necesario comprenderlo en ese enfoque. Como grupo de investigación consideramos, al analizar las diferentes posturas de lo Colaboradores, establecemos nuestra opinión, al estudiar y comprender la Doctrina, Teoría y Criterios Jurisprudenciales, entendemos la Seguridad Jurídica como una categoría Constitucional como Principio, Valor y Derecho Fundamental, en la misión que le ordena al Constituyente en mantener el Orden Constitucional; por parte de la Justicia Constitucional a margen de lo que exprese los Órganos Políticos, buscando en su finalidad en concientizar un respeto a la Constitución, mediante la aplicación de la Corrección Funcional y la misma Justicia como corrección, respetando el Garantismo Procesal, ya que las formas son importantes para comprender las resoluciones, siempre y cuanto se ajusten al mismo, límite que es la Constitución; en ese orden de ideas, si ha contribuido a fortalecer la Seguridad Jurídica, en el Estado Constitucional de Derecho.</p>		
<p><b><u>SINTESIS:</u></b> En el enfoque de un Estado Constitucional de Derecho, si ha contribuido en fortalecer y potencializar la Seguridad Jurídica, bajo el entendido como Categoría Constitucional Tráidico (Principio, Valor y Derecho Fundamental); frente a las Sentencias de Inconstitucionalidad Activistas en materia Electoral se contribuye en garantizar la Corrección Funcional del Legislativo e Instituciones de naturaleza Jurisdiccional (TSE), en la emisión de normativa que regula el Sistema Electoral, no exceda las atribuciones y su ejercicio que le confiere la Constitución; por parte del TSE sus actos y pronunciamientos, están bajo el Control del Orden Constitucional que pertenece a la Sala, siendo su finalidad proteger el Orden Constitucional Electoral a margen de lo que diga el Orden Legal Electoral.</p>		

<p><b>Pregunta N° 8</b></p>	<p><b>En su opinión, como Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional ¿Cuáles son las resoluciones Activistas que han creado un precedente Judicial e impacto significativo en las Competencias Funcionales de la Asamblea Legislativa y el Tribunal Supremo Electoral?</b></p>	
<p><b>Mtro. José Arturo Tovar Peel. Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional</b></p>	<p><b>Mtro. Marcos Vela. Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional</b></p>	<p><b>Concepto Fundamental</b></p>
<p>Por ejemplo las Inconstitucionalidades candidaturas no partidarias la primera Inc. 61-2009 y la segunda fue la Inc. 10-2011; en el caso de la Inc. 48-2014 sobre el voto cruzado, la cual en su momento genero un gran problema al momento del escrutinio por parte del Tribunal Supremo Electoral. En síntesis todas las sentencias que tuvieron que ver con potenciar el Derecho al sufragio a los Ciudadanos, ordenando el Derecho Electoral privilegiando el Sufragio del Ciudadano.</p> <p>Por otra parte, las Inconstitucionalidades, en el control de los nombramientos de ciertos funcionarios por parte de la Asamblea Legislativa, sobre todo de naturaleza Jurisdiccional, que tenían algún vínculo partidario formal o material; por ejemplo: Inc. 18-2014 se declara Inconstitucional nombramiento de Eugenio Chicas para Magistrado del Tribunal Supremo Electoral por evidente afiliación partidaria; Inc. 56-2016 con relación a esta Inconstitucionalidad, la Sala de lo Constitucional conoce sobre la vinculación material por parte del abogado Ricardo Alberto Iglesias Herrera con el partido FMLN, cuando el mismo ha sido elegido según DL 101-2010 como magistrado suplente de la corte suprema de justicia. Por mencionar algunos ejemplos de Sentencias Activistas Judiciales de la Sala.</p>	<p>A conocimiento de resoluciones en las competencias del Tribunal Supremo Electoral, puedo mencionar la Inc. 163-2013 en esa Sentencia la Sala de lo Constitucional enjuicia la actitud del Tribunal Supremo Electoral, para aceptar una candidatura Presidencial, ahí si diría que hay una posición Activista generando un impacto para las labores del Tribunal Supremo Electoral.</p> <p>Ahora bien, desde el punto de vista de la Asamblea Legislativa la de mayor impacto la Inc. 35-2015 porque viene a cambiar la conformación de la Asamblea Legislativa, modificando las cuestiones de estructura del Sistema Electoral, en cuanto las comisiones para ser Diputado, por ejemplo, la Inc. 7-2012, que impidió que la Asamblea Legislativa reformara la Constitución para poder exigir el requisito de ser miembro de un Partido Político para optar una candidatura a Diputado.</p>	<p><b><u>Impacto significativo de resoluciones Activistas en Asamblea Legislativa y TSE</u></b></p>

**ANALISIS:** Cada Colaborador expresa referencias de Inconstitucionalidad diferentes sobre resoluciones Activistas que generaron un impacto y precedente significativo en las Competencias Funcionales de la Asamblea Legislativa y el Tribunal Supremo Electoral, individualizando temas sobre Derechos Políticos Ciudadanos, nombramientos de funcionarios de Segundo Grado y requisitos a cargos de elección popular.

Como grupo de investigación comprendemos que cada una de las resoluciones establecidas por los Colaboradores generó un impacto y precedente, en el sentido que la misma omisión por parte de la Asamblea Legislativa en realizar las reformas necesarias en el ámbito electoral son deudas históricas en reconocer y potencializar la Legitimación Democrática directa de los Ciudadanos en el Sistema Político salvadoreño; en ese contexto origina un descontento de los Ciudadanos y la Sociedad Civil en general. Llegando al punto de reformar el Sistema Político, en reconocer, Legislar y actualizar normativa electoral que beneficie los intereses Políticos y Democráticos de la Ciudadanía; por lo anterior, es necesario la búsqueda de Legitimar la Judicialización de la Política en crear una conciencia y cultura de respeto a la Constitución y en especial los Derechos Políticos-Electorales de los Ciudadanos a presentar ante la Sala de lo Constitucional, mediante “golpe de Sentencia” se le reconozcan los Derechos Políticos y así lograr las reformas de actualización necesaria, bajo la línea que la Sala del 2009-2018 marcó, darle mayor preponderancia a los Ciudadanos frente a los Partidos Políticos. Por las ideas anteriores es que la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018 marcó un precedente justificado y necesario en el Sistema político Salvadoreño y más importante reconocido por la Academia, Comunidad Jurídica y Sociedad.

**SINTESIS:** Las resoluciones que generaron un impacto significativo en las Competencias Funcionales del Tribunal Supremo Electoral son: Inc. 163-2103: enjuicia el proceder del Tribunal Supremo Electoral para aceptar una candidatura presidencial, en concreto declara Inconstitucional candidatura de Tony Saca; Inc. 61-2009, Inc.10-2011, Inc. 48-2014, las anteriores resoluciones versan aspectos de formas de elección del sufragio de los Ciudadanos y modificación de estructura del Sistema Electoral; Generando problemas en el escrutinio final por parte del TSE. Segundo: Competencia Funcional de la Asamblea Legislativa: la Inc. 18-2014, Inc. 56-2016, Inc. 35-2015, Inc. 7-2012, las resoluciones anteriores se desarrollan en el control de los nombramientos de ciertos funcionarios, sobre todo de naturaleza Jurisdiccional, que tenían algún vínculo partidario Formal o Material, requisitos para optar a cargos públicos y conformación de Diputados Suplentes en la misma Asamblea. Las resoluciones que presentamos en la investigación en el temario análisis y presentación de Sentencias Activistas, generan un impacto en la posición de los Partidos Políticos, Órganos e Instituciones con carácter meramente Político como la Asamblea Legislativa y el TSE por su omisión en pronunciar las reformas necesarias en reconocer el nuevo protagonismo de la Ciudadanía frente a la Democracia. Ahora, conforme a la Inc. 35-2015 como grupo de investigación identificamos como una resolución Activista por excelencia, al desarrollar indicadores Ultrapetita, aspectos de Incongruencia en resolver lo que no se había pedido y marca un precedente innovador sobre la Legitimación Democrática directa que los Ciudadanos deben ejercer al momento de elegir Diputaciones Suplentes, rompe con el esquema tradicional de los Órganos Políticos, en su funcionamiento e institucionalización en reconocer la decisión del Poder que reside en el Pueblo, y que mediante la elección Democrática popular legitima se pronuncia su Soberanía.

<b>Pregunta N° 9</b>	<b>En su opinión, como Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional, ¿Qué opina sobre la aplicación del ejercicio Activista de la Magistratura de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018, en materia Político-Electoral?</b>	
<b>Mtro. José Arturo Tovar Peel. Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional</b>	<b>Mtro. Marcos Vela. Colaborador Jurídico de la Sala de lo Constitucional</b>	<b>Concepto Fundamental</b>
<p>Les advierto, que mi respuesta será parcializada por el trabajo que desempeño como Colaborador Jurídico y por el mandato que se realizó por parte de los Magistrado. Ese ejercicio Activista, se justifica en la gran mayoría de casos por la necesidad en materia de Derechos Políticos de darle un lugar al Ciudadano en el Sistema Electoral Político. Marcamos que eran deudas que la Asamblea legislativa tenía pendientes con los Ciudadanos, realizar las reformas al Sistema Político Electoral, no lo había hecho desde los Acuerdos de Paz. Por lo anterior, organizaciones de la Sociedad Civil, habían intentado promover la reforma de la Política Electoral en pro de los Derechos políticos de los Ciudadanos a que el Sufragio del Ciudadano fuera más protagonista y se debiera al Sistema Democrático y no a los Partidos Políticos. Estas conquistas, fueron logrados por mediante el pronunciamiento de las Sentencias de la Sala, o como dice un coloquio, se logró a “golpe de sentencia”, lograr una actuación necesaria en su momento, adecuada muy beneficiosa para los Derechos Políticos de los Ciudadanos; desde una perspectiva Constitucional de Derechos Fundamentales, en los casos que hubo</p>	<p>En mi opinión, son pocas las resoluciones que podría calificar como Activismo Judicial, como reflexión, nosotros nunca debemos de esperar que la Sala nunca se equivoque, al aplicar Activismo o corrija los mismos errores, en el camino.</p> <p>Al trasladarnos a la Jurisdicción Constitucional me pronuncio en el enfoque de la idea, sobre la Tesis de Carlos Cossío, sobre la Teoría de los Objetos, el cual conceptualiza como los objetos culturales siempre tienen las características del creador; en caso específico: En las Sentencias Judiciales que es un objeto cultural porque lo crea un humano, dependiendo de su naturaleza, obviamente tendrá las propiedades del creador de las Sentencias. Claramente, si el creador de la Sentencia de alguna manera tiene una deficiencia sobre el conocimiento del tema o actitud equivocada del tema obviamente el resultado será deficiente; por ello no debemos esperar que un Tribunal Constitucional sea perfecto, son errores que la Sala ha cometido pero de alguna medida se buscan corregir. Por ejemplo: en el Sobreseimiento Inc. 117- 2018, la Sala se pronunció: en la Inconstitucionalidad 163-2103, no se tenía que haber pronunciado sobre si el TSE podía o no inscribir la candidatura presidencial de Tony Saca, la Sala debía de sobreeser,</p>	<p><b><u>Opinión del Activismo Judicial de la Sala de lo Constitucional</u></b></p>

Activismo fue justificable y necesario para la protección de los Derechos Fundamentales en aspecto político electoral por parte de la Sala.	porque las elecciones ya habían pasado, y ya habían presidente electo, por ello el sobreseimiento, se corrigió en el camino.	
<p><b>ANALISIS:</b> Es interesante la opinión de cada Colaborador respecto al Activismo Judicial en materia Político-Electoral de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018, en el aspecto de la postura que consideran. Él Mtro. Tovar Pell justifica el ejercicio Activista evidenciado fue necesario para darle el lugar que le corresponde al Ciudadano, darle un mayor protagonismo frente a los Partidos Políticos; Al reformar el Sistema Político Electoral con la Jurisprudencia, se cumple con una deuda histórica en el tema de Derechos Fundamentales en materia Electoral. Por parte del Mtro. Vela pronuncia que son pocas las resoluciones Activistas de la Sala en estudio y advierte que la misma naturaleza de creación cultural de las Sentencias, se pueden cometer errores por parte del Tribunal Constitucional, pero se corrigen en el camino y que la aplicación del ejercicio Activista puede proyectar errores o contribuir a corregirlos.</p> <p>Al obtener como resultado una opinión de entrada parcializada que pronuncia él Mtro. Tovar Pell y por otra parte del Mtro. Vela una respuesta muy cautelosa, es necesario realizar una opinión crítica como grupo de investigación sobre el Activismo Judicial en materia Electoral de la Sala de lo Constitucional, Periodo 2009-2018 en lo siguiente: comprender la función de aplicación del Activísimo Judicial por parte de la Justicia Constitucional en la Jurisprudencia Electoral, es necesario analizar y entender las formas para llegar al resultado o la decisión Judicial; aquella frase “el fin justifica los medios” no tiene razón de ser en la aplicación de la Función Judicial. Al estudiar los aspectos Doctrinarios, Teóricos y Jurisprudenciales que encierran el Activismo, nos damos cuenta que el Activismo Positivo o “correcto”, es el indicado y en pro de la Seguridad Jurídica y el Derecho Judicial, evidenciamos que es el aplicado en la Judicatura Salvadoreña. Reconocemos la labor de la Sala, en asumir el rol protagonista, necesario para el Estado Constitucional de Derecho y la fomentación de la Democracia. Sin olvidar lo más importante, naturalizar el principio y fin de Legitimación, Limites, protección en la garantía de la normativa Constitucional.</p>		
<p><b>SINTESIS:</b> La opinión de los Colaboradores Jurídicos en la aplicación del Activismo Judicial en materia Político-Electoral de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018, fue necesario y justificable en su momento desde la perspectiva Constitucional de los Derechos Fundamentales Políticos de los Ciudadanos, logrando respetar y garantizar los Derechos Políticos de los Ciudadanos mediante la Jurisprudencia Electoral en materia de Control de Constitucionalidad, advirtiendo los Tribunales Constitucionales pueden cometer errores al aplicar el ejercicio Activista pero también puede corregir esos errores en el camino por medio de la Jurisprudencia. No debemos olvidar, nuestra misión crítica de la Academia en observar la Función Judicial y en especial la Jurisprudencial, ser vigilantes en la aplicación correcta del Derecho y la Justicia. Reconocemos la Justicia Constitucional cumple su rol establecido en la Constitución, invitamos a la Magistratura en seguir fortaleciendo el Estado de Derecho, la Seguridad Jurídica y cumplir su mandato Constitucional en ser un verdadero Tribunal Constitucional.</p>		

## ENTREVISTA ABOGADO CONSTITUCIONALISTA

Pregunta N° 1	¿Qué es Activismo Judicial?	
<b>Dr. Manuel Escalante, Abogado Constitucionalista y Catedrático Investigador, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana Jose Simeón Cañas.</b>	<b>Concepto Fundamental</b>	
<p>Es aquella participación que realizan los Jueces Constitucionales que impactan en el funcionamiento ordinario o normalizado del sistema Político, ese Activismo trastocó el Statu Quo, es decir que existía un pacto entre Partidos Políticos que para acceder al Poder de cargos de elección popular, solo se podía mediante Partidos Políticos -art. 85 Cn-, en el caso de los Diputados no estaba establecido en el Código Electoral la forma de postulación de candidatura a Diputaciones. En ese contexto la Sala, modifica con sus decisiones Judiciales comenzó a conocer de los asuntos políticos, ya que la Sala establece que no existen zonas exentas de Control; por lo anterior, si existen decisiones meramente políticas que impactan con el ordenamiento Jurídico y los Derechos de los Ciudadanos, la Sala está habilitado para controlarlo.</p> <p>Entonces, para cerrar la idea Activismo Judicial son aquellas Acciones Judiciales que se realizan y que tocan de alguna manera el Sistema Político. Ahí es donde viene el punto; si, el tocar los aspectos políticos es legítimo o ilegítimo se exceden o no se exceden. Porque claro, si se observa la óptica de la Sala desde la Inconstitucionalidad 61-2009 por ejemplo, desde la óptica de los partidos Políticos observo un Activismo Judicial Negativo, pero si observo esa postura desde la Ciudadanía o la Sala, es un Activismo Positivo desde la perspectiva de la Justicia Constitucional ya que las Sala, lleva el control de Constitucional a un asunto importante que tiene impacto con el Sistema Constitucional e impacta al Sistema Electoral posteriormente. En los dos casos existe Activismo, pero lo comparto o no lo comparto, dependerá de la óptica desde los intervinientes en la que me coloque.</p>	<b><u>Activismo Judicial</u></b>	
<p><b><u>ANALISIS:</u></b> Establecemos la postura del Dr. Escalante sobre el concepto de Activismo Judicial como un término neutral, es decir que no se refiere sobre un Activismo Judicial Positivo o Negativo, sino que enfatiza sobre el impacto en el funcionamiento normalizado de la Función Judicial, en el caso concreto de nuestra investigación sobre el Sistema político. Observamos un enfoque diferente al observar el Activismo Judicial como término neutral, dependerá del enfoque o perspectiva en que se visualice, mediante las diferentes postura de los sectores involucrados; ya que de ahí, se produce investigar a profundidad el verdadero sentido en la aplicación del ejercicio Activista, generado con ello, ese debate abierto en determinar que es Activismo Judicial y que tipo aplica la Justicia Constitucional. En su momento el nuevo protagonismo Judicial por parte de la Magistratura, por el pronunciamiento de Sentencias innovadoras que vienen a romper con el sistema tradicional de la Función Judicial genera críticas de los sectores involucrados que directamente o indirectamente les afecta en sus intereses. Por otra parte, las resoluciones Judiciales Activistas que benefician en la protección y garantía de los Derechos Fundamentales Políticos de los Ciudadanos genera un reconocimiento por parte de la Sociedad Civil, en que la Justicia Constitucional innova en sus decisiones para potencializar en caso concreto la representación Democrática directa de los Ciudadanos; como grupo de investigación, compartimos la noción de entender el Activismo Judicial como termino neutral.</p>		
<p><b><u>SINTESIS:</u></b> El Activismo Judicial se observa desde dos enfoques: en la perspectiva de la Sala, hay un Activismo porque hay una afectación al Status Quo; por otra parte, si lo observamos desde la perspectiva de los Ciudadanos la afectación anterior es legítima, aceptable, justificable, siendo necesario explicar si esa actuación Activista aunque se observe los Derechos de los Ciudadanos, pero si esa afectación se excede en algunos de los Principios básicos en el proceso de toma de decisiones se podría llegar a un Activismo Judicial ilegítimo, porque rompería con el Principio de Seguridad Juridica, claro analizando la idea anterior de Activismo como un término neutral.</p>		

<p><b>Pregunta N° 2</b></p>	<p><b>En su opinión, como Abogado/Académico Constitucionalista ¿Considera usted que las sentencias Activistas de la Sala de lo Constitucional, emitidas por la Sala de lo Constitucional en materia político-electoral, se han pronunciado bajos los límites de garantía y protección de los Derechos Fundamentales?</b></p>	
<p><b>Dr. Manuel Escalante, Abogado Constitucionalista y Catedrático Investigador, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana Jose Simeón Cañas.</b></p>	<p><b>Concepto Fundamental</b></p>	
<p>Yo creo que sí, a pesar de ser uno de los críticos de la Sala de lo Constitucional, en ese marco de críticas considere en su momento que la Sala, en algunos casos se extralimito, en el sentido que importa no solamente el contenido de las decisiones, sino la formas del debido proceso. En ese aspecto realizo un análisis crítico. Por ejemplo la Inc. 61-2009 se realiza una Interpretación Histórica, pero cuando confrontamos otras Inconstitucionalidades sobre el mismo Objeto de Control en conocimiento aplica otros métodos de Interpretación; lo anterior, genera las siguientes interrogantes ¿Por qué para unos casos aplicaba una forma y en otros casos otras formas? Es decir, en el enfoque de mantener Seguridad Jurídica como debo de construir las rutas para llegar a esa conclusión. Por lo anterior, en un sentido crítico hay casos donde considero que la Sala se extralimito o rompió con el Principio de Congruencia en la forma de aplicación de las Técnicas Interpretativas. Ahora bien, en el caso de los límites de garantía y protección de los Derechos Fundamentales Políticos de los Ciudadanos que a pesar de las críticas, la Sala realizo bien, en justificar las Sentencias Activistas en materia electoral parte del concepto de Ciudadanía, es decir en tratar de justificar las Sentencias de proyectar la Igualdad y la Libertad del Elector. Entonces desde esa perspectiva, a pesar de que la forma de Interpretación no hubo continuidad a pesar que el contenido era el indicado, esa forma de justificar sus decisiones a la luz de los Derechos de los Ciudadanos es positivo e incluso innovador, ya que usualmente cuando se realiza análisis del Sistema político del Principio de División de Poderes, siempre se hace de la perspectiva Gubernamental de la Institucionalidad Publica si se afecta o no se afecta las distintas funciones de los Órganos, pero al hacer la lectura desde los Derechos de los Ciudadanos, es poner el punto de importancia donde se encuentra ya que al final la Soberanía está en el Pueblo y la articulación del Sistema Político debe leerse partir de los Derechos del Pueblo siendo el piso mínimo, desde ellos debe justificarse todo el entramado Institucional y no a la inversa. Pero aun así, se puede romper con el Principio de Congruencia a pesar que el contenido sea el indicado, al dañar la forma procesal aplicada generando hasta cierto punto una discontinuidad en los precedentes establecidos.</p>	<p><b><u>Límites de actuación de la Sala Constitucional Activista</u></b></p>	
<p><b><u>ANALISIS:</u></b> comprendemos la posición del Dr. Escalante, que a pesar de ser un crítico de la Sala de lo Constitucional, opina que en efecto, se han pronunciado resoluciones Activistas bajo las Garantías y protección de los Derechos Fundamentales, en el aspecto de justificar esos pronunciamientos innovadores en el ámbito Político – Electoral, pero como grupo de investigación, advertimos que la crítica establecida, es necesaria, ya que algunos casos la Sala se extralimito en sus pronunciamientos, en su momento establecimos en el análisis Jurisprudencial ciertos indicadores Activistas que se aplicaran frente a ciertos Límites, establecidos en la Constitución, su finalidad es garantizar la aplicación de un Activismo Judicial Positivo o Correcto. Siguiendo ese orden, como grupo de investigación compartimos las criticas planteada, en el sentido de las formas de llegar a las conclusiones al momento de resolver por parte de la Sala; pero, remarcamos que frente a garantías y límites de protección de los Derechos Fundamentales Políticos de la Sala en sus pronunciamientos Activistas, como lo hemos desarrollado en la presente investigación y mediante esta entrevista, confirmamos sus pronunciamientos en la línea de los límites Constitucionales</p>		
<p><b><u>SINTESIS:</u></b> La Sala de lo Constitucional en estudio frente a los límites y garantías y protección de los Derechos en materia Político-Electoral en sus pronunciamientos si están pronunciadas bajo el Orden Constitucional justificando sus resoluciones en proyectar y estructurar como finalidad la Igualdad y Libertad del Ciudadano en su rol innovador en la Democracia; su posición protagonista en la toma decisiones en el Sistema Político reformado. De esa forma valoramos como grupo de investigación que la Jurisprudencia de la Sala se ajusta al marco Constitucional en el caso de la Jurisprudencia Electoral en su innovación de sus precedentes en potencializar y reconocer en la articulación del Sistema Político el rol Democrático del Ciudadano.</p>		

<p><b>Pregunta N° 3</b></p>	<p><b>Frente al protagonismo activista de la Sala de lo Constitucional ¿cuál es el grado de Intensidad del ejercicio Activista, (leve, medio e intenso) que se evidencia en sus resoluciones en materia político-electoral, periodo 2009-2018?</b></p>	
<p><b>Dr. Manuel Escalante, Abogado Constitucionalista y Catedrático Investigador, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana Jose Simeón Cañas.</b></p>		<p><b>Concepto Fundamental</b></p>
<p>Para una mayor comprensión, de establecer los grados de Intensidad Activistas, me pronunciaré, no solo sobre asuntos Electorales; ya que la Sala, también conoció de otros Derechos Fundamentales. Por ejemplo, en el tema de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales mi percepción de Activismo Leve, por el motivo de resoluciones que le dieron continuidad a la Jurisprudencia anterior en fomentar la Seguridad Jurídica, pero no introduce temas innovadores para mayor protección de esos Derechos, claro quedarnos con lo tradicional está bien, pero es necesario innovar para potencializar esos Derechos. Luego tenemos los Derechos Ambientales es un Activismo Medio, en el sentido que, introdujo elementos positivos, pero no ordeno que esos elementos adquirieran mayor estabilidad. Por ejemplo, el Derecho al agua, pero solo está reconocido en ámbito Jurisprudencial, siendo necesario reconocerlo en la Constitución da mayor Seguridad ya que la Jurisprudencia puede cambiar, aunque la Sala se pronuncie que no es necesario ya que está reconocido y en efecto ya no se puede negar ese reconocimiento por parte de la Jurisprudencia, pero es necesario que la Sala obligue que ese Derecho se Positivase en la Constitución es necesario se quedaron a medias.</p> <p>Ahora bien llegamos a la Jurisprudencia Activista Política-Electoral es Intenso ya que ellos asumen una agenda de naturaleza política en darle una lectura a partir del ordenamiento Jurídico, pero no desde una perspectiva tradicional sino más bien, desde un punto de vista innovador ya que incluyen un ordenamiento no jurídico que es la agenda de reformas pendientes en materia electoral ante la omisión del Legislativo o los Partidos Políticos como institución, para potenciar los Derechos ya que le dieron continuidad, la Sala en su momento puede romper el Principio de Congruencia, la Seguridad Jurídica. Por lo anterior, no solo debe de interesar la decisión final, debemos de ponerle cuidado al Proceso, ya que el problema es que las buenas o malas decisiones van a depender si el gobernante o funcionario es bueno o malo, el funcionario debe de actuar conforme a las obligaciones y la forma que tiene que actuar siendo necesario observar las formas y garantías del Debido Proceso.</p>		<p><b><u>Grados de Intensidad del ejercicio Activista Judicial</u></b></p>
<p><b><u>ANÁLISIS:</u></b> Como lo desarrollamos durante la investigación al establecer una media de grado de aplicación del ejercicio Activista Judicial entre “Medio e Intenso”, coincidimos con la opinión del Dr. Escalante que expresa la aplicación de un Activismo Intenso, vertiendo una serie de argumentos en la innovación de criterios Jurisprudenciales y en caso concreto el tema del reconocimiento del nuevo protagonismo del Ciudadano en el Sistema Electoral. Nuevamente hace énfasis en observar las formas del proceso, entendemos la postura en analizar, sobre si solo observamos el resultado final y el contenido de las decisiones, se desnaturalizaría el Debido Proceso y las Garantías Procesales, advirtiendo en observar las formas de ahí dependerán en cierta medida si se cumple con la aplicación de un Activismo Judicial Positivo. Como grupo de investigación prevenimos en establecer que al aplicar el ejercicio Activista Judicial no se deberá entender que si las decisiones serán buenas o malas, ya que en ese sentido, realizamos una crítica y advertencia a la postura vertida en la pregunta. En el caso de todas las resoluciones Judiciales los Jueces uno de sus fines será la Justicia como Corrección, en la perspectiva Teórica de Justicia en la aplicación de la Ética Judicial en emitir resoluciones correctas. Este tipo de decisión se entiende que está fundamentado, justificado mediante razones Jurídicas al momento de Interpretar la norma Constitucional, generando así que al resolver una determinada pretensión se resolvió de la mejor manera en la protección y garantía de los Principios y Derechos Fundamentales</p>		
<p><b><u>SÍNTESIS:</u></b> El grado de aplicación del ejercicio Activista evidenciado en la Jurisprudencia en materia Electoral por parte de la Magistratura del periodo 2009-2018 es Intenso, al expresar resoluciones que rompen con el marco Institucional tradicional al Interpretar la norma Constitucional a la luz de los Derechos Políticos de los Ciudadanos, generando así</p>		

Jurisprudencia innovadora, la cual genera un impacto en la posición de los Partidos Políticos, Órganos e Instituciones con carácter meramente Político como la Asamblea Legislativa y el TSE por su omisión en pronunciar las reformas necesarias en reconocer el nuevo protagonismo de la Ciudadanía frente a la Democracia, la Sala legitimando su actuación se pronuncia ante la agenda Política mediante el Control de Constitucionalidad que activan los Ciudadanos marca ese Activismo Intenso.	
<b>Pregunta N° 4</b>	<b>¿Considera usted que las sentencias Activistas emitidas por la Sala de lo Constitucional sobre Inconstitucionalidades en materia Político-Electoral, han contribuido a fortalecer la Seguridad Jurídica, en el Estado Constitucional de Derecho?</b>
<b>Dr. Manuel Escalante, Abogado Constitucionalista y Catedrático Investigador, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana Jose Simeón Cañas.</b>	<b>Concepto Fundamental</b>
No ha contribuido en el sentido técnico la Sala de lo Constitucional, llego un momento de llegar la frase de Maquiavelo “el fin justifica los medios”, claramente los Magistrados al final se aferraron a implementar esa agenda pendiente de los Partidos Políticos y no les importo los medios, por lo tanto no le dieron continuidad en la forma de cómo Interpretar la Ley, rompieron con el Principio de Congruencia, incluyeron otros elementos que no eran necesariamente el Objeto en Control, en ese sentido como se fueron con la frase “el fin justifica los medios”, lo anterior, rompe con el tema de Seguridad Juridica.	<b><u>Fortalecimiento de la Seguridad Juridica</u></b>
<b><u>ANALISIS:</u></b> Es interesante encontrarnos con la presente postura del Dr. Escalante, al establecer que no ha contribuido las Sentencias Activistas en materia Político-Electoral en fortalecer la Seguridad Juridica; en alguna manera la postura anterior, enriquece el contenido crítico de la presente investigación, bajo ese criterio recordamos lo siguiente: él Dr. Escalante en su momento estableció ser un crítico de la Sala en sus Formas para resolver las cuestiones planteadas a objeto de Control en los aspectos de seguir una Congruencia o continuidad en la aplicación de las técnicas de Interpretación Constitucional, en darles un seguimiento en no resolver conforme lo que se ha pedido y en ocasiones extralimitando las formas procesales, a pesar que el contenido y los pronunciamientos de las Sentencias estén en lo correcto. En su momento advierte que al no considerar las formas del Debido Proceso puede generar inseguridad Juridica. En el contexto de las ideas anteriores vertidas por él Dr. Escalante, comprendemos su punto desde la vista de un <i>Garantismo Procesal</i> , necesario en la aplicación del Activismo Judicial Positivo o Correcto. Sin olvidar, en su posición y óptica fuera de la Función Judicial como Investigador Académico Constitucionalista le da mayor un margen de libertad al momento de vertir una opinión; cumpliendo con su finalidad como Abogado y Académico en la función crítica. Caso contrario el de los Colaboradores que en su momento, son cautelosos al pronunciar sus opiniones que de alguna manera están bajo la línea de los Criterios Jurisprudenciales y en caso diferente los Ex Magistrados que se responsabilizan directamente de sus decisiones pronunciadas en su momento. Ahora, al analizar las diferentes posturas, establecemos nuestra opinión como grupo de investigación sobre la cuestión, al estudiar y comprender la Doctrina, Teoría y Criterios Jurisprudenciales, entendemos la Seguridad Juridica, como una categoría Constitucional como Principio, Valor y Derecho Fundamental, en la misión que le ordena al Constituyente en mantener el Orden Constitucional; por parte de la Justicia Constitucional a margen de lo que exprese los Órganos Políticos, buscando en su finalidad en concientizar un respeto a la Constitución, mediante la aplicación de la Corrección Funcional y la misma Justicia como corrección, respetando el Garantismo Procesal, ya que las formas son importantes para comprender las resoluciones, siempre y cuando se ajusten al mismo límite que es la Constitución; en ese orden de ideas, si ha contribuido a fortalecer la Seguridad Juridica, en el Estado Constitucional de Derecho.	
<b><u>SINTESIS:</u></b> Establecer la postura crítica de los Constitucionalistas que no pertenecen a la Función Judicial Constitucional es necesaria para enriquecer el contenido de la presente investigación, la postura del investigador académico es necesaria para Legitimar las actuaciones del Tribunal Constitucional; como lo desarrollamos en el análisis, retomamos las diferentes posturas de los Colaboradores Jurídicos de la Sala, Ex Magistrados, y Abogados Constitucionalista. Comprender que si la Jurisprudencia Activista Electoral en comentó, fortaleció la Seguridad Juridica en el Estado Constitucional de Derecho, las opiniones son diferentes desde la óptica de análisis y	

comprensión en la que encuentra cada uno de los entrevistados, pero nuestra finalidad como investigadores del tema es dar una respuesta, en nuestra opinión justificada y argumentada con anterioridad Sí fortalece la Jurisprudencia Electoral Activista la Seguridad Jurídica en el Estado Constitucional de Derecho.	
<b>Pregunta N° 5</b>	<b>Existen dos tipos de Activismo Judicial: El Dialógico según el cual las Sociedades están en constante contacto con el Tribunal y el Activismo Judicial Contemporáneo practicado por Tribunales norteamericanos.</b>  <b>¿Ahora bien, cuál de estos tipos de Activismo práctica la Sala de lo Constitucional?</b>
<b>Dr. Manuel Escalante, Abogado Constitucionalista y Catedrático Investigador, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana Jose Simeón Cañas.</b>	<b>Concepto Fundamental</b>
<p>Ahí voy a partir de los conceptos que has mencionado, yo creo de que la manera de cómo la Sala actuó con base a esas dos perspectivas; bajo una perspectiva ideológica porque la Sala procuró que todas las decisiones o mucho de esos casos o mejor dicho todos estos casos iniciaron a partir de una demanda y si vamos a ver entre una demanda y la decisión del Tribunal, aunque no he hecho ese análisis consensuado, pero así me atrevería a decir que quizás, el cincuenta por ciento de los argumentos que la Sala dio en sus Sentencias definitivas, ya eran argumentos que venían dado por los demandantes; o sea, lo que la Sala estaba dando es recoger lo que la Sociedad o ese grupo de Ciudadanos le estaban dando, entonces la Sala digámoslo así tuvo un Activismo, pero el Activismo fue originado porque la Sala se convirtió en un instrumento a favor de la Ciudadanía, no fue a iniciativa propia, si no que fue sirviendo como caja de resonancia de los Ciudadanos, así por lo menos fue desde mi punto de vista digámoslo la mayor cantidad de decisiones en estos asuntos el Electoral; sin embargo, creo que la Sala introdujo este Activismo norteamericano sobre todo con eso de las <i>políticas choice</i>, no sé si ustedes se acuerdan y solo es con este tema era un asunto más amplio de esta Sala, no sé si ustedes se acuerdan que a la Sala se le critico mucho porque habían demandas que pasaban meses y no se respondían y habían demandas que en cuarenta y ocho horas se admitían, eso es una característica propia del Activismo norteamericano por esto de <i>políticas choice</i>, lo que ocurre con la escuela norteamericana el Tribunal Constitucional es quien ha reconocido de acuerdo a sus criterios que hay asuntos de especial envergadura que necesite atención inmediata, pero claro ese especial envergadura, esa atención inmediata ya es una valoración política, porque es el Tribunal el que decide <b>eso es importante</b>, y que está diciendo entonces que el resto de cosas no son importante.</p> <p>Entonces, la Sala en ese punto de estar escogiendo que demandas o que recursos elegir estaba aplicando esta lógica norteamericana, que al final generó un gran impacto, pero ya no solo impacto en el sentido Electoral, sino también hubo un impacto en otros asuntos, porque habían demandas de asuntos laborales que se tardaron años en ser admitidas, mientras que habían asuntos Electorales que en dos semanas ya estaban admitidas, entonces que significaba eso, significaba entonces que para esta Sala lo Electoral era lo más importante que lo Social, entonces ahí te</p>	<b><u>Activismo Judicial Práctica la Sala de lo Constitucional.</u></b>

<p>está dando un mensaje el máximo Tribunal de qué es lo importante en materia de Derecho para ellos.</p>	
<p><b>ANÁLISIS:</b> Es muy importante lo que el Dr. Escalante nos menciona respecto de cuál de los Activismos ha puesto en práctica la Sala de lo Constitucional al momento de emitir resoluciones que fueron Activistas en materia Electoral. Según el análisis y la interpretación de los datos que realizamos a dicha respuesta notamos algo que es muy importante mencionar, dicha respuesta va en la misma línea de explicación que en su momento nos manifestó el Lic. Sídney blanco.</p> <p>Según el Dr. Escalante se puso en práctica ambos tipos de Activismo Judicial, por un lado una Ciudadanía que acude ante la Sala de lo Constitucional a interponer una demanda de Inconstitucionalidad, y ahí se nos manifiesta un Activismo Judicial Dialógico, otra característica que él nos comentaba y nos llamó la atención es la siguiente, quizás de un cincuenta por ciento de los argumentos que la Sala dio en sus sentencias esos mismos se peticionaba en la demanda es decir, eran argumentos que ya venían dado por los demandantes, que quiere decir esto, que la Sala fungió como un instrumento el cual otorgaba lo que la misma ciudadanía peticionaba y era necesario que se le brindara un reconocimiento en sus Derechos en su momento a estos mismo. ¿Cuáles serían las ventajas de que una Sala de lo Constitucional actué conforme a darles un rol un poco más protagónico a los Ciudadanos en sus peticiones? Estas ventajas vendrían a ser, que tendremos magistrados que en efecto se deben a la Constitución y a los Ciudadanos propiamente, poniendo de manifiesto el Principio de Corrección Funcional, donde el Magistrado no tiene que darle una Interpretación ajena de la que establece el Constituyente respecto de las funciones de los demás Órganos de Estado, ni debiéndose a ellos mismos, será única y exclusivamente a la Constitución en relación a los procesos de Inconstitucionalidad.</p> <p>El otro tipo de Activismo donde la Sala de lo Constitucional tiene un rol un tanto más protagónico resulta ser el que práctico por los Tribunales norteamericanos, según lo que nos explica el Dr. Escalante en relación a las <i>políticas choice</i>, relacionado en que los Tribunales pueden decidir que Sentencias serán más importantes y cuáles no. ¿Se dio este fenómeno en la Magistratura de esta Sala? Fue evidente, que hubieron demandas que fueron admitidas en cuarenta y ocho horas, y otras que se han tardado años en ser admitidas; entonces, en efecto seda a través de este ejemplo una clara y manifiesta evidencia que hay un Activismo Judicial Contemporáneo. ¿Cuál es la desventaja que afronta un Tribunal que decida que demandas va admitir, en forma de categorizar entre importante y no tan importante? Ciertamente que sería el rechazo mismo por parte de una Sociedad, generando críticas al respecto de dicha actuaciones; con esto no estamos diciendo que el Activismo Contemporáneo es malo, claro que no, en gran medida a través de la doctrina hemos conocido tan grandes aportes que el mismo ha dado a las Ciencias Jurídicas. En este sentido fue muy buena la decisión por los Magistrados de aplicar ambos tipos de Activismo Judicial.</p>	
<p><b>SINTESIS:</b> Comprendemos que dentro de las resoluciones que hemos manifestado un Activismo Judicial en materia Electoral, va inmerso tanto el Activismo Judicial Dialógico que es propio de los países hermanos de Suramérica, como El Activismo Judicial Contemporáneo Norteamericano. Haciendo una combinación de ambos, para dar reconocimientos y expansión a Derechos, siendo una forma de ir actualizando las herramientas para dar una mejor y adecuada administración Justicia por parte de los Magistrados de la Sala de lo Constitucional.</p>	

<p><b>Pregunta</b> <b>N° 6</b></p>	<p><b>Los indicadores de Activismo Judicial que menciona el profesor Christian Courtis son: 1° Confirmación o contestación de los actos de otros Poderes, 2° Reconocimiento o Expansión de Derechos, 3° Fidelidad Interpretativa, 4° Definición de Políticas Públicas, 5° Decisión Ultrapetita; ¿Son relevantes estos indicadores para determinar si las sentencias de la Sala de lo Constitucional son no Activista?</b></p>	
<p><b>Dr. Manuel Escalante, Abogado Constitucionalista y Catedrático Investigador, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana Jose Simeón Cañas.</b></p>		<p><b>Concepto Fundamental</b></p>
<p>A partir del modelo de este profesor podremos decir que hay Activismo, el caso que te mencionaba <i>Ultrapetita</i> por ejemplo, el tema de los Diputados suplentes un asunto de préstamo de novecientos millones de dólares de los eurobonos y terminó diciendo que ya no teníamos Diputados suplentes, ese es un asunto ultra petita, pero donde está lo <i>Ultrapetita</i>; porque aquí también se pueden jugar con las dos con el siguiente punto, ustedes han escuchado las interdicta de aquellas decisiones que otros Tribunales dan que no tienen que ver directamente con el objeto, pero sirven para Criterios Interpretativos, claro si de repente es por interdicta que se hubieran pronunciado sobre los Diputados Suplentes, podríamos decir que no es una decisión <i>Ultrapetita</i>, pero el problema es si no me recuerdo es que en esta Sentencias en el fallo se incluye que ya no hay Diputados suplentes; porque aquí, no sé cómo ustedes lo han visto, al menos yo lo enseño que las resoluciones sobre todo las Inconstitucionalidades va a tener tres partes, la primero son la narración de los hechos, narrando todo lo que ha incurrido en el expediente, luego viene la segunda parte que usualmente dice “antes de tomar una decisión la Sala hará las siguientes consideraciones” y comienza toda la parte Interpretativa de los asuntos que ha mencionado en la primera parte y por último termina diciendo “luego de los análisis anteriores este tribunal falla: 1, 2, 3” si está en el fallo es que esta en una decisión directa.</p> <p>Entonces aclaro en este tema de los Diputados suplentes que no se lo preguntaban, pero está incluido en el fallo. Entonces eso me certifica a mí que no es una interdicta propiamente, sino que es una decisión <i>Ultrapetita</i>, pedida extrapetita.</p>		<p><b><u>Indicadores para determinar Sentencias Activistas.</u></b></p>
<p><b><u>ANALISIS:</u></b> Partiendo de la afirmación del Dr. Escalante nos dado, llegamos a la conclusión que el presente trabajo de investigación será necesario para ayudar en mayor medida a que la comunidad Jurídica, conozca la forma de diferenciar entre una resolución de Inconstitucionalidad común y una Inconstitucionalidad Activista. Según la explicación que él nos hace con relación al indicador Ultrapetita, poniendo como ejemplo una Sentencia ya conocida y estudiada en la presente investigación. En este sentido la ventajas que viene a dar a la comunidad en sí, es en relación al presente trabajo bastará con que se conozcan los indicadores Activistas para ir observando en qué áreas del Derecho se pone de manifiesto un Activismo Judicial.</p>		
<p><b><u>SINTESIS:</u></b> De acuerdo con las respuesta que el Dr. Escalante nos ha manifestamos, ratificamos que dichos Indicadores son oportunos para saber cuándo estamos frente a una resolución de carácter Activista, en este</p>		

sentido nuestro tema de Activismo Judicial en la Jurisprudencia Electoral de la Sala de lo Constitucional, período 2009-2018. Tienen un completo margen de exactitud en cuanto a las Sentencias Activistas estudiadas.

<p><b>Pregunta N° 7</b></p>	<p><b>La Inc. 35-2015 aborda como problema constitucional el decreto de la emisión de bonos por una cantidad de novecientos millones de dólares. En esta sentencia la Sala de lo Constitucional introduce un Objeto de Control que no fue propuesto, por ende termina declarando Inc. La Elección de los Diputados suplentes de la Asamblea Legislativa.</b></p> <p><b>¿Según su concepción personal, considera que esta resolución es un ejemplo del Indicador del Activismo Judicial Ultrapedida?</b></p> <p><b>¿Cuál es la justificación por parte de la Sala de lo Constitucional para justificar el Objeto de Control?</b></p>
<p><b>Dr. Manuel Escalante, Abogado Constitucionalista y Catedrático Investigador, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana Jose Simeón Cañas.</b></p>	<p><b>Concepto Fundamental</b></p>
<p>Respuesta pregunta número uno: Correcto eso es, sobre la pregunta número dos: yo en este momento no recuerdo exactamente la argumentación detallada de la Sala, pero no me extrañaría siguiendo esa línea, que haya sido el tema nuevamente el Derecho de los Ciudadanos, el tema que efectivamente las personas que toman decisiones que sean legitimadas, y como van hacer legitimadas en el caso de los diputados, porque son elegidos por el pueblo, o sea el pueblo les ha dado el poder para llegar a ese cargo, y poder decidir; entonces aclaro, acá estoy sacando pura conclusión, no recuerdo, pero seguramente lo han dicho la Sala es como estas personas no son electas por el pueblo, no se saben por quién votaron, no están legitimadas para tomar esa decisión y seguramente por ahí podría ir sus argumentos.</p>	<p><b><u>Objeto de Control que no fue propuesto.</u></b></p>
<p><b><u>ANÁLISIS:</u></b> teniendo una respuesta afirmativa por parte del Dr. Escalante, se procede hacer la segunda pregunta, ¿Cuál es la justificación por parte de la Sala de lo Constitucional? En esta respuesta el Dr. Escalante, fue claro en decir que no recordaba con exactitud la justificación, pero que no le extrañaría que fuera el tema de la legitimación democrática. De igual forma la interpretación de datos que se le hace en su momento con al Lic. Sidney Blanco, coincide con lo que el Dr. Escalante, la legitimación que tenían estos señores Diputados no era democrática, si no que provenía del partido político en sí, y a raíz de eso la Sala de lo Constitucional introduce este Objeto de Control. Seguimos insistiendo en lo mismo, ¿Que tan oportuno será para la Sala de lo Constitucional conocer asuntos de los cuales no sea propuesto dentro de la demanda de Inconstitucionalidad? En este sentido como equipo de investigación manifestamos lo siguiente, este indicador es más propicio para que se ponga de manifiesto un Activismo Judicial Negativo, porque como ya se dijo en análisis anteriores al ser utilizado comienza a violentar Derechos Constitucionales otorgados a cualquier Ciudadano, pero este mismo no debe ser Juez y parte.</p>	
<p><b><u>SINTESIS:</u></b> Aclaremos, nuestros análisis lo hacemos partiendo de lo objetivo, siendo en ellos imparciales, porque por un lado creemos que es muy necesario la implementación de un Activismo Judicial Positivo,</p>	

que vaya reconociendo y ampliando la esfera de los Derechos cuando se plantean casos difíciles de resolver. Pero rechazamos un Activismo Judicial Negativo, que vaya en detrimento de los Derechos Fundamentales y de la Constitución.

<b>Pregunta N° 8</b>	<p><b>Como se sabe en la Inc.7-2011, el problema Constitucional planteado correspondería tener como Magistrados propietarios y suplente del Tribunal Supremo Electoral a los señores Moreno Niño y Morales Herrera, en ese sentido la Sala de lo Constitucional se somete a controlar actuaciones por parte de la Asamblea Legislativa sobre (Políticas Cuestión).</b></p> <p><b>¿Según los pronunciamientos que la Sala de lo constitucional en materia Electoral, en el período 2009-2018, con esta sentencia se estaría rompiendo el principio de pesos y contra peso?</b></p>
--------------------------	---

<p><b>Dr. Manuel Escalante, Abogado Constitucionalista y Catedrático Investigador, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana Jose Simeón Cañas.</b></p>	<p><b>Concepto Fundamental</b></p>
--	------------------------------------

<p>Este fue por declarar Inconstitucional, la Constitución prevé que si no hay Magistrados de los partidos políticos tiene que ser propuestos por la Asamblea Legislativa y esto fue que dio lugar al apareamiento del magistrado Oscar Canjura, él fue cuando declaran Inconstitucional al Magistrado Moreno Niño luego la Asamblea eligió a Oscar Canjura, pero bueno, independientemente del caso particular de Moreno Niño, voy hacer mi postura en relación a todas las elecciones de Segundo Grado, porque de alguna manera tiene que ver con este tema de Corrección Funcional y con este tema de Frenos y Contrapesos; la Sala de lo Constitucional lo que hizo fue hacer valer la Constitución, pero desde perspectivas o de una nueva lectura Constitucional o nueva Interpretación Constitucional, yo creo que el aporte de la Sala frente a estos asuntos o la Corrección frente a estos asuntos, fue releer la Constitución frente a estos asuntos, los Derechos de la Ciudadanía estoy refiriéndome a no hacer lecturas a favor de los partidos políticos, voy a poner un caso aunque no está en comentario pero que para mí es un ejemplo básico, es el de cuando declararon Inconstitucional a Eugenio Chicas, por elección partidaria por vinculo partidario, en ese lo que ocurre para mí con mayor claridad es que; la Constitución dice que los primeros tres Magistrados Art, 208 C.n, serán propuestos por los partidos políticos, entonces el punto de discusión era cual es el alcance de proponer, claro entonces lo que decía la lectura y la Interpretación tradicional la de los partidos políticos era que al proponer no limitaba la posibilidad de proponer personas partidarias, proponer es el partido puede proponer y no tiene límites para proponer; lo que viene la Sala desde mi punto de vista en la inconstitucionalidad de Eugenio Chicas, lo que viene a decir es: el partido tiene la facultad de proponer, pero los límites de a quién va a proponer, vienen dado no, por quien proponen, o quién es el propuesto, si no que vienen dados por la naturaleza del cargo, que van a realizar, ellos son Magistrados ellos son Jueces, y por lo tanto veamos la</p>	<p><b><u>Políticas cuestión.</u></b>  <b><u>Se estaría rompiendo en Principio de Frenos y Contra pesos.</u></b></p>
---	---

Constitución en materia Judicial, en el tema de Independencia y el tema de imparcialidad y apliquémosle esos límites Constitucionales para esa función jurisdiccional, apliquémosela al Tribunal Supremo Electoral, entonces claro el límite no viene dado, por quien es el proponente o quién es el propuesto, si no que viene dado por, el cargo que se va ejercer, esta es una nueva lectura, es la misma Constitución pero es una nueva lectura, ahí lo que está haciendo la Sala es al ser innovadora, está corrigiendo una lectura favorable para los partidos políticos y desfavorable para el pueblo, en qué sentido, que lo que ocurre que la Independencia y la imparcialidad usualmente se ve, como un aspecto estructural del Órgano Judicial, pero realmente la independencia y la imparcialidad está íntimamente vinculado con el Derecho al acceso a la Justicia que tenemos los Ciudadanos, el Derecho de Juez natural, a una Justicia imparcial, claro esa es la lectura que le da la Sala de lo Constitucional, el no solo se ve, en que si se está fortaleciendo la institucionalidad ellos están viendo la calidad de, el Derecho al acceso a la Justicia que va recibir el Ciudadano, yo creo que en ese punto si hay Corrección Funcional y si hay Frenos y Contrapesos, pero no con una perspectiva negativa; haber, es negativa para los partidos políticos porque les están metiendo reglas que ellos no habían acordado, pero es positiva con perspectiva del pueblo porque le están haciendo una lectura a partir de mis Derechos.

**ANALISIS:** En relación al caso que la Sala de lo Constitucional controla elecciones de Segundo Grado que Constitucionalmente le corresponde a la Asamblea Legislativa elegir estos funcionarios, el punto que debemos aclarar sería el siguiente ¿La Sala de lo Constitucional tendrá atribuciones para conocer de actos que sean emanados de los otros Poderes? Si, tiene esta atribución y partimos haciendo énfasis en dos sentencias estudiadas, la primera de ellas la Inc. 77-2013/97-2013 en el párrafo segundo del considerando III. “Esta Sala también tiene competencia para realizar el examen de los actos concretos que se realizan en aplicación directa de la Constitución y que pueda afectar a su contenido.” Y en la Inc. 56-2016 justo donde se indican el desarrollo lógico de la Sentencia y la explicación de los considerando a desarrollar expresa, “se reitera la competencia de esta Sala para realizar el control de actos concretos de aplicación directa de la Constitución ”

De acuerdo a la Jurisprudencia que la misma Sala de lo Constitucional viene dando no se puede decir que no hay competencia para conocer de los actos derivados de la Constitución en efecto, si podrá conocer de estos actos. La consecuencia que traería consigo el no declarar Inconstitucional la elección a Magistrados para el Tribunal Supremo Electoral a los señores Moreno Niño y Morales Herrera, es que los partidos políticos hubieran continuado en sus actuar propio, partidario no importando si los funcionarios propuestos fueran idóneos o no para el cargo cuando el Art. 208 C.n, ya establecen los forma y elección de los funcionarios.

**SINTESIS:** Es muy importante el hecho de ir ampliando el espectro de control por parte de la Sala de lo Constitucional, a fin de evitar todo tipo de violaciones Constitucionales que los mismos partidos políticos realizaban en la elección de Magistrados de Segundo Grado. En ese sentido vemos como muy necesario

la aplicación de un Activismo Judicial Positivo, pues este mismo lo viene garantizando y fortaleciendo el Principio de Frenos y Contra Pesos, pues los poderes deben de controlarse recíprocamente, de igual forma se práctica y se le da vida al Principio de Corrección Funcional.

<p><b>Pregunta N° 9</b></p>	<p><b>En materia Electoral las sentencia de inconstitucionalidad como en otras materias desde el año 2009, con la llegada a la presidencia los gobiernos de izquierda, se maneja que la Sala de lo Constitucional tiene un mayor grado de control en materia electoral.</b></p> <p><b>¿Cómo estas sentencias de Inconstitucionalidad vienen a consolidar un Estado Constitucional de Derecho?</b></p>
<p><b>Dr. Manuel Escalante, Abogado Constitucionalista y Catedrático Investigador, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana Jose Simeón Cañas.</b></p>	<p><b>Concepto Fundamental</b></p>
<p>Yo creo que aquí hay como dos niveles, y quizás me atrevería de decir no tengo datos como para asegurar lo contrario o asegurar algo, pero me atrevería a decir que para mí fue una coincidencia, el apareamiento de esos dos fenómenos, por un lado el partido político izquierda gana por primera vez y por el otro lado una Sala de lo Constitucional digamos con un rol muy protagónico, digo que es coincidencia porque hasta hoy no sea podido establecer o no se han establecido datos ciertos de que efectivamente una cosa haya ido de la mano de otra, parece ser una mera coincidencia, pero donde creo yo que esta como el elemento central y la enseñanza que podría extraer, digámoslo así, en términos positivos, aunque digo no le echo flores a la Sala, porque creo que hay unas cosas peligrosas que hicieron, pero en términos positivos quizás es y que viene a fortalecer el Estado Constitucional de Derecho, es, que al parecer en esta Sala a pesar de que Casa Presidencial, tuvo un rol protagónico en la elección, no sé si se acordarán que la elección fue en Casa Presidencial y fue entre los Secretarios Generales de los partidos políticos, ni siquiera entre los diputados, fue entre los Secretarios Generales, y ellos se reunieron dónde fue una serie de reuniones convocadas por Mauricio Funes, hubo si más no recuerdo dieciséis o dieciocho reuniones, la última fue donde se eligieron nombres, pero lo que quiero decirles es que en las primeras reuniones entablaron unos acuerdos para llevar a cabo las reuniones y el acuerdo lo hicieron público, y el punto número cinco decía, que todas las discusiones de esas rondas de reuniones iban hacer reservadas de por vida, realmente no sabemos que se discutió o que pasó en esas dieciséis reuniones, no sabemos, solo sabemos que fue un acuerdos de los partidos de que nunca se iba a revelar que pasó ahí, entonces aclaro si lo vemos así habíamos comenzado mal, porque entonces estábamos eligiendo personas seguramente, aquí digo de mi interpretación, no solamente habrán discutido entre ellos si no que no me extrañaría, que los habrán llamado a cada uno y los habrán entrevistado, eso que hace hoy la Asamblea Legislativa de cara al público, eso lo habrán hecho en Casa Presidencial, no me consta pero eso no me extrañaría, pero que quiero decir, que es lo que yo saco</p>	<p><b><u>Mayor grado de Control en Materia Electoral.</u></b></p>

como a una fortaleza institucional, que a pesar de esa gran participación del partido de gobierno y de la presidencia, de una o de otra manera de manera se demostró que al menos los Magistrados cuota del partido oficialista, no se alinearon al oficialismo, eso es lo que rescataría, es decir que lo hizo bien y lo hizo mal eso es otra cosa, pero que no se alinearon es la característica fundamental, claro los otros Magistrados podríamos decir que fueron la oposición, entonces podríamos presuponer que nunca iban estar alineados, pero que los oficialistas no lo estuvieren es un elemento positivo.

Ahora bien trayendo esa enseñanza a la situación actual, es donde yo no puedo dar tampoco tengo tanta claridad si ese elemento positivo va a continuar y es que en esta, los Magistrados actuales no fueron electos ni podrían ser electos con la participación de Casa Presidencial, porque Nayib Bukele ni había ser electo en aquel entonces y aunque hubiera sido electo ni siquiera tiene diputados entonces, hoy por hoy esos Magistrados dependen sin duda de los partidos políticos que no son oficialistas, porque el partido oficialista no participo en su elección, digo no sé cómo va actuar, para mí la primera prueba de fuego viene ahora con el tema FOSALUD, siendo que la Asamblea Legislativa supero el veto, que los diputados habían propuesto unas reformas del FOSALUD para pagar al año social , viene el presidente y lo vetó porque era un asunto presupuestario que decía la Asamblea no tiene que verse, y está alterando las atribuciones de la presidencia, no recuerdo cual fue el argumento pero lo veto por Inconstitucional, la Asamblea al superar el veto, le queda al presidente ir a la Sala de lo Constitucional, ahora vamos a ver si la Sala le da la razón, a la Asamblea o le da la razón al presidente, la sala tiene quince días hábiles para resolver.

**ANALISIS:** De acuerdo a lo que el Dr. Escalante nos expresa, en relación si hay un mayor margen de control por parte de la Sala de lo Constitucional, es enfático a determinar que fue evidente este control en dicha materia por parte de la Sala, pero que todo se dé a ir encaminada en que efectivamente sean los ciudadanos sujetos de derechos en las tomas de decisiones en materia electoral; no obstante como él nos explica que las reuniones para la elección de los magistrados de dichos funcionarios se dieron en Casa Presidencial, con la participación de los secretarios generales de los partidos políticos, y no por la Asamblea Legislativa como se establece en el Art.131 ord. 19, algo que desde nuestro punto de vista no comenzó del todo bien, y hasta qué punto esto sería constitucional. Que podríamos pensar al respecto, bueno que se estaría en presencia de una Sala de lo Constitucional desde ya parcializada con el partido de gobierno, de acuerdo con la forma de cómo fueron electos, pero sería hasta el actuar de esta misma que se dio la terea de ejercer un control constitucional en todo caso practicando el Principio de Corrección Funcional, respetando los lineamientos propuestos por el Constituyente al momento resolver demandas. Es así como diremos lo siguiente, el hecho que los magistrados que integran la Sala de lo Constitucional sean elegidos por la Asamblea Legislativa u otro Poder de Estado ajeno al que Constitucionalmente le corresponde elegir, los mismos Magistrados en su actuar no deben de ceñirse por influencias de otros órgano, se deben única y exclusivamente a la Constitución de la República.

**SINTESIS:** La Sala de lo Constitucional del período 2009-2018, le da supremacía constitucional a la Constitución sobre las Leyes, Decretos, Reglamentos, Actos derivados de la Constitución emanados de los otros poderes, manifestó una supremacía constitucional sobre los poderes de Estado Legislativo y

Ejecutivo, como también sobre órganos constituidos como y Tribunal Supremo Electoral. Se puede decir entonces que actuaron potenciando los Derechos de los Ciudadanos frente a los partidos políticos, y eso es algo muy rescatable por parte de la Magistratura 2009-2018.

<p><b>Pregunta N° 10</b></p>	<p><b>En su opinión, bajo que fundamento constitucional se justificaría el Activismo Judicial que la anterior Sala de lo Constitucional jugó en materia Electoral, período 2009-2018.</b></p>	
<p><b>Dr. Manuel Escalante, Abogado Constitucionalista y Catedrático Investigador, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana Jose Simeón Cañas.</b></p>		<p><b>Concepto Fundamental</b></p>
<p>Yo creo que no solo para el caso salvadoreño si no que en general, el tema del apareamiento del fenómeno Activismo Judicial, tiene que ver con la crisis de representación política de los actores del Sistema Electoral es decir hay un desgaste muy fuerte por parte de los partidos políticos principalmente, donde la población ya no les tienen confianza, la población ya no tiene esperanzas en ellos, van perdiendo poco a poco credibilidad y eso pasa porque los partidos no están actuando adecuadamente las necesidades, dicho de otras formas ninguna de estas demandas hubieran tenido lugar si los partidos políticos hubieran implementado la agenda que acordaron en los noventa, entonces en la medida que los partidos políticos van incumpliendo lo que prometen van obstaculizando los Derechos de la Ciudadanía, es ahí que la Ciudadanía volviendo aquí del Activismo Dialógico va a buscar a una Sala de lo Constitucional, claro ahí es donde juega el grado de independencia de los Magistrados frente al resto de Órganos, porque si es uso Magistrados muy apegados al oficialismo, vamos a tener una Sala de lo Constitucional muy similares a la de antes del dos mil nueve donde prácticamente eran pasivos, cuando son más independientes parecen ser que son más Activos, pero son Activos porque la Ciudadanía los busca, porque si la Ciudadanía no los buscará porque los partidos políticos cumplen sus promesas, no tendrían por qué estar trabajando. Al final es justificable o mejor dicho más que justificable el Activismo Judicial es producido por los partidos políticos, el partido político incumple, el partido político obstaculizan, ellos mismos están generando el caldo de cultivo, para que aparezca la ciudadanía en búsqueda de alternativas a través de los Jueces.</p>		<p><b><u>Justificaría el Activismo Judicial.</u></b></p>
<p><b><u>ANALISIS:</u></b> El Dr. Escalante comienza diciendo cuales son las influencias de las cuales se vienen a manifestar un Activismo Judicial, y una de ellas es el desgaste de los partidos políticos. En ese sentido creeríamos que en efecto ese desgaste de ir incumpliendo las propuestas de gobierno para el caso de la presidencia, los proyectos en el mejoramiento de leyes para los diputados resulta ser un factor muy determinante porque los ciudadanos pierden la confianza en las propuestas que para cada período ellos proponen, y en este sentido a través del Activismo Judicial Positivo, se les reconocen ciertos derechos a las colectividades. En nuestro caso particular en El Salvador es un ejemplo vivido la ciudadanía está cansada de las mentiras de los políticos que prometen pero no cumplen, y al contrario van haciendo reforma a los artículos conforme a sus propios intereses.</p>		
<p><b><u>SINTESIS:</u></b> Muy buen punto de vista por parte del Dr. Escalante, en relación de justificar el Activismo Judicial. Donde nos tal vez específicamente es bajo que Fundamento Constitucional se justificaría el Activismo Judicial; lo</p>		

que podemos extraer sería en relación al Art. 131 de la C.n, con lo que él, nos explicaba que a falta de los incumplimientos de las atribuciones que tienen los Diputados o el mismo Órgano Ejecutivo, surge la necesidad de ejercitar un Activismo Judicial Positivo, que venga a dar una solución en el reconocimiento de Derechos y de hacer cumplir la Constitución.

<p><b>Pregunta N° 11</b></p>	<p><b>En la Inc. 61-2009 se regula sobre las candidaturas independientes y listas cerradas desbloqueadas, la Sala de lo Constitucional hace una interpretación evolutiva del Art. 85 Inc. 2; algo que es muy propio de los Tribunales Activistas.</b></p> <p><b>¿Cuál es el tipo de Activismo Judicial que utilizo la Sala de lo Constitucional?</b></p>
<p><b>Dr. Manuel Escalante, Abogado Constitucionalista y Catedrático Investigador, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana Jose Simeón Cañas.</b></p>	<p><b>Concepto Fundamental</b></p>
<p>Ahí, yo daría mi punto de vista a partir del planteamiento del problema o de la pregunta, yo ahí discreparía en el siguiente punto y es que la Sala no hace una interpretación evolutiva, si no que al contrario eso fue una interpretación histórica del Art. 85 Inc. 2, o sea el problema es que la interpretación que le han hecho los partidos políticos era la evolución, lo que hace la Sala es volver a la raíz, cual es la raíz, lo que voy es que el Art. 85 Inc. 2 tenía un sentido, pero ese sentido es el que rescata la Sala, tiene un origen histórico, lo que vino y dijo la Sala es que los partidos políticos le sentido otro sentido, entonces ahí fueron los partidos políticos lo que le dieron una interpretación evolutiva y lo que hace la Sala es rescatar la interpretación histórica ese sentido histórico del Artículo porque, cual es el sentido histórico, y aquí es donde viene el elemento central que digamos ese es mi planteamiento, mi hipótesis de mi investigación que pretendo concluir algún día ¿Cuál es el objetivo de la Constitución de '83? ¿Es, sentar las bases de un Estado Democrático Constitucional de Derecho o Instrumento de legitimación de la Guerrilla? Porque aquí debemos de tomar en cuenta que la Constitución no se da en un momento histórico abstracto, se da en un momento histórico concreto, conflicto armado, un conflicto armado que además, tienes el lanzamiento de una guerrilla que ya era un ejército para entonces, que surge como el ejército que representa al pueblo, la soberanía popular, pero que ocurre con el Art. 85. Inc. 2, cuando uno lo lee y la lectura que hace la Sala de lo Constitucional, prácticamente lo que dice es que la única manera para optar para obtener la representación de la soberanía popular es a través de los partidos políticos y que significa eso, es legalizarse, que era la guerrilla, la guerrilla era proscrita, la guerrilla eran delincuentes, entonces aclaro el tema de decir: miren, si ustedes quieren ser representantes del pueblo la única alternativa que tienen es a través de lo constitucional y eso que significa a través de lo partidario, pero otras formas de participación, de representación no pueden tener; ahora bien lo que pasa que el Art. 85 también habla del tema de que los partidos políticos, la</p>	<p><b><u>Interpretación evolutiva.</u></b></p>

lectura que hace la Sala es: mire, si usted quiere optar al poder y lo quiere hacer de manera organizada, creando un colectivo, claro lo que dice es que ese colectivo debe ser partido político, pero si usted quiere optar al poder a título personal, usted lo puede hacer, la restricciones que hacen es a los colectivos, estamos hablando de asociaciones, sindicatos, grupos gremiales; si usted es un sindicalista y quiere llegar al poder, no puede utilizar la plataforma del sindicato, tiene que hacer un partido político, pero claro lo que hace el constituyente es si usted integra una agrupación, esa agrupación que le va a servir de plataforma para llegar al poder debe ser un partido político, pero si usted se quiere lanzar al poder de manera individual eso no lo contempla, eso es lo que agarra la Sala, esto es discutible, pero cuál es el punto que quiero aclarar, la Sala desde mi punto de vista al hacer esta interpretación histórica, porque está volviendo a las raíces de cómo surgió el rol de los partidos políticos, prácticamente le está dando en la cara a los partidos políticos diciendo: miren ustedes crearon este artículo para esto, ustedes hicieron esto soy yo ustedes lo hicieron, y claro ustedes le quisieron dar otra interpretación, pero la interpretación histórica es esta, volvió a la raíces, claro para mí este ejemplo del Art. 85 Inc 2 de esta Inconstitucionalidad, en esta investigación que les comento es parte de lo que me lleva a concluir, de que es necesario un nuevo proceso constituyente, porque ya hay muchas interpretaciones o evoluciones de interpretación, que claro que los políticos o incluso la misma academia las universidades, dicen: no es que la Sala ha sido la innovadora y cuando vamos a ver lo que la Sala está haciendo es volver a la raíz, quien ha estado innovando y saliéndose del carril han sido los políticos y la academia justificándolo.

**ANALISIS:** Según los pronunciamiento que nos manifestó el Dr. Escalante en su momento, nos explicó que él, no considera que fuera una Interpretación Evolutiva que se haya le realizado al Art. 85 inc.2, por parte de la Sala de lo Constitucional, y quien precisamente había hecho esa Interpretación Evolutiva fueron los mismos partidos políticos, pues los mismo estaban aplicando, este artículo de acuerdo a sus intereses. Haciendo una revisión más detallada en esta Sentencia, verificamos que en efecto los Magistrados *revisaron la exposición de motivos*, llegando a la misma conclusión que nos explicaba el Dr. Escalante que en realidad lo que hay es una Interpretación Histórica porque se pretende llegar a lo que el Constituyente de esa época quiso dar a entender.

Es una Sentencia en la que se aplicó un Activismo Judicial en materia Electoral, visto desde el punto de vista de los partidos políticos negativo, abusivo en el sentido que limitaba las actuaciones de ellos mismos; pero por otro punto de vista de la Ciudadanía, podremos decir que hay un completo grado de satisfacción en relación del reconocimiento de Derechos Políticos. Concluimos en dicha Interpretación como equipo de trabajo que estamos satisfechos con esta Sentencia de Inconstitucionalidad se vienen potenciando los Derechos la Sociedad en sí.

**SINTESIS:** Según esta interpretación Histórica que la Sala de lo Constitucional, hace a dicha sentencias, diremos que en efecto, vino a estar caminada, para que el Art. 85 Inc 2 C.n, la interpretación que se le haga, sea conforme a la interpretación que realizo el Constituyente. Y de esta forma habilita las candidaturas independientes. Manteniéndose respecto a las Asociaciones, Gremios, Sindicatos, las

prohibiciones respecto para llegar hacer diputados de la república porque los mismos representan un sector determinado de la población. Y en relación al ser independiente, no representa a un sector en sí, sino a todos los una sociedad indeterminada.

### ENTREVISTA REALIZADA A EX MAGISTRADO DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL.

<p><b>Pregunta N° 1</b></p>	<p><b>Existen dos tipos de Activismo Judicial: El Dialógico según el cual las sociedades están en constante contacto con el Tribunal, y el Activismo Judicial Contemporáneo practicado por tribunales norteamericanos. ¿Ahora bien, cuál de estos tipos de Activismo práctica la Sala de lo Constitucional?</b></p>	
<p><b>Lic. Edward Sidney Blanco Reyes, Ex- Magistrado de la Sala de lo Constitucional período 2009-2018.</b></p>		<p><b>Concepto Fundamental</b></p>
<p>Yo creo que no me voy a ceñir con ninguno de estos dos, voy a decir las características, porque, esto de que las sociedades están en contacto con el Tribunal, en realidad nuestro sistema, permite que los Ciudadanos marquen la agenda de del Tribunal, la Sala de lo Constitucional sabemos que esa libertad que tienen los ciudadanos de plantear demandas de Inconstitucionalidad Art. 183 C.n, establece que a petición de cualquier Ciudadano se puede conocer demanda de Inconstitucionalidad, significa que los Ciudadanos la Sociedad es la que marca la agenda del Tribunal, por un lado, pero por otro lado creo que tiene que ver con el Activismo Judicial norteamericano porque el Juez Constitucional de ese período del que forme parte, superamos, digamos el ejercicio natural, de la literalidad de la Constitución a Interpretar más allá de la literalidad y resolver un problema concreto que planteaban los Ciudadanos, entonces hay por un lado el dialogo entre la Sociedad y Tribunal digamos por decirlo de alguna manera, pero por otro lado hay un ir más allá de la literalidad de la Constitución entonces los Ciudadanos provocan que un Tribunal se pronuncie sobre un tema por ejemplo: Los ciudadanos plantearon que los integrantes de las juntas receptoras de votos no estuvieran representadas por los partidos políticos que tienen representación en la Asamblea Legislativa, sino por los nuevos partidos que también están participando y que no tienen representación en la Asamblea, porque la ley Electoral establece que las juntas receptoras de votos estarán integradas por cinco miembros cuatro de ellos estarán designados por los partidos políticos que tengan representación en la Asamblea y el quinto será sorteado entre ellos, entonces los Ciudadanos plantearon una demanda en el sentido de decir, mire los nuevos partidos políticos que no tienen representación en la Asamblea y que hoy estamos compitiendo tenemos derecho de tener un representante en la mesa; entonces, el sorteo no solo debería ser el que tienen representación en la mesa, sino que debería de ser entre todos los contendientes, entonces, la Sala además de estimar esa demanda, fue más allá, y dijo: es que los representantes de las juntas receptoras de votos no deberían tener afiliación partidaria, deben de estar</p>		<p><b><u>Activismo que práctica la Sala de lo Constitucional.</u></b></p>

integrados por ciudadanos que no representen partidos políticos; así mismos, el Tribunal Supremo Electoral, porque en realidad lo de la Junta Receptora de Voto, Son los primeros Jueces Electorales, son los que cuenta, son los que deciden que voto es validado que voto es nulo, son los primeros decisores, entonces si hay partidos políticos ahí entonces hay Juez y parte, están decidiendo a favor de su partido, entonces la Sala no se limitó a atender demandas si no que fue más allá, eso quiere decir: es que tan poco debería de estar representado político; entonces lo que les quiero decir es que hay un contacto con la ciudadanía que es la que provoca los temas, pero por otro lado también están las características del Activismo de los Tribunales norteamericano, en donde los Jueces tienen la facultad para leer más allá de la demanda leer más allá de la Constitución de Interpretarla.

En conclusión sería una combinación de ambos.

**ANALISIS:** Al referirnos al tipo de Activismo Judicial que la Sala de lo Constitucional práctica, y de acuerdo a la respuesta por parte del Licenciado Sidney Blanco, nos manifestó que no se ciñe con ninguno de ambos, más bien nos hace mención de las características de cada uno de ellos, porque en realidad los Ciudadanos están en constante contacto con el Tribunal al plantear demandas de Inconstitucionalidad en ese sentido se vislumbra un Activismo Judicial Dialógico, pero por otro lado también se manifiesta el Activismo Judicial Norteamericano, porque la Sala de lo Constitucional períodos 2009-2018, al momento de Interpretar va más allá de la literalidad, se ponía en manifiesto lo de los Tribunales norteamericanos, leer más allá de la demanda.

Es por esta razón que fueron ambos tipos de Activismo Judicial los que la Sala de lo Constitucional período 2009-2018, pone de manifiesto.

De acuerdo al aporte brindado por el Licenciado Sidney Blanco, rescatamos como positivo lo siguiente: el no ceñirse en practicar un solo tipo de Activismo, y hayan puesto en práctica ambos. Porque por un lado no se podría tener un Activismo Ideológico propiamente como lo establecen la Doctrina y esta es clara en decir que las decisiones que tomará el Tribunal serán sometidas a dialogo con la Ciudadanía, en este sentido la Sala de los constitucional de El Salvador, solamente toma en cuenta las aseveraciones vertidas por los sujetos intervinientes en el proceso de demanda; por otra parte si se hubieran implementado un Activismo Dialógico bien marcado, tal vez se podría estar en presencia de resoluciones violatorias a Derechos Fundamentales al tomar en cuenta las decisiones de fuentes externas a los intervinientes dentro del proceso al momento de fallar por parte de la Sala de lo Constitucional. Por el otro extremo, según nuestro punto de vista el implementar un Activismo Judicial contemporáneo practicado por los tribunales norteamericanos propiamente, resulta ser un poco más aceptable, porque el mismo traería consigo para unos resoluciones correctas necesarias para el reconocimiento de derechos sociales, pero para otros, resoluciones incorrectas violatorias a los Principios de Frenos y Contrapesos (los miembros de los partidos políticos), al estar reconociendo derechos o ampliando estos mismo. En este sentido practicando conjuntamente ambos Activismo fue una forma de administrar Derechos Fundamentales muy necesaria y oportuna en su momento.

**SINTESIS:** Los Magistrados de la Sala de lo Constitucional período 2009-2018, no practicaron un tipo de Activismo determinado, lo que hicieron más bien fue una aplicación de ambos tipo de Activismo

Judicial tanto el Activismo Judicial Dialógico, como el Activismo Judicial norteamericano, tomando en cuenta como ya se nos dijo las características de cada uno de ellos para lograr llegar a dar una resolución que fuera garante frente al respeto de los Derechos Fundamentales.

<p><b>Pregunta N° 2</b></p>	<p><b>Los indicadores de Activismo Judicial que menciona el profesor Christian Courtis son: 1° Confirmación o contestación de los actos de otros Poderes, 2° Reconocimiento o Expansión de Derechos, 3° Fidelidad Interpretativa, 4° Definición de Políticas Públicas, 5° Decisión Ultrapetita; ¿Son relevantes estos indicadores para determinar si las sentencias de la Sala de lo Constitucional son no Activista?</b></p>
<p><b>Lic. Edward Sidney Blanco Reyes, Ex- Magistrado de la Sala de lo Constitucional período 2009-2018.</b></p>	<p><b>Concepto Fundamental</b></p>
<p>Yo creo que sí, porque por un lado, la Sala Interpreta, descifra, busca entender el sentido de una imposición Constitucional, pero de manera actualizada, pero no es cierto como se nos acusó mucho de que nosotros mutábamos la Constitución que atendíamos a la mutación, es decir transformar el texto, nosotros siempre entendimos, nosotros hacíamos esfuerzos por interpretar el verdadero sentido de la Constitución, no los atuvimos nunca sobre todo en las sentencias de gran impacto a la literalidad de la Constitución, íbamos más allá, hay distintos métodos de Interpretación de la Constitución la literalidad es uno de ellos, ese Artículo famoso 85 C.n, que dice que: Los partidos políticos son el único instrumento del cual se suele ingresar al gobierno, la palabra único se había interpretado o se interpreta para algunos.. De que es la única manera y por lo tanto se excluye habilitados sino viene de partidos, pero no sé si han leído esa sentencia Inc. 61-2009, que va más allá de la literalidad, entonces de acuerdo a la pregunta <i>contestación de los otros poderes</i> porque tuvimos la capacidad de distanciarlos del criterio que tenían los otros poderes la Asamblea Legislativa o Presidencia de la República; <i>reconocimiento o expansión de derechos</i> por supuesto que sí, mire nosotros reconocimos como Derechos Constitucionales, los Derechos que no están expresos y les dimos vida al concepto de Derechos Constitucionales implícitos, por ejemplo: el Derecho al Acceso a la Información, no está como tal en la Constitución, pero dijimos pertenece al derecho libertar de expresión, el Derecho al Medio Ambiente, el Derecho a la Verdad, Derecho a la Auto Determinación Informativa; o sea hay una expansión de Derechos lo que significa que no los tenemos solo los que la Constitución dice: se reconoce el Derecho a la Vida, a la Integridad, a la Salud, Educación; y no solo esos, si no también muchos Derechos de los cuales no estaban incorporados y que se puedan desarrollar por la vía de la Interpretación Constitucional; <i>fidelidad interpretativa</i>, yo creo que también, Interpretar la norma de manera actualizada, de manera</p>	<p><b><u>Indicadores para determinar sentencias Activistas.</u></b></p>

cómo se vive hoy, una realidad donde por ejemplo, la democracia, la participación política del ciudadano no se reduce a la simple emisión del voto, sino que el Ciudadano participa políticamente ejerciendo control también en sus representantes; *definición de políticas públicas*, por supuesto, un tema que siempre discutimos nosotros en la Sala de lo Constitucional fue: si teníamos capacidad para enjuiciar políticas públicas o para ordenar el desarrollo de determinadas políticas públicas, por ejemplo: El tema de presupuesto, en el presupuesto en la Constitución se establece que le corresponde al consejo de ministros elaborarlo, presentarlo a la Asamblea, la Asamblea aprobarlo y el ejecutivo ejecutarlo; ahí no se ve participación del Judicial, sin embargo cuando llegaron a reclamar por ejemplo que hubo violaciones a los principios de los libros presupuestarios porque no habían asignado dinero a unos gastos que tenían que hacer el Estado por lo tanto habían maquillado el presupuesto, la Sala se metió a analizar temas por ejemplo que si la Asamblea Legislativa tiene facultades para donar dinero a ONG's, se metió a analizar si las contrataciones públicas eran necesarias, se metió a analizar temas de la compra de vehículos de lujo si eran necesarios, el tema del escalafón, y todo eso está fascinado con políticas públicas, entonces también la Sala define políticas públicas, no solo en temas de presupuesto si no también en temas del hacinamiento carcelario, la Sentencia de Hábeas Corpus 119-2014, dice temas de políticas públicas dice ejecutivo construya más cárceles, fiscal no decrete captura de personas de manera indiscriminada, Jueces actualicen los registros de personas que ya cumplieron las penas. *Decisión Ultrapetita*, es cierto que en algunas ocasiones nosotros decidimos cosas que aunque no formaban parte de la escancia de la pretensión, pero decíamos nosotros "mira para que no quede la duda de que si la Sala permite este acto definámosla de una vez y evitemos una futura demanda, porque está relacionada con el tema y esto va ayudar a comprender mejor la solución".

Entonces por supuesto que son relevantes cada una de ellas y la Sala lo práctico, sin lugar a duda.

**ANALISIS:** Según la pregunta planteada, en efecto se puede llegar a entender que gracias a los indicadores que determina de Courtis, son relevantes para determinar si las sentencias son o no Activistas. Según el primero Contestación de los otros poderes se puede notar que el Judicial se distancia de los pensamientos que tiene los otros órganos, de igual forma se evidencia una expansión y reconocimientos de derecho según los el Lic. Sidney explica que le dieron vida al concepto Derechos implícitos de la Constitución; punto del cual comentábamos en la elaboración de la tesis, la necesidad de un Activismo Judicial Positivo, que vaya en la línea de ir ampliando los Derechos Fundamentales de los Ciudadanos, o los mismos como ya él mencionaba anteriormente interpretarlos de una manera actualizada, esto es Activismo ir actualizando el Derecho y esto es bueno.

En el caso de referirnos a la fidelidad interpretativa, según que el Lic. Sidney Blanco nos explica es que, ellos lo practican de manera actualizada la Democracia hay cambios en los Sistemas Electorales, otorgando a los ciudadanos que ejerzan control en los procesos Electorales, ahora bien, recordando dos

Sentencia en este momento, la *Inc. 61-2009, en donde se desbloquean las listas y el pueblo puede observar en la papeleta de votación porque diputado desea votar*. Es muy notable este cambio en relación a la Democracia Representativa para los Ciudadanos al momento de ejercer el sufragio, es notable que hoy el control de decidir se lo quitan a los partidos políticos y se lo pasan a los Ciudadanos para que en efecto ellos vean y decidan quienes son las personas más idóneas para optar a dicho cargo, al respecto llegamos a la conclusión siguiente, este caso de Activismo Judicial en materia Electoral que juega la Sala, es un Activismo Positivo, porque el mismo está potenciando los Derechos de la Ciudadanía; entonces ¿habrán algún tipo de consecuencias a raíz de implementar este Activismo Judicial? Claro, si las hay, pero se dieron en relación a los partidos políticos, en el sentido que se les término la fiesta donde ellos decidían a qué diputado le darían el cargo en la Asamblea legislativa, por dicho partido político. La segunda Sentencia es continuación de la anteriormente mencionada y hacemos referencia a la *Inc. 48-2014, en este sentido siempre referida al sistema de votación para elegir a los diputados para la Asamblea Legislativa, en donde se elimina el sistema de listas cerradas desbloqueadas y pasa hacer un sistema de listas abiertas*, es un ejemplo bien demarcado de lo que el Lic. Sídney Blanco los explicaba, de que se hacían interpretaciones actualizadas en el sistema Electoral, en este sentido hay un aporte muy bien marcado para los Ciudadanos salvadoreños, en el Sistema Político.

En relación si definen políticas Públicas de igual forma se pone de manifiesto según las explicaciones que nos hace el Lic. Sídney Blanco, en efecto pueden definir o eliminar políticas públicas, pero acá queríamos dejar en claro algo que en efecto si son políticas públicas como Actos emanados de la Constitución, la Sala podrá conocer en relación de determinar la legalidad de la misma a través de petición de cualquier Ciudadano, porque de lo contrario si son Actos meramente de gobierno en ese sentido se estaría violentando el Principio de Corrección Funcional de los Poderes y sería algo un tanto antidemocrático por parte de la Sala de lo Constitucional.

Y en relación a las decisiones Ultra petita, de igual forma hay Sentencias en las que se ve en manifiesto, y sobre este punto es necesario hacer inca pie, teniendo claro que la palabra Ultra Petita, es una locución Latina y al español se traduce “más de lo pedido” generalmente en las resoluciones Judiciales, el Juez resuelve concediendo más de lo que pidieron las partes, esto se traduce en algo muy peligroso porque se está violentando con el Principio de Congruencia, que como sabemos el Juez no puede ir más allá del petitorio, mucho menos fundar su decisión o hechos nuevos de los que han pronunciado las partes, las implicaciones que estos traería consigo pueden ser muy diversas, por un lado podríamos decir que estamos en presencia de un Activismo Judicial Negativo, porque de entrada se está violentado un Principio Fundamentales en todos los procesos Judiciales, y por ende causar un rechazó de la resolución por parte de la comunidad Jurídica y ver este tipo de Activismo; en ese sentido los Tribunales Constitucionales deberán de abstenerse a resolver de forma Ultrapetita.

**SINTESIS:** Se pudo determinar que los Indicadores de Activismo Judicial que menciona Courtis, son relevantes al momento de ser utilizados para individualizar una Inconstitucionalidad y la misma calificarla como Activista, algo que resulta muy importante porque basta con estudiarlos y conocer estos cinco indicadores para establecer con certeza que la misma es Activista.

De igual forma es importante mencionar que cada uno de estos indicadores da posibilidad de toda una sociedad se pronuncie al respecto de ciertas resoluciones que en vez de ir mejorando nuestro sistema jurídico lo vaya entorpeciendo, porque es muy claro algo que hay Activismo Judicial positivo o correcto,

que es el que va encaminado en nuestra investigación, pero por otro extremo está un Activismo Judicial Negativo o incorrecto que resulta ser peligroso y violatorio de Derechos Fundamentales.

<p><b>Pregunta N° 3</b></p>	<p><b>La Inc. 35-2015 aborda como problema constitucional el decreto de la emisión de bonos por una cantidad de novecientos millones de dólares. En esta sentencia la Sala de lo Constitucional introduce un objeto de control que no fue propuesto, por ende termina declarando Inc. La Elección de los diputados suplentes de la Asamblea Legislativa.</b></p> <p><b>¿Según su concepción personal, considera que esta resolución es un ejemplo del Indicador del Activismo Judicial Ultrapetita?</b></p> <p><b>¿Cuál es la justificación por parte de la Sala de lo Constitucional para justificar el objeto de control?</b></p>
<p><b>Lic. Edward Sidney Blanco Reyes, Ex- Magistrado de la Sala de lo Constitucional período 2009-2018.</b></p>	<p><b>Concepto Fundamental</b></p>
<p>R/1 Mira además de reconocer que si es cierto. Que es muestra de Activismo Judicial.</p> <p>R/2 La crítica que se le hace a esta Sentencia, es que se resolvió temas que no estaban propuestos y ciertamente nadie pidió que se declararan Inconstitucional los Diputados suplentes, sin embargo el tema que se estaba planteando es que este decreto fue abalado por una persona que tenía la calidad de Diputado suplente, entonces el tema no es tan extraño como decir le pidieron una cosa y resolvió otra, no tiene nada que ver, estaban planteando la demanda, someten a votación el Decreto al filo de las diez de la noche once, la Diputada de San Miguel se abstiene de votar, dan un receso, aparecen de nueve ya no aparece la Diputada, y aparece un suplente, pero es el suplente de Guillermo Gallegos, entonces se analiza cómo se sustituye a los Diputado de acuerdo a la Constitución, entonces dice que a los Diputados suplentes serán llamados por ausencia del propietario, por enfermedad, por licencia, porque no pueda comparecer cada cosa de eso queda consignado, se llamó por las razones que hayan sido, entonces, recuerdo cuando discutimos esa Sentencia dijimos: ¿está bien llamado o no está bien llamado el Diputado Suplente? Para empezar no estaba bien llamado porque las causas para el llamamiento son las que la Constitución establece, bueno y como uno de los miembros del tribunal había trabajado mucho tiempo en la Asamblea Legislativa, él los contaba que eso es un auténtico desorden del llamamiento de suplente, que por conveniencia, que de repente que nadie sabe por qué, no se justificaba y la Constitución dice expresamente que serán llamados por determinadas razones, entonces nosotros en algún momento nos preguntamos ¿en realidad estos suplentes quiénes son? ¿Tendrán capacidad de fungir como verdaderos Diputados? O capacidad de elegir funcionarios o reformar la Constitución, de reformar las leyes, y actuar como verdaderos diputados, si de donde surgen, como se eligen; entonces el tema no es que de la manga de la camisa se saca la calidad de disidente no, eso</p>	<p><b><u>Objeto de Control que no fue propuesto.</u></b></p>

es activismo judicial no lo negamos, eso es ir más allá de la pretensión, pero que resuelve un problema que el Tribunal advierte que es una situación contraria a la Constitución, por supuesto que pudimos quedar cayados sobre ese tema pero dijimos, mira deliberemos de quienes son estos señores; los propone el partido, solamente se inscribe, los ciudadanos no votan y sobre todo porque vimos un fenómeno, que habían unos diputados que utilizaban a los suplentes como auténticos representantes, o sea el diputado propietario daba la cara para ganar las elecciones pero nunca llegaba a la asamblea, si no que dejaba al suplente, entonces al final el representante del pueblo era el suplente que no había electo el pueblo; entonces no es que se introduce un objeto de control que no estaba propuesto, si no que el objeto de control de donde derivo, estaba relacionado con el objeto de control propuesto y el tribunal advierte una situación contraria a la Constitución, que, con el Activismo Judicial debe corregir.

**ANÁLISIS:** Según lo que nos expresa el Lic. Sidney Blanco, que es ciertamente que nadie pide que se declaren Inconstitucional la elección de los Diputados Suplentes de la Asamblea Legislativa que hace referencia la Inc. 35-2015, pero de acuerdo como fue aprobado ese decreto con el voto disidente de un diputado suplente, el llamado para suplantar al Diputado propietario no estaba bien hecho, porque la Constitución ya determina como es llamamiento de los Diputados suplentes, en ese sentido los magistrados se preguntan si estos disputados tendrán capacidad para representar el pueblo salvadoreño, se delibera sobre estos señores y se preguntan ¿quién los elige? Y claramente son nombrados por los partidos políticos, es decir los ciudadanos no votan para su elección; y se llega a la conclusión de que serán objeto de control en dicha sentencia.

El punto él Lic. Sidney Blanco legitima la ampliación fue: “no es que se introduce un objeto de control que no estaba propuesto, si no que del objeto de control del que derivo, estaba relacionado con el objeto de control propuesto y el tribunal advierte una situación contraria a la Constitución que con el Activismo Judicial debe corregir”. Ciertamente que es controlable a través de un Activismo Judicial, pero ojo cuidado con que este mismo Activismo Judicial porque el mismo puede llegar hacer hasta cierto punto un Activismo Judicial negativo.

Ahora bien, la pregunta siguiente que nos hacemos es, ¿Actuaron bien o actuaron mal los magistrados en relación de resolver más de lo pedido? Si revisamos el Art. 183 inc. Final de la C.n, “a petición de cualquier ciudadano” esta parte es donde se le da la legitimación a los magistrados de la Sala de lo Constitucional, para conocer de asuntos de Inconstitucionalidad, cuando sean presentados por ciudadanos que alejen violaciones a Derechos Fundamentales; en contrario sensu, una Sala que conozca de un asunto, sin que los mismos estén alegados dentro del proceso de demanda, puede llegar hacer hasta violatorio a la misma Constitución y por ende algo muy peligroso, porque podrían irse dando precedente para legitimar esa actuación y en ese sentido se rompería los límites que se le establecen a la Sala de lo Constitucional que es la misma Constitución.

**SÍNTESIS:** Un aporte que se daría como equipo de tesis sería el siguiente: que antes de volver a resolver otra sentencia de Inconstitucionalidad, con un mismo indicador Ultrapetita, la Sala debe en ese momento esperar a que haya otra demanda que venga a reclamar sobre ese punto en específico, pues vivimos en una sociedad pequeña, donde hay muchos profesionales del derecho pendientes de nuestra

realidad jurídica y más de uno de ellos vendrá a pedir que se declare inconstitucional este punto en específico.	
<b>Pregunta N° 4</b>	<p><b>Como se sabe en la Inc.7-2011, el problema constitucional planteado correspondería tener como magistrados propietarios y suplente del Tribunal Supremo Electoral a los señores Moreno Niño y Morales Herrera, en ese sentido la Sala de lo Constitucional se somete a controlar actuaciones por parte de la Asamblea Legislativa sobre (políticas cuestión).</b></p> <p><b>¿Según los pronunciamientos que la Sala de lo constitucional en materia Electoral, en el período 2009-2018, con esta Sentencia se estaría rompiendo el Principio de Frenos y Contrapeso?</b></p>
<b>Lic. Edward Sidney Blanco Reyes, Ex- Magistrado de la Sala de lo Constitucional período 2009-2018.</b>	
<b>Concepto Fundamental</b>	
<p>Yo creo que si este principio está referido a que los Poderes se controlan recíprocamente, que lo que hace uno está sujeto del Control del otro no es que se está rompiendo este Principio, sino que al contrario se está poniendo de manifiesto porque esto significa que los Órganos Constituidos deben estar sometidos a mandatos Constitucionales, la Asamblea Legislativa no tiene las libertades prescritas en la realización de sus actos, como poder constituido que es, tiene sujetarse a lo que emana de la Constitución si este único poder que no tiene sus ataduras es el Poder Constituyente, el Poder Constituyente no tiene las ataduras porque no hay Constitución que la vincule y por lo tanto puede adoptar una serie de actos sin vinculación a una que disposición Constitucional, pero eso no ocurre con la Asamblea Legislativa, la Asamblea Legislativa es como los Presidente y la Corte, son poderes constituidos con límites, derivados de la Constitución, ahora el hecho de que la Sala de lo Constitucional de este período que estamos viendo, haya ejercido Control Constitucional de elecciones de funcionarios, elecciones de segundo grado, no significa invasión, a una atribución que le corresponde a uno de los poderes como Asamblea Legislativa, si no que significa enviciar los Actos de Control y esto no comenzó con esta Sala 2009-2018, en el año 1996, es el antecedente más inmediato que había, la Sala de lo Constitucional admitió una demanda contra el ex Procurador de Derechos Humanos, se llamaba Peñate Polanco, este ex Procurador de Derechos Humanos, se cuestionaba que no cumplía los requisitos constitucionales, porque no tenía la idoneidad, entonces en esa oportunidad la Sala de lo Constitucional admitió la demanda, y luego sobreseyó porque al final renunció el procurador antes de la Sentencia, pero lo que quiero decir que no es esta Sala 2009-2018, la que inicio el ejercicio de control de funcionarios de segundo grado, ya habían precedentes, además que había otro precedente más antiguo de que la Sala había interpretado de que no solo, la Sala controlaba las Leyes Decretos y Reglamentos los que dice el Artículo 183 C.n, sino que también todos los actos públicos emanados de los poderes que aplicaban directamente la Constitución, entonces cuando la</p>	<p><b><u>Políticas</u></b> <b><u>cuestión. Se</u></b> <b><u>estaría</u></b> <b><u>rompiendo en</u></b> <b><u>Principio de</u></b> <b><u>Frenos y</u></b> <b><u>Contrapesos.</u></b></p>

Asamblea en la elección de funcionarios lo hace una aplicación directa de la Constitución, significa que ese acto aunque no sea una ley Decreto o Reglamento, si es susceptible de control Constitucional porque lo hace aplicando la Constitución, nosotros siempre dijimos, porque tenemos que ver si el nombramiento de determinado funcionario es constitucional, bueno tenemos que ver porque la Constitución determina requisitos para estos funcionarios y la Asamblea no tiene libertad para desconocer los requisitos, para ignorar los requisitos, para elegir a alguien que no tiene el perfil o no tiene el título o la edad que la Constitución establece, entonces a nosotros no los parece que haya ruptura del principio de Control de pesos y contra pesos, sino que al contrario hay una manifestación de ese Control.

**ANALISIS:** De acuerdo a los que nos manifestó el licenciado Sidney Blanco, las políticas cuestión están referida con que los poderes se controlan recíprocamente, pero ese control en palabras más correctas deriva de la Constitución misma, es ella quien controla todas las actuaciones de los diferentes Órganos y entes gubernamentales e individuos de nuestro país, no hay un Órgano que esté por encima de la Constitución, y si existiera solo sería la Asamblea Constituyente, porque no hay ninguna norma que la vincule, no así todos los Órganos Constituidos.

Es así como llegamos a decir lo siguiente, que de acuerdo con dichos nombramientos que habían dado para ambos señores, los mismos estaban optando a ternas de las cuales según el Art 208 no son propuestos por los partidos políticos y dichos candidatos no deberán tener afiliación partidaria y los mismos serán elegidos por parte de la Asamblea Legislativa; en este sentido de nuestro punto de vista podremos decir que estamos en presencia de un acto que se deriva de la Constitución y por lo tanto es controlable a través de la Sala de lo Constitucional; la importancia de controlar estos actos además de que se respete la legalidad será, como ya lo hemos mencionado, la Sala de lo Constitucional en aplicación de la Constitución determina los funcionarios que deban ser elegidos para los cargos del Tribunal Supremo Electoral, Corte Suprema de Justicia, Corte de Cuesta de la Republica entre otros funcionarios, no deberán tener afiliación partidaria porque los mismos están optando a cargos de Jurisdicción en los cuales deben ser imparciales a la hora de emitir resoluciones, y si son miembros de partidos políticos esa imparcialidad se rompería.

Ese punto es muy importante y rescatable de la Sala de lo Constitucional para lograr que efectivamente se elijan funcionarios idóneos para cada cargo, se mete a controlar actos que fueron emanados de la Asamblea Legislativa, pero dirán mucho, violación al principio de Frenos y Contrapesos; más sin embargo nosotros somos de la idea que se está poniendo de poniendo en práctica ese principio y se está fortaleciendo constantemente

**SINTESIS:** La Sala de lo constitucional no violenta este Principio de Frenos y Contrapesos, al contrario pone de manifiesto ese control, al controlar actos públicos cuando los mismos son emanados de otros órganos en función de un mandato de la Constitución, los mismos son controlables por parte de la Sala de lo Constitucional en respeto y seguridad de la Constitución misma. De esta forma es que un Estado de Derecho se va fortaleciendo cada vez más las institucionalidades de sus Órganos Fundamentales.



<p><b>Pregunta</b> <b>N° 5</b></p>	<p><b>En materia Electoral las sentencia de inconstitucionalidad como en otras materias desde el año 2009, con la llegada a la presidencia los gobiernos de izquierda, se maneja que la Sala de lo Constitucional tiene un mayor grado de control en materia electoral.</b></p> <p><b>¿Cómo estas Sentencias de Inconstitucionalidad vienen a consolidar un Estado Constitucional de Derecho?</b></p>	
<p><b>Lic. Edward Sidney Blanco Reyes, Ex- Magistrado de la Sala de lo Constitucional período 2009-2018.</b></p>		<p><b>Concepto Fundamental</b></p>
	<p>Primero que es cierto que con la llegada de los gobiernos de izquierda al poder coincide con la llegada de unos nuevos magistrados, llega una nueva Sala de lo Constitucional y hay una visión totalmente distinta de la Sala de lo Constitucional precedente, mira nosotros cuestionamos a la Sala de lo Constitucional que nos precedió, porque se acoplaba al Poder, le daba una extensa libertad de configuración al legislador, muy difícilmente contrariaba al ejecutivo, no le permitía al Ciudadano reclamar con algún éxito las políticas públicas, había una limitación del desarrollo del derecho de los Ciudadanos, eso con nosotros de acabo, es cierto se coincide con la llegada de la izquierda, pero se coincide también con la llegada de nuevos Jueces Constitucionales; tema electoral totalmente de acuerdo, la filosofía o la visión que nosotros tuvimos respecto a la partición política de los Ciudadanos, era para decirlo de una manera gráfica, dijimos aquí los partidos políticos creen que todo tiene que pasar por ellos, que no se puede hacer nada si no es con el consentimiento de ellos, que los Ciudadanos si quieren participar en política tienen que prestarse a partidos políticos, que los Ciudadanos tienen que votar por partidos políticos y es el partido político quien decide a quien van a darle el voto, que si los Ciudadanos quieren llegar a la Asamblea Legislativa como diputados tienen que ir y afiliarse a un partido político, que los Ciudadanos no pueden impugnar las decisiones del Tribunal Supremo Electoral, porque eso solo lo pueden hacer los partidos políticos, eso es lo que dice la ley y decía la ley Electoral, que los Ciudadanos prácticamente solo sirven para votar, entonces nosotros dijimos los Ciudadanos son los verdaderos sujetos de la Democracia y más allá de los partidos políticos y por encima de los partidos políticos, los partidos políticos son instrumento son medios, son organización, pero ellos no son el principio y el fin de la Democracia, los ciudadanos son los soberanos no los partidos políticos, porque la Constitución no dice la soberanía reside en los partidos políticos, dice la soberanía reside en el pueblo, o por ejemplo cuando nosotros decidimos ¿Qué pinta el Ciudadano en la integración de la Corte Suprema de Justicia? dijimos si es importante porque cuando se nos planteó una demanda de Inconstitucionalidad, cuando la Asamblea había electo dos veces Magistrados de la Corte Suprema de Justicia dijimos, se ha desconocido la voluntad del pueblo, porque el pueblo cada tres años decide cómo va estar integrada la visión política</p>	<p><b><u>Mayor grado de Control en Materia Electoral.</u></b></p>

ideológica y los representantes, nos nuevos representantes deben responder a esa nueva visión del pueblo, de manera que si hay una nueva Asamblea Legislativa que dura tres años se elige un tercio de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, si hay una Asamblea Legislativa que a la entrada elige a unos magistrados y a la salida vuelve a elegir a los otros, no solo le impide a la siguiente Legislatura ejercer la competencia de elegir Magistrados, sino que además desconoce la última voluntad popular, entonces, si nosotros creímos que esa oportunidad del ciudadano de plantear demandas en el tema que quisiera y de ejercer Control Constitucional de los actos de los poderes es consolidar la Democracia.

**ANALISIS:** Según lo expresado por el Lic. Sídney Blanco, los magistrados del periodo 2009-2018, cuestionaron la actuación de la anterior Sala que los presidio, pues los mismos se acoplaban al poder, le daban una extensa libertad al Legislador, le impedía al Ciudadano reclamar con algún éxito la protección de un Derecho determinado; eso con los Magistrados del período 2009-2018 se acabó, la Sala de lo Constitucional llega con una visión de nuevos Jueces Constitucionales, en materia Electoral le dan a los Ciudadanos los principales sujetos de la Democracia por encima de los partidos políticos, dejan a los partidos políticos únicamente como medios para llegar al poder central.

Muy importante la postura que opto la Sala de lo Constitucional de no acoplarse al ninguno de los otros poderes de Estado, eso trae como ganancia para la ciudadanía salvadoreña lo siguiente, que en efecto hay en la Sala con Magistrados imparciales, los cuales no se deben a ningún partido político o al gobierno en sí, debiéndose a la Constitución misma.

En ese sentido se puede ver reflejado como estos diputados trabajan para que sean los Ciudadanos los que vengan a ser favorecidos con sus resoluciones algo que no solo se da en materia electoral si no también es otras materias.

Es entonces en este sentido que claramente de un Estado de Derecho, que como sabemos es la Separación de Poderes y el Funcionamiento de las Institucionalidades, como se va a consolidado a un Estado Constitucional de Derecho, fácil y esto ya lo dijo el Lic. Sídney Blanco solo que en otra respuesta, cuando hacía referencia del reconocimiento de derechos implícitos de la Constitución ahí mismo se está consolidando, porque se está ampliando más esos Derechos Constitucionales dentro de una Sociedad ya normativizada, pero que lo hacen con el objetivo de darle más protección al Ciudadano principalmente. Algo que es muy positivo para nuestro ordenamiento Jurídico y los Sujetos de Derecho.

**SINTEISIS:** Licenciado Sídney Blanco ratifica que efectivamente esta Sala de lo Constitucional ejerció un mayor control en materia electoral, porque ellos buscan poner al Ciudadano por encima de los partidos políticos y no lo contrario; es por ello, que se dictan importantes sentencias en las cuales vienen a hacer efectiva esa visión de la Sala para con los ciudadanos en materia Electoral. En ese sentido podremos constatar lo antes aseverado con los reconocimientos de Derechos Políticos, de los cuales vienen a darles ese mayor margen de participación a los Ciudadanos en sí, y de lo cual lo hemos evidenciado en las diferentes Sentencias de Inconstitucionalidad.

<p><b>Pregunta</b> <b>N° 6</b></p>	<p><b>En su opinión, bajo que fundamento constitucional se justificaría el Activismo Judicial que la anterior Sala de lo Constitucional jugó en materia Electoral, período 2009-2018.</b></p>	
<p><b>Lic. Edward Sidney Blanco Reyes, Ex- Magistrado de la Sala de lo Constitucional período 2009-2018.</b></p>		<p><b>Concepto Fundamental</b></p>
<p>En otros países como México la Constitución le atribuye al Tribunal Constitucional la Competencia Constitucional, única y exclusiva de defender asuntos Electorales, digamos la corte no se mete en eso, porque la Constitución le asigna esa Competencia a ese Tribunal; nuestra Constitución en el Artículo 208 reconoce al Tribunal Electoral como la máxima autoridad en materia electoral, pero hay una frase que dice “sin perjuicio de las violaciones Constitucionales serán protegidas conforme a esta Constitución ” entonces el Tribunal Supremo Electoral es la máxima autoridad de la legalidad, pero si en la aplicación de la norma ello Tribunal supremo comete una violación en materia Constitucional, la competencia le corresponde a la Sala de lo Constitucional, entonces la última palabra en materia Constitucional Electoral la tiene la Sala de lo Constitucional, porque así lo mandata la Constitución, fíjate que en este tema se suelen confundir porque algunas gentes dicen, bueno entonces no es cierto lo que dicen que el Tribunal Supremo Electoral es la máxima autoridad en materia de Legalidad sí, pero en materia constitucionalidad no, porque eso la Constitución se lo atribuye a la Sala de lo Constitucional; es como por ejemplo la Sala de lo Civil, es la última palabra en materia civil legalidad, o la Sala de lo Penal la última palabra en materia Penal, pero no la última palabra en materia de legalidad, pero no la última palabra en materia Constitucional, esa como ustedes saben la Constitución se relaciona con las distintas ramas del derecho y el último interprete en materia constitucional, así está configurado el sistema por lo tanto jugo un Activismo Judicial en materia Electoral, sí, mira dictamos más de treinta Sentencias relacionadas en materia Electoral, más de treinta sentencias, reestructuramos todo el sistema Electoral, o sea desterramos el obsoleto anacrónico voto por bandera, eso fue lo peor que pudo ver en nuestro país, ese sistema que a uno lo obligaban a votar por una bandera sin saber quién era el candidato (Inc. 61-2009), era el partido quien decía el orden y el partido como dice la sentencia, si es importante recoge ideas, son permanentes, son Instituciones Jurídicas todo lo que quieras, pero si no les permitís al ciudadanos que elijan a sus representantes, lo utilizas como instrumento nada más al Ciudadano, no es el verdadero sujeto; bueno esto fue la revolución desde el 2009 en el 2010 se dictó esa Sentencia, desde entonces se planteó una tención con los Poderes Políticos, pero no los importó porque creímos que era rescatar el poder del Ciudadano y bueno respetamos al Ciudadano que están obsesionados con los partidos, porque hay personas que son hueso duro verdad y les dijimos bueno si quiere puede seguir votando por bandera, lo único que si vota por bandera no va</p>		<p><b><u>Justificaría el</u></b> <b><u>Activismo</u></b> <b><u>Judicial.</u></b></p>

a ver preferencia si no que el voto se va a distribuir entre todos los Candidatos, entonces a mí me parece que fue estupendas la idea de darle libertad al Ciudadano y eso fue el parámetro de Control el Artículo 78 C.n, que establece que el voto será libre, secreto, igualitario y sobre ese concepto de libre, sobre esa palabra libre se construyó toda la teoría de que significa libertad, no solo votar exento de violencia, engaño, amenaza, sino también tener la libre capacidad de opciones o libre capacidad de opción, es decir tener varias opciones para decidir por quién votar.

**ANALISIS:** Según lo que nos expresa el Licenciado Sídney Blanco esa justificación se basaría de acuerdo nuestra Constitución en el Art. 208, da las facultades del Tribunal Supremo Electoral como la máxima autoridad en materia Electoral y de legalidad, pero para justificar cual el control por parte de la Sala de lo Constitucional esta una frase que dice “sin perjuicio de los recursos que establece esta Constitución, por violaciones de la misma” en este sentido la última palabra en materia Constitucional Electoral le corresponde a la Sala de lo Constitucional. Por lo tanto el último intérprete en materia Constitucional es la Sala de lo Constitucional. Entonces partiendo se esta frase “sin perjuicio de la violaciones Constitucionales serán protegidas de acuerdo con esta Constitución” una vez que el Ciudadano presenta una demanda de Inconstitucionalidad de materia Electoral en la cual se evidencia una violación Constitucional, el Tribunal competente será la Sala de lo Constitucional en función de proteger y solventar esa violación que se esté dando en dicha materia, entonces podríamos afirmar lo siguiente que efectivamente si está legitimada esa intervención por parte de la Sala de lo Constitucional en dicha materia.

En este sentido sería difícil observar así directamente una implicación negativa por parte de la Sala de lo Constitucional respecto hacia los partidos político, más sin embargo desde la óptica de los partidos político sí podrían ver una influencia hasta cierto punto negativa por parte de la Sala de lo constitucional al estar emitiendo resoluciones en las cuales lo que esta última está haciendo es limitando su espectro de control, que por mucho tiempo han venido ejerciendo sobre los candidatos partidarios que más les convenga.

Es así como se justifica este Activismo Judicial que dicha Sala de lo Constitucional vino a jugar en materia electoral, y que en la mayoría de los casos es un Activismo Judicial Positivo, correcto dentro de su marco del actuar Jurídico.

**SINTESIS:** Logramos entender que un Estado Constitucional de Derecho, no deben haber zonas que estén exentas de control constitucional, por esta razón la Sala de lo Constitucional, tiene que regular todos los aéreas del Derecho, donde hayan violaciones mismas Constitución, en ese sentido se justificaría la intervención de la Sala de lo Constitucional en materia Electoral. Ese Activismo es justificable en la medida que se legitime Constitucionalmente y Democráticamente, ya que la idea del Activismo es fomentar una noción y cultura de respeto de la Constitución y actuar bajo sus Límites establecidos.



<p><b>Pregunta N° 7</b></p>	<p><b>En relación a los métodos de interpretación y técnicas de la racionalidad que la Sala de lo Constitucional utiliza y toma en cuenta para sus resoluciones. ¿Cuál es el más indicado para la aplicación del ejercicio activista?</b></p>
<p><b>Lic. Edward Sidney Blanco Reyes, Ex- Magistrado de la Sala de lo Constitucional período 2009-2018.</b></p>	<p><b>Concepto Fundamental</b></p>
<p>Nosotros fuimos enemigos de seguir una sola línea de interpretación porque creemos que los problemas que se presentan, pueden ser solucionados por el juez constitucional y este no puede estar atado a un solo método de interpretación, no son excluyentes entre sí, puede acudir a una interpretación por ejemplo histórica, muchas veces acudimos a interpretación histórica por ejemplo, cuando se planteó la inconstitucionalidad del presidente de la Corte que era nuestro compañero de la Sala de lo Constitucional, Salón Padilla la Inc. 77-2013-97-2013, en esta sentencia la Constitución no dice estar afiliados a los partidos políticos, pero al interpretarlo cual es la función del Juez, que pinta el Juez constitucional en una democracia, el Juez constitucional controla actos políticos, controla la Asamblea Legislativa integrada esencialmente por los partidos políticos, controla la visión política que tienen los partidos políticos y que desarrollan la asamblea legislativa, entonces si uno de los jueces forma parte de alguno de los partidos políticos, que por otro lado los partidos políticos tienen en sus estatutos que los partidos políticos deben obediencia y deben de seguir los lineamientos y que si no lo hacen se someten a un proceso disciplinario y que se comprometen entre el afiliado y el partido, hay una relación jurídica que generan derechos y deberes recíprocos jurídicos, pero bueno más allá de estos en ese caso acudimos a una interpretación histórica, lo fuimos a los orígenes y bueno en la exposición de motivos que se llama informe único del proyecto de estudio de la Constitución, ahí aparece un apartado donde dice incompatibilidades, entonces ahí justamente encontramos el argumento fuerza, para decir sí, es inconstitucional porque dice expresamente el presidente de la Corte Suprema de Justicia es obvio que debe estar totalmente despojado de cualquier actividad política partidista, entonces dijimos acá esta no hay más, interpretación histórica, no lo dice la Constitución pero acudimos a esa interpretación aparte de las otras cosas que vimos en las sentencias por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya había reconocido en dos Chapama Vrs Nicaragua, casos Castañeda Gutman Vrs México en donde había obligado a los Estados a permitir la participación política a estas personas sin pertenecer a partidos políticos, entonces mira, los métodos de interpretación no son aplicables en todos los casos, ni el Juez está obligado a seguir determinado método si no acudir a los distintos métodos que hay para resolver un caso concreto, a nosotros siempre nos parecía casi hasta repugnante oír a abogados decir, no es que la Constitución no se interpreta, solo se aplica, entonces decíamos ya queremos ver estos abogados cuando se plantean cosas que no dice la Constitución, como lo Va a resolver, derecho a la verdad por</p>	<p><b><u>Métodos de interpretación y técnicas de racionalidad</u></b></p>

ejemplo, derecho a la información pública como se llega a la conclusión que estos son derechos constitucionales, por la vía de la interpretación, por un lado, por otro lado también, la interpretación sistemática integracionista, o sea la influencia de todas las normas la Constitución es unitaria no puedes leer aisladamente las normas, tienes que relacionarlas con otras normas constitucionales que ayudan a interpretar, por ejemplo el Medio Ambiente el Artículo 117 C.n, hace referencia que es obligación del estado conservar el Medio Ambiente, los ecosistemas como derecho constitucional, como derecho de las personas al Medio Ambiente no aparece expresamente, aparece como deber del Estado a conservar el Medio Ambiente, pero no como derecho constitucional como derecho subjetivo que podamos reclamarlo ante las autoridades, entonces como sale esto, relacionamos esta disposición, relacionamos el derecho a la salud, derecho a la vida y de ahí construimos el texto de medio ambiente; o el derecho al Acceso a la Información, constituyo todo un gran desarrollo de la libertad de expresión, que dijimos que este derecho lo ciudadanos podamos expresarnos libremente, pero para expresarnos libremente debemos estar informados y para estar informados tenemos que tener derecho al acceso a la información, porque el ciudadano que se expresa, si estar informado o con una información falsa no hace un correcto uso de la libertad de expresión, entonces todo ese desarrollo es interpretación, y es como activismo, es como expandir la mente, mire comprende todo esto y es un error acudir a un solo método de interpretación para resolver todos los casos, se puede acudir al método histórico, a la literalidad, a la interpretación sistemática, a la interpretación teleológica, la finalidad de la norma, o sea se puede acudir a cualquier método de interpretación.

**ANALISIS:** Según lo explicado por el Lic. Sidney Blanco, la Sala de lo Constitucional fue enemiga de seguir una sola línea interpretativa de modo de no estar atadas a un solo método de interpretación, muchas veces acudieron a la interpretación histórica, los métodos de interpretación no siempre son aplicables a todos los casos, ni el Juez están obligados a seguir un determinado método, sino que deben acudir a los distintos métodos que hay para acudir a un caso concreto; por otro lado también acudieron a la interpretación sistemática integracionista.

Lo anteriormente explicado nos hace pensar que en efecto, es la mejor formas para resolver cada casos presentado, porque en muchos casos será necesario hacer juicios de proporcionalidad, test de igual, o la ponderación misma; en otros casos no será necesario la aplicación de estos; para otros será necesario acudir a una interpretación histórica como lo han hecho en muchas sentencia, pero sí, lo que nos viene a reflejar propiamente es eso, que todo dependerá del caso en particular acudir al método de interpretación o la Técnica de racionalidad.

**SINTESES:** En este sentido podremos decir, que la Sala de lo Constitucional no siguió un solo método de interpretación o utiliza siempre las Técnicas de Racionalidad, para poder decir, cual método de interpretación será clave para determinar esta sentencia va ser o no Activista; ellos acudieron a los

Métodos de Interpretación o Técnicas de Racionalidad que era necesarios para resolver el caso determinado.	
<b>Pregunta N° 8</b>	<b>¿Cuál son los límites del Activismo Judicial, para que la Sala de lo Constitucional no interfiera negativamente en la esfera de los Derechos Fundamentales?</b>
<b>Lic. Edward Sidney Blanco Reyes, Ex- Magistrado de la Sala de lo Constitucional período 2009-2018.</b>	<b>Concepto Fundamental</b>
<p>La Sala de lo Constitucional, como un Órgano constituido también tiene límites por ejemplo, los límites son la misma Constitución, la Sala por ejemplo cuando dice esta es materia de la sala de lo penal, o esta es materia de los jueces ordinarios, está reconociendo los límites cuando a la Sala por ejemplo llegan a plantear una demanda de habeas corpus porque la pena que se le impuso es muy elevada, la sala dice estos es decisión de los Jueces, o cuando llegaron a plantear que el Juez valoró indebidamente esta prueba, eso es limite nuestro Constitucional es materia de Legalidad y lo deben de resolver los Tribunales ordinarios, o cuando llegaron a plantear aquí me han condenado por estafa y en realidad esto no es estafa porque se trata de un contrato civil que yo incumplí, no eso no lo vemos nosotros, eso es un reconocimiento de los límites o cuando llegaban por ejemplo con temas de mera legalidad bueno un caso que hasta fueron a la Procuraduría de Derechos Humanos, que aun empresario que había ganado un juicio mercantil se quejaba porque le habían calculado mal los intereses y el Juez lo mando al carajo siempre y se fue a la Sala que la Sala le Calculara los intereses, bueno esa no es competencia nuestra, el limite nuestro es la constitucionalidad, no tenemos capacidad de resolver otros temas de mera legalidad que le corresponden a otros Tribunales; entonces eso es marcar limites respetar las competencias de otras autoridades porque no tienen trascendencia Constitucional, cuando uno analiza por ejemplo demandas de Amparo, Demandas de Inconstitucionalidad, hay una causal de improcedencia que se llama asuntos de mera legalidad, que es el rechazo que se da a las demandas porque la Sala no tiene competencia de resolver asuntos que corresponden a otras autoridades y eso son límites Constitucionales, entonces no es cierto lo que nos acusaban que estos se creen que no tienen límites violan la Constitución, a nosotros en realidad no los parecían serios los comentarios de que la Sala era arbitraria que no tenía limites, claros que tenían limites nada más que derivados de la Interpretación Constitucional que nosotros dábamos y ahora esto “no interfiera negativamente en los Derechos Fundamentales” al contrario, nosotros entendemos que la Sala expandió la tutela de Derechos fuer más allá dio pasos a favor de la tutela de Derechos Fundamentales, por ejemplo en la Salud, el tema en que colectivos de víctimas, de violaciones del Derecho a la Salud llegan a plantear a la Sala de que no se le Proveían medicamentos, porque no los atendía el médico directamente, porque les cambiaron medicamentos y estos nuevos les generaban afectaciones a la Salud, en el tema de los Derechos a la Salud, en el</p>	<p><b><u>Límites del Activismo Judicial.</u></b></p>

tema de los Derechos productivos, en el auto determinación reproductiva, Derecho de la mujer decidir cuándo tener hijos, el Derecho al trabajo, el Derecho al trabajo fue una protección sin precedentes, el Derecho a la estabilidad laboral, esa definición de que la institución está obligada a renovar los contrato siempre todos los años, salvo que sean trabajadores temporales, o sea creo que la Sala no incidió negativamente en la esfera de los Derechos Fundamentales, al contrario expandió la tutela de los Derechos, especialmente en materia de derechos sociales, salud, educación, trabajo, seguridad social, se resolvió ahí lo que se planteó por ejemplo en materia de presupuesto se planteó una demanda de Inconstitucionalidad contra una tasa de interés que se dijo que ciertamente afectaba la seguridad social, lo que quiero decir que se expandió la tutela, lo que quiero decir es que la crítica constante que tuvimos de los partidos políticos tergiverso y pudo confundir a algunos Ciudadanos y por eso me gustas que estas tesis porque se analiza como estamos en la Sala como estamos en otros ambientes y se puede analizar lo de la Técnica Jurídica estas Sentencias.

**ANALISIS:** Como ya se ha mencionado anteriormente, la Sala de lo Constitucional es un Órgano constituido y por ende también tiene límites, esos límites son la misma Constitución, y esos límites la Sala los respeta cuando son meramente materia Penal, otro punto son los de mera legalidad, en los cuales se tiene que resolver en otros Tribunales, el límite en el cual la Sala de lo Constitucional en sí es la Constitucionalidad. Pero, ¿Qué implicaciones traería negativamente si la misma Sala fuera Violatoria de los Derechos Fundamentales? bueno un punto sería que en nuestra Sociedad es conocedora que si el mismo Tribunal encargado de hacer valer la Constitución es el violador y la ley no establece con claridad los pasos a seguir para la destitución de los mismos, solo queda la vía de insurrección que el pueblo Salvadoreño se lance contra ellos mismos para que sean removidos de sus cargos, pero esto ya serían los extremos. Esto sería un claro ejemplo de las consecuencias que traería consigo de una Sala de lo Constitucional ejerciendo un Activismo Judicial Negativo incorrecto, interfiriendo negativamente en la tutela de Derechos Fundamentales.

Por otro extremo tenemos a una Sala de lo Constitucional garante en la Protección de los Derechos Fundamentales, que practica un Activismo Judicial Positivo, dicha práctica trae el reconocimientos de ciertos derechos sociales necesarios en nuestra realidad actual y ejerciendo una protección y expansión en la tutela de Derecho Fundamentales.

**SINTESIS:** Los límites del Activismo Judicial resultan ser la Constitución misma, el respeto de los Derechos Fundamentales; dicho Activismo Judicial solo estará justificado cuando sea Positivo, en este sentido recomendamos a los Magistrados que integran la Sala de lo Constitucional período 2018-2027 y los futuros Magistrados que la integraran; una práctica de Activismos Judicial en materia Electoral, como en otras materias deberá ir encaminado en reconocimiento o expansión de Derechos Sociales (Políticos, Salud, Educación, Trabajo etc.) tomando encuenta los límites que se le establecen. Es necesario en la aplicación del ejercicio Activista se proyecte en establecer un Activismo Dialógico, participando todos los sectores Sociales, en seguir potencializando y reconociendo las conquistas de los Ciudadanos, mediante la protección y garantía del Órgano Judicial.

<p><b>Pregunta N° 9</b></p>	<p><b>En la Inc. 61-2009 se regula sobre las candidaturas independientes y listas cerradas desbloqueadas, la Sala de lo Constitucional hace una interpretación evolutiva del Art. 85 Inc. 2; algo que es muy propio de los Tribunales Activistas.</b></p> <p><b>¿Cuál es el tipo de Activismo Judicial que utilizo la Sala de lo Constitucional?</b></p>
<p><b>Lic. Edward Sidney Blanco Reyes, Ex- Magistrado de la Sala de lo Constitucional período 2009-2018.</b></p>	<p><b>Concepto Fundamental</b></p>
<p>Mira, esta es la sentencia en las que se habilita las candidaturas no partidarias y el desbloqueo de las listas cerradas y bloqueadas, yo en este tema reconozco que hay críticas que proceden de personas respetables, Constitucionalistas, pero nosotros creemos todavía que dimos una Interpretación adecuada a ese artículo 85 inc. 2, que hace referencia de que los partidos políticos son el único instrumento para el ejercicio del pueblo de gobierno; comprenderán que esta sentencia celebro mucho debate, mucha discusión, debiendo entender cuál era el sentido de que el constituyente se cuidara de decir expresamente la palabra partidos políticos y poner único instrumento, de lo cual hicimos investigaciones, vimos la exposición de motivos, que es lo que quiso decir el legislador, con eso de que es el único instrumento; claro si nos hubiéramos a tenidos a la literalidad hubiéramos dicho sí, tienen que pasar por los partidos políticos, tienen que afiliarse a los partidos políticos, pero como desglosamos todo lo relacionado a la participación política de los Ciudadanos, y dijimos que el Ciudadanos es el principal sujeto de la Democracia, porque en un momento confrontamos, dijimos bueno que vale más entonces el partido o el Ciudadano, entonces la conclusión unánime de la Sala es que el Ciudadano, el Ciudadano, el partido únicamente medio, vehículo para llegar al poder, pero todo depende del Ciudadano, ahora, por otro lado cuando estudiamos la exposición de motivos, entendimos, que el Constituyente a la hora de escribir que son el único instrumento, lo hizo pensando en que debería evitarse, de que en la Asamblea Legislativa estuvieran representantes de asociaciones que tuvieran una finalidad distinta al tipo de poder, porque nosotros dijimos que es un proyecto político, porque la gente participa en política y dijimos, bueno participa en política porque quiere llegar al poder, y para llegar al poder ofrecer un proyecto de gobierno que es lo que vende al pueblo, y si el pueblo lo apoya llegar al poder que es el objeto de todo político, es para desarrollar ese proyecto de gobierno, dijimos esto no puede ser digamos tema de partidos políticos, pueden haber ciudadanos que tengan la visión de representar al pueblo, hacer propuestas ajenas a un partido político, desarrollar nuevas propuestas y representar al pueblo, y ahí es donde dijimos, y ahí es donde dijimos entonces sí, sí puede haber participación política sin partidos políticos, con ese razonamiento, la deliberación, esta sentencia los llevo meses y meses, esto no es un asunto de firmemos, meses y meses discutiendo los efectos, los limites, la Interpretación; y la conclusión nuestra fue que <i>esa redacción de haber puesto el único se refiere a organizaciones, asociaciones</i> dijimos que si hay una organización de ganaderos de San Miguel, ellos tengan un representante en la Asamblea, si hay una</p>	<p><b><u>Interpretación Evolutiva.</u></b></p>

organización de mujeres feministas ellas tengan un representante, si hay una organización ambientalista ellas tengan representación; ¿por qué?, porque que lo que buscan los políticos es desarrollar un proyecto político general no particular del gremio si no general, así como los partidos políticos se ocupan de medio ambiente, de salud, educación, relaciones exteriores, seguridad pública, que la Asamblea Legislativa se distribuya en diversas fracciones y el partido político dice este es bueno para la comisión de trabajo pongámoslo así, entonces no se trata de que cada asociaciones tengan un representantes dependiendo sus intereses exclusivamente gremiales y que esa prohibición que está destinada a impedir que las asociaciones distintas a los partidos políticos tengan representantes. Pero esto dijimos no excluye al Ciudadano individualmente considerado, un Ciudadano individualmente considerado que tiene una visión amplia en distintos temas que no representa solo un sector o gremio, claro la redacción del constituyente no fue la más feliz, pero también en realidad lo que estaba pensando el constituyente de la época, es que el frente que era la guerrilla, si quería tener representación en la Asamblea Legislativa tenía que incorporarse como partido político, entonces dijimos, a esto está referido, por eso se le llamo que es el único, que no aparezca una asociación Frente Farabundo Martí que quiera ser Diputado, tiene que meterse a la vida política, pero dijimos esto no excluye al Ciudadano, va dirigido a instituciones, a personas jurídicas, que el 85 va dirigido a personas jurídicas, que tienen que constituirse a partidos políticos, no se refiere al Ciudadano, al contrario el Artículo 72 C.n, que hace referencia a los Derechos políticos, ahí si dice, optar a cargos públicos son derechos políticos de los ciudadanos optar a cargos públicos y ahí está, entonces una interpretación progresista, evolutiva, actualizada que rompe esquemas tradicionales que sitúa a los partidos políticos en el lugar que les corresponden, nos acusaron de ser anti-partidos, la Sala no tenía como propósito destruir los partidos políticos, tenía como propósito de limitar las funciones de los partidos políticos y sobre poner al ciudadano a los partidos políticos, es que aquí la polarización persiste en nuestro país y sea construido sobre esta teoría de los partidos políticos, esta polarización es que todo gira alrededor de partidos políticos, como que el partido político es la democracia y no ya estamos viendo que esto no es así como se nos vino diciendo en las últimas décadas que hay otros mecanismos de participación política.

**ANALISIS:** Esta es una de las sentencia de Inconstitucionalidad más discutidas en nuestro tema de investigación, por el hecho de que se están potencializando los Derecho de los Ciudadano y eso que implica, que meramente son ellos protagonistas para decidir porque diputado votar a raíz de esta Sentencia. Y desde nuestro punto de vista fue una Sentencia que evidenció un Activismo Judicial Positivo, correcto y necesario en el sentido que garantiza y reconoce Derechos políticos de los Ciudadanos y que más adelante se vendrían a potencializar aún más; implicaciones al respecto, tal vez como se ha venido diciendo solamente desde la óptica de los partidos políticos, pues como se sabe esta Sentencia viene a limitar sus funciones.

**SINTESIS:** Según el ex-magistrado Licenciado Sidney Blanco, confirma que es una Interpretación Progresista, Evolutiva, Actualizada que rompe esquemas tradicionales que sitúa a los partidos políticos en el lugar que les corresponde, es decir son medios vehículos, y en este sentido limita las funciones de los partidos políticos y sobrepone al Ciudadano.

### SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN:

Durante los últimos años, El Salvador ha experimentado una profunda Reforma Electoral en el Sistema político-Electoral, caracterizado por su origen y forma aplicados en el Sistema Político salvadoreño, la cual tiene su origen en resoluciones Activistas de la Sala de lo Constitucional. Este Activismo ejercido por la Sala, puede considerarse positivo y correcto, justificable y necesario, que ha dado respuestas a reclamaciones de ciertos sectores de la Sociedad Civil interesados en modificar las reglas electorales y garantizar la Democracia, que por otras vías ante el comportamiento omisivo de la Asamblea Legislativa no se logra actualizar. Lo anterior, conlleva que los Ciudadanos mediante la presentación de las demandas de Control de Constitucionalidad ante el Tribunal competente, marca la agenda Político-Electoral que ha de conocer y resolver el Órgano Técnico especializado sometiendo a Control Constitucional el objeto o pretensión de los solicitantes, los actos pronunciados por los Órganos o Instituciones de Poder político, que de alguna manera afecta o agravia sus Derechos Fundamentales.

Al estudiar el Activismo Judicial en la Jurisprudencia Electoral de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018 se dio respuestas a diferentes enunciados establecidos en la investigación. Para empezar pronunciamos que en la función de aplicación del ejercicio Activista en materia Electoral al ejercer el Control de Constitucionalidad por parte de la Sala, para garantizar el respeto a no vulnerar o agraviar Derechos Fundamentales de los Ciudadanos, se establecen como límites: La Legitimidad cualificada de la Constitución, como emanación del Poder Constituyente se convierte en el parámetro de validez de la Ley, otorgándole a la Sala de lo Constitucional como Poder Constituido las Competencia de la actividad de efectivizar los límites Constitucionales y Controlar Constitucionalmente el poder de los demás Órganos del Estado.

Se logró ver reflejado mediante las Sentencias de Control de Constitucionalidad en materia Electoral, la posición que toma la Sala en aplicar un Activismo Judicial Positivo. Durante en el avance la investigación se establece la postura Activista de la Sala, enfocado en la aplicación de un Activismo Judicial Contemporáneo Positivo, el cuál es Garante y respetuoso de los Derechos Fundamentales potencializándolos al aplicar el ejercicio Activista, este se realiza bajo los límites que la misma Constitución le dictamina y los mismos Principios Jurídicos (Principio de Corrección Funcional, Congruencia y la misma Seguridad Jurídica) que garantizan la aplicación de un Activismo Positivo.

La razón del porque la Sala de lo Constitucional en sus Sentencias de Control de Constitucionalidad en materia Electoral, amplía el objeto de Control más allá de sus Competencias funcionales la Doctrina Constitucional es evidente en definir que la Sala de lo Constitucional por su naturaleza y Jurisdicción conocerá sobre temas y controversias de naturaleza Políticas, la misma Jurisprudencia establece que dada la Legitimidad cualificada de la Constitución, como emanación del Poder Constituyente se convierte en el parámetro de validez de la Ley, otorgándole a la Sala de lo Constitucional como Poder Constituido las Competencia de la actividad de efectivizar los límites Constitucionales y Controlar Constitucionalmente el poder de los demás Órganos del Estado.

La Jurisprudencia Constitucional en diferentes ocasiones se ha pronunciado el Control Constitucional de dichos actos de Poder de los demás Órganos. Lo anterior es determinante, que ante una posible infracción de esos límites (vulneración o agravio de Derechos Fundamentales en la aplicación de una norma Inconstitucional) sean actualizados por la Jurisdicción Constitucional, potencializando la idea que no es la Sala la que limita el Poder Político del Estado, sino que Legítimamente por mandato Constitucional lo hace, ya que no se pueden dejar zonas exentas del control; además, el Tribunal Constitucional afirma su competencia. Ahora bien, conforme al Principio de Frenos y Contrapesos enunciamos lo siguiente: que la Sala, al momento de ampliar el objeto en Control lo realiza en función del respeto y garantía de los límites de su Competencia Funcional, la misma en ningún momento violenta o agravia este Principio, al contrario lo potencializa al realizar la función de “cheqs y Balances”.

Como hemos desarrollado, en la presente investigación la aplicación del Activismo Judicial como institución será necesario aplicarlo en los precedentes Jurisprudenciales como parte del cambio de paradigma de la Teoría Jurídica del Derecho; en su momento se tenía una visión muy conservadora de lo que hacen los Tribunales Constitucionales, aquella visión Kelseniana del Tribunal Constitucional como Legislador Negativo y lo único que hace es expulsar la norma del Ordenamiento Jurídico, generando ninguna acción activa frente al ejercicio de la Función Jurisdiccional que le compete, el nuevo rol protagonista de los Jueces frente a la aplicación de la Justicia, siendo la realidad que los Tribunales Constitucionales con el paso del tiempo han cambiado mucho en su forma de actuar y principalmente es un producto de ese cambio de paradigma del Derecho.

Ahora bien, Desarrollemos el Activismo Judicial en un sentido político, pasamos de un Estado Legalista de Derecho que le otorgaba centralidad a labor del Legislador, a un Estado Constitucional de Derecho; él cuál, le otorga mayor relevancia los Tribunales Constitucionales y la Judicatura, siempre y cuando tenga la Constitución como límite. La causa real del cambio de paradigma de un sistema Positivista a un cambio real de un modelo Postpositivista, entendiendo ese cambio como una forma diferente de dar cuenta del fenómeno Constitucional distinta a la que tenía del Positivismo Jurídico, género en su momento cambios significativos, que impactan en la función que tiene la Jurisdicción Constitucional, el cual otorga un mayor protagonismo a la Judicatura en la misma creación del Derecho, mediante la Jurisprudencia Constitucional, resolviendo las cuestiones jurídicas mediante aspectos Jurídicos, Teóricos y Doctrinarios que el Activismo Judicial utiliza frente al Constitucionalismo Contemporáneo.

Desarrolla el nuevo rol de la Justicia Constitucional aplicando los nuevos Métodos de Interpretación Constitucional, el enfoque Argumentativo de darle el verdadero sentido a las texturas abiertas de la norma Constitucional, la aplicación Principialista y Garantista, estructura de Límites y Ponderación, aspectos de la Legitimidad Democrática y Constitucional de los Tribunales Constitucionales; la Judicialización de la Política y los mismo indicadores aplicables que definen una Sentencia Judicial Activista, Legitiman la aplicación del Activismo Judicial en la función de la Judicatura, para darle respuestas a las Demandas de Control de Constitucionalidad que los Ciudadanos interponen y que encierran diferentes situaciones que de alguna manera afectan o vulneran los Valores, Principios y Derechos Fundamentales que tutelan la Seguridad Jurídica en la certeza del Derecho de cada Ciudadano.

Se determinó el grado evidenciado de Activismo Judicial de la Sala de lo Constitucional en materia Electoral entre Leve, Medio e Intenso, fue necesario estudiar a profundidad diferentes Sentencias de Inconstitucionalidad que en su momento se advertían como Activistas, estableciendo indicadores aplicables que definen una Sentencia Judicial Activista en relación con el tema: Grados Aplicables del Ejercicio Activista Judicial, un enfoque tríadico: Leve, Medio e Intenso, definiendo el Grado de Intensidad Activista de cada una de las Sentencias evidenciadas en el contexto de la Jurisprudencia Activista Judicial Electoral, llegando a concluir que la Magistratura del Periodo 2009-2018 se caracterizó por la aplicación del Activismo Judicial en Sentencias de Control de Inconstitucionalidad en materia Electoral “Medio a Intenso”.

Para llegar a esa conclusión se presentó en el Capítulo IV el temario: Presentación, Análisis e Identificación de Sentencias de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional en materia Electoral periodo 2009-2018, ahí definimos el Grado de Intensidad Activista de cada una de las Sentencias de Control de Constitucionalidad que identificamos como Activistas, Confirmándose la postura que fue establecida en el presente trabajo de investigación, mediante la realización de las entrevistas a Colaboradores y Ex Magistrados que formaron parte de la Magistratura en Estudio. Al realizar el análisis de los resultados de esas entrevistas, se determina que coinciden en sus opiniones que el Grado de Activismo Judicial por parte de la Sala de lo Constitucional en pronunciamientos de Control de Constitucionalidad en materia Electoral, estableciendo en sus opiniones un Activismo Judicial entre Medio-Intenso.

#### VERIFICACIÓN DE HIPÓTESIS:

Se comprobó para que un Activismo Judicial sea garante de los Derechos Fundamentales de los Ciudadanos, se deben de cumplir ciertos requisitos, entre ellos la Legitimación Democrática de la Justicia Constitucional. Durante la investigación se enfatizó la aplicación de un Activismo Judicial Contemporáneo, Positivo, el cual es garante y respetuoso de los Derechos Fundamentales y al aplicar el ejercicio Activista lo realiza bajo los límites que la misma Constitución establece, pero para aplicar el Activismo en los Tribunales es necesario Legitimar la actuación de la Judicatura mediante la Legitimación Constitucional y Democrática.

La Doctrina es clara en definir que la Sala de lo Constitucional por su naturaleza y Jurisdicción conocerá sobre temas y controversias Políticas, la misma Jurisprudencia establecen que dada la Legitimidad cualificada de la Constitución, como emanación del Poder Constituyente se convierte en el parámetro de validez de la Ley, otorgándole a la Sala de lo Constitucional como Poder Constituido las Competencia de la actividad de efectivizar los límites Constitucionales y Controlar Constitucionalmente el poder de los demás Órganos del Estado. Es necesario establecer el aspecto de la Legitimidad Democrática, esta se realiza a través del fortalecimiento de la Argumentación Jurídica de sus resoluciones, elevando la calidad de las motivaciones; Él Magistrado, Juez o Tribunal está obligado a fundar sus decisiones en razones jurídicas, mediante la Interpretación de la Constitución como Limite de aplicación.

Hay que estar consciente de que la Legitimidad de los Tribunales no reposa en el consenso ni la representatividad política; por ello, es necesario el reconocimiento positivo de los Ciudadanos de la labor Activista por parte del Tribunal Constitucional en la Defensa y Conservación del Estado Constitucional de Derecho, el cual encierra aspectos de los Derechos Fundamentales, Seguridad Jurídica y Democracia por mencionar algunos. Los conflictos electorales, aun cuando tengan un carácter político, se deciden jurídicamente mediante la Judicialización de la Política, la aplicación de métodos jurídicos y razones jurídicas establecidas en la Constitución y Leyes Electorales.

Se ha verificado la Hipótesis Especifica número uno, en la cual los Magistrados de la Sala de lo Constitucional solamente están legitimados para emitir resoluciones Activistas Judiciales cuando: exista Laguna, Antinomias, Control de Constitucionalidad y conflictos de Interpretación de las Cláusulas Constitucionales indeterminadas, ya que por el carácter abierto de la norma Constitucional los Magistrados tienen un mayor margen de argumentación y creación de los criterios Jurisprudenciales, mediante la aplicación del ejercicio Activista Judicial Positivo. Establecer en qué momento se deberá de aplicar Activismo Judicial por parte de los Jueces, en su momento conlleva un grado de dificultad, ya que para establecer el argumento se plantea la interrogante ¿Qué entenderemos por Activismo Judicial? y ¿Qué tipo de Activismo Judicial aplica la Sala de lo Constitucional en sus resoluciones?

Para darle repuesta establecimos en el capítulo II de la presente investigación diferentes nociones en conceptos que se adecuan a la realidad jurídica en estudio, determinando que el Activismo Judicial será la aplicación de ciertos criterios o indicadores innovadores de la Teoría – Doctrina Jurídica para resolver problemas jurídicos planteados por los Ciudadanos en el nuevo protagonismo de los Jueces en resolver aspectos complejos de la realidad jurídica, política y social en general. Es necesario para su legitimación del Activismo que se pronuncie bajo los límites que la misma Constitución establece, en la garantía y protección de los Principios, Valores y Derechos Fundamentales contenidos en la Constitución; se podrá aplicar el ejercicio Activista Judicial Positivo o Correcto, en todos aquellos casos en los cuales el Juez o Magistrado justifique y legitime su actuación, mediante la argumentación y aplicación la Interpretación Jurídica adecuada el caso.

Se ha verificado y comprobado la Hipótesis Específica número dos, define que la Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en materia Electoral para que respete la División de Poderes debe

de sujetar entre los Poderes del Estado, apostando sus resoluciones a tutelar la Seguridad Jurídica, las Sentencias Activistas en materia Electoral respetaron el Principio de División de Poderes, ya que al ejercer los Controles Constitucionales, la finalidad de la Sala es proteger el Orden Constitucional, frente a la función de los Frenos y Contrapesos por parte de la Sala en ejercer un Control Constitucional del Poder, se potencio o reforzó el sistema de Frenos y Contrapesos, ya que el rol de un Tribunal Constitucional es el control los Actos Políticos. El Activismo Judicial que es garante en la defensa y protección de los Derechos Fundamentales, no debe de llegar al punto de sustituir o invadir las competencias de otros órganos, se sujeta entre los Poderes del Estado mediante el Principio de Corrección Funcional, es síntesis la separación de funciones entre diversos Órganos dentro de una República, en una Democracia frente al Estado Constitucional de Derecho cada Órgano tiene una Competencia y función en específico. Si bien colaboran entre sí, la Constitución establece que es la función que a cada uno corresponde marco específico normativo.

En el enfoque de un Estado Constitucional de Derecho, se ha contribuido en fortalecer y potencializar la Seguridad Jurídica, comprendiendo como Categoría Constitucional Tríadico (Principio, Valor y Derecho Fundamental); frente a las Sentencias de Inconstitucionalidad Activistas en materia Electoral se contribuye en garantizar la Corrección Funcional del Legislativo e Instituciones de naturaleza Jurisdiccional (TSE), en la emisión de normativa que regula el Sistema Electoral, no exceda las atribuciones y su ejercicio que le confiere la Constitución; por parte del TSE sus actos y pronunciamientos, están bajo el Control del Orden Constitucional que pertenece a la Sala, siendo su finalidad proteger el Orden Constitucional Electoral a margen de lo que diga el Orden Legal Electoral.

Se comprobó Hipótesis Específica número tres, establece cual clase de Activismo Judicial, es la que asume la Sala de lo Constitucional, se define un Activismo Positivo, en el avance la investigación se establece la postura Activista de la Sala, siendo la aplicación de un Activismo Judicial Contemporáneo, Positivo, el cual es Garante y respetuoso de los Derechos Fundamentales potencializándolos al aplicar el ejercicio Activista, este se realiza bajo los límites que la misma Constitución le dictamina y los mismos Principios Jurídicos (Principio de Corrección Funcional, Congruencia y la misma Seguridad Jurídica) que garantizan la aplicación de un Activismo Positivo. Analizamos el aspecto de aplicación del Activismo Positivo se logra ampliar el margen

de Control de las actividades del Estado a fin que no existan zonas exentas de Control de Constitucional. La Jurisprudencia Constitucional en diferentes ocasiones se ha pronunciado sobre la actividad que la Sala realiza para efectivizar los límites Constitucionales, implicando también el Control de dichos actos, es determinante que ante una posible infracción de esos límites (vulneración o agravio de Derechos Fundamentales en la aplicación de una norma Inconstitucional) sean actualizados por la Jurisdicción Constitucional, potencializando la idea que no es la Sala la que limita el Poder Político del Estado, sino que Legítimamente por mandato Constitucional lo hace, **ya que no se pueden dejar zonas exentas del Control Constitucional**, por ello el Tribunal Constitucional afirma su competencia fallando en casos como nombramientos de funcionarios de Segundo Grado por ejemplo.

Es necesario comprender la Doctrina Contemporánea lo que hay es una Separación Orgánica de las Funciones, y en esa separación de las Funciones de cada Órgano del Estado, la finalidad de la Sala es proteger el Orden Constitucional. Traduzcamos lo anterior a ejemplos de la labor de la Sala al hablar de Sistemas Electorales, cuando la Sala lo realiza protege el Orden Constitucional, desde una perspectiva estrictamente objetiva, porque han sido mediante Inconstitucionalidades los cambios más sensibles (cambios al Sistema Electoral Salvadoreño, Reconcomiendo y expansión de Derechos Políticos de los Ciudadanos frente a los Partidos Políticos, Control de nombramientos por parte de la Asamblea Legislativa de funcionarios de Segundo Grado, por decir algunos) El contraste es puramente normativo, simplemente incompatibilidad normativa, entonces en esos casos la Sala, lo que realiza es ejercer sus Competencias en protección del Orden Constitucional, al margen de que en el ejercicio de sus Competencias tenga en principio meterse “en Competencias de otros Órganos del Estado”, por el mismo enfoque de Separación de Poderes, afirmamos que la Sala, ha sido respetuoso en la Corrección Funcional no interviniendo en las Competencias de los demás Órganos del Estado.

Se verifico la Hipótesis Especifica número cuatro, la cual establece la integración de la Sala de lo Constitucional (periodo 2009-2018) se caracterizó por un elevado Activismo Judicial. En efecto se determinó en la investigación, mediante el estudio de las resoluciones Activista, definiendo el Grado de Intensidad Activista de cada una de las Sentencias evidenciadas en el contexto de la Jurisprudencia Activista Judicial Electoral, llegando a concluir que la Magistratura del Periodo

2009-2018 se caracterizó por la aplicación del Activismo Judicial en Sentencias de Control de Inconstitucionalidad en materia Electoral “Medio a Intenso”.

Para determinar el grado de Activismo Judicial de la Sala de lo Constitucional en materia Electoral entre Leve, Medio e Intenso fue necesario establecer Doctrina Jurídica observando aspectos como la ampliación del objeto del control, el método Interpretativo y la Concepción de la Argumentación por parte del Tribunal y finalmente tipos de Sentencia y sus efectos; a la vez, se confirmó el elevado Activismo Judicial, con la realización de entrevistas a Colaboradores y Ex Magistrados que formaron parte de la Magistratura en Estudio. Al realizar el análisis de los resultados de esas entrevistas, se determina que coinciden en sus opiniones que el Grado de Activismo Judicial por parte de la Sala de lo Constitucional en pronunciamientos de Control de Constitucionalidad en materia Electoral evidenciado se establece entre Medio-Intenso, confirmando la postura que fue establecida en la presente trabajo de investigación.

#### LOGRO DE OBJETIVOS:

Hemos podido lograr el Objetivo General del tema de investigación, ya que se analizan los contenidos Teóricos del Activismo Judicial a la luz de la concepción Postpositivista y Neoconstitucionalista del Derecho, en un enfoque de los Derechos Fundamentales, el cual es desarrollado en el Capítulo II. Por otra parte, se analizó y desarrolla el contenido Doctrinario del Activismo Judicial, empezando con sus antecedentes, origen y evolución histórica, concepto, naturaleza jurídica, características, tipos de Activismo Judicial y Activismo Judicial aplicando en la Sala de lo Constitucional en el Capítulo II.

Sin olvidar un eje central de la investigación, el análisis Jurisprudencial del Activismo Judicial en materia Electoral; la idea anterior se desarrolló en el Capítulo IV en el contexto de la Jurisprudencia Constitucional Activista Judicial Electoral, periodo 2009-2018, mediante la presentación, análisis e identificación de esas Sentencias Activistas. La finalidad del objetivo general es evidenciar los límites que hacen posible o factible la protección de los Derechos Fundamentales en materia Electoral. En ese orden, se desarrollaron temarios: Límites del Activismo Judicial en la actuación Jurisdiccional Constitucional, Activismo Judicial frente a Derechos Fundamentales, pertenecientes al Capítulo III, y para finalizar en el Capítulo IV se desarrolla una reflexión sobre un Activismo Judicial Positivo o “Bueno”: Límites y Garantías frente al Estado Constitucional de Derecho. Sin

dejar de lado, que en el Capítulo V en la presentación de las entrevistas a Colaboradores y ex Magistrados que conformaron la Magistratura 2009-2018 en estudio evidenciaron los límites que hacen posible la protección de Derechos Fundamentales en materia Electoral.

Otro de los logros que se ha podido establecer es que el Objetivo Especifico número uno, establecer cuando los Tribunales Judiciales dentro de sus resoluciones, se hacen factible la aplicación de resoluciones Activistas en materia Electoral. Para lograr lo anterior, establecemos en el Capítulo I en el Planteamiento del Problema lo siguiente: en la práctica del Derecho Judicial cuando se aplica el Control de Constitucionalidad, por parte de la Sala en la aplicación de la Constitución, en Garantizar el Respeto de los Derechos Fundamentales, es necesario actuar bajo los Límites que la misma Constitución establece. Lo anterior, será necesario la aplicación de resoluciones Activistas generando en la Judicatura la función Judicial cada vez más protagonista la labor del Juzgador Activista. En caso concreto las concepciones según la mayoría de Tribunales Constitucionales establecen que sobre la Interpretación de las disposiciones Constitucionales Indeterminadas, los Jueces deben dotar de contenido sus resoluciones para su aplicación, esto provoca un mayor protagonismo del Órgano Judicial sobre las demás Poderes de Estado.

Por otra parte, en el Capítulo II y III, se analizan los contenidos Teóricos Jurídicos en el cambio de paradigma de un Positivismo Jurídico, en cual los Jueces seguían el Tradicionalismo al aplicar la norma en su literalidad al caso en concreto, no daba lugar a un Activismo Judicial, a contrario sensu a un Postpositivismo Jurídico el cual otorga un mayor protagonismo a la Judicatura en la misma creación del Derecho, mediante la Jurisprudencia Constitucional. Conforme a los aspectos Doctrinarios del Activismo Judicial frente al Constitucionalismo Contemporáneo, el nuevo rol de la Justicia Constitucional, los nuevos Métodos de Interpretación Constitucional modernos, la Legitimidad de la Justicia Constitucional en el ejercicio Activista Judicial, la Judicializacion de la Política y los mismo Indicadores aplicables que definen una Sentencia Judicial Activista, Legitiman la aplicación del Activismo Judicial en la función del mismo Derecho Judicial.

El segundo Objetivo Específico se cumple, este se desarrolla en identificar cuando la Sala de lo Constitucional dentro de sus mandatos de optimización, es garante del Principio de División de Poderes y tutela de un Estado de Derecho; en las resoluciones que manifiesten Activismo Judicial en materia Electoral. En ese orden de ideas, establecemos en el Capítulo III, la aplicación y

desarrollo del Activismo Judicial en los Tribunales Constitucionales, enfocándonos cuando será factible aplicar el ejercicio Activista por parte de la Sala en sus resoluciones, sobre Legitimar Constitucionalmente el ejercicio Activista, asumiendo el nuevo rol protagonista de la Judicatura, en resolver las acciones de Control de Constitucionalidad en materia Electoral presentadas por los Ciudadanos ante un agravio en la aplicación de una norma Inconstitucional frente a sus Derechos Fundamentales y en específico los Derechos Políticos y Electorales que la normativa Constitucional les garantiza. Podemos encontrar definido a profundidad en los temarios: Activismo Judicial frente a Derechos Fundamentales, Judicialización de la política.

Ahora bien, conforme en garantizar el Principio de División de Poderes en un Estado de Derecho, llegamos a comprender lo siguiente: conforme al cambio de paradigma de la Teoría Jurídica de un Positivismo Jurídico a un Postpositivismo Jurídico. A la vez, los mismos cambios históricos y evolución del mismo Derecho se dejan atrás la idea de un Estado Legal de Derecho, a dar paso al Constitucionalismo, cimentando un Estado Constitucional de Derecho. En ese orden de ideas se entienden la División de Poderes, como la separación orgánica de las funciones que la Constitución les establece a cada Órgano o Institución. Para estudiar a mayor profundidad, encontramos en los temarios: Aplicación de Principios Judiciales en función Garante de un Activismo Judicial Positivo, ahí se establece el Principio de División de Poderes frente al ejercicio Activista, la Corrección Funcional y como Las Sentencias Activistas en materia Electoral respetaron el Principio, ya que al ejercer los Controles Constitucionales, la finalidad de la Sala es proteger el Orden Constitucional.

Llegamos al tercer Objetivo Específico cumplido, en estudiar las diferentes resoluciones Judiciales en las cuales se identifique el Activismo Judicial Positivo o Negativo en ámbito Jurisprudencial en materia Electoral. Advertimos en comprender que la Sala de lo Constitucional al aplicar el ejercicio Activista en sus resoluciones, aplica un Activismo Positivo o Correcto, con influencias del Activismo Judicial Contemporáneo, que es garante y respetuoso que potencializa los Derechos Fundamentales. De esta manera, se descarta que la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018, en algún momento aplique un Activismo Negativo con efectos antidemocráticos; en específico lo podemos encontrar en el Capítulo II con los temarios Activismo Judicial Contemporáneo y Activismo Judicial Positivo y Negativo, Activismo Judicial aplicado en la Sala de lo Constitucional. Para finalizar, en el Capítulo IV con el temario: Presentación, Análisis e

Identificación de Sentencias de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional, en materia Electoral, periodo 2009-2018 estudiamos las resoluciones en las cuales se identifica el ejercicio Activista Judicial Positivo por parte de la Magistratura Constitucional en estudio.

Para finalizar logramos con éxito el Objetivo Especifico número cuatro el cual establece: Determinar el grado de Activismo Judicial de la Sala de lo Constitucional en materia Electoral entre Leve, Medio e Intenso; en el estudio de diferentes resoluciones. Para ello, primeramente establecimos el temario: Grados Aplicables del Ejercicio Activista Judicial, un enfoque tríadico definido en: Leve, Medio e Intenso. Establecemos una serie de parámetros para determinar un grado Activista entre “Medio – Intenso”, por ejemplo: **(I)** La ampliación del objeto del control, **(II)** El método Interpretativo y la Concepción de la Argumentación por parte del Tribunal y finalmente **(III)** El tipo de Sentencia y sus efectos; llegando a uno de los temas centrales de la investigación, el Capítulo V, en la realización de entrevistas a Colaboradores y Ex Magistrados que formaron parte de la Magistratura en Estudio.

Al realizar el análisis de los resultados de esas entrevistas, se determina que coinciden en sus opiniones que el Grado de Activismo Judicial por parte de la Sala de lo Constitucional en pronunciamientos de Control de Constitucionalidad en materia Electoral evidenciado se establece entre Medio-Intenso, confirmando la postura que fue establecida en la presente trabajo de investigación. Sin olvidar, la presentación de estudio de las resoluciones Activista, establecidas en el Capítulo IV, en el temario: Presentación, Análisis e Identificación de Sentencias de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional en materia Electoral periodo 2009-2018, ahí definimos el Grado de Intensidad Activista de cada una de las Sentencias que se establecemos en un estudio individualizado, que se evidencia el contexto de la Jurisprudencia Activista Judicial Electoral en estudio.

## **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.**

### **CONCLUSIONES**

Como grupo de investigación sobre la temática Activismo Judicial en la Jurisprudencia Electoral de la Sala de lo Constitucional, periodo 2009-2018. Establecemos las siguientes conclusiones:

Respecto en comprender el Activismo Judicial como institución jurídica en su momento desarrollamos diferentes conceptos de autores especialistas en el tema; sin olvidar, los pronunciamientos de los entrevistados sobre el Activismo. Es de nuestra opinión concluir que el Activismo Judicial se define como un concepto neutral en su tipología frente a la aplicación del ejercicio Activista por parte de la Judicatura en las resoluciones judiciales. En específico las Sentencias sobre Control de Constitucionalidad pronunciadas por la Sala de lo Constitucional; en el sentido, de la óptica o posición en la que nos encontremos se determina la clase o tipo de ejercicio Activista aplicado. En caso concreto las Sentencias innovadoras en materia Electoral de la Magistratura 2009-2018, en sus pronunciamientos realizaron ciertos pronunciamientos en reformas al Sistema Electoral Salvadoreño; en el sentido, de dar un nuevo rol protagonista a los Ciudadanos en la Democracia. Para ello, acudimos al análisis jurídico realizado a la Función de la Justicia Constitucional, en la cual observamos el reconocimiento en potenciar los Derechos Políticos de los Ciudadanos respecto a su Legitimación directa en la Democracia, a través del voto.

Si entendemos, la postura anterior en una coyuntura histórica, eran necesarias dichas reformas al Sistema Electoral salvadoreño, en priorizar al Ciudadano, el pueblo; en donde se encuentra el Poder, en el contexto de un Sistema Democrático frente a los partidos políticos. Siendo la misma omisión por parte de la Asamblea Legislativa, en no realizar las reformas que los Grupos Sociales y los Ciudadanos exigían que se les reconociera como una deuda histórica en el ámbito Político-Electoral. Ahora bien, concluimos que la Ciudadanía al ejercer su Derecho de Acción se presenta ante el Tribunal Constitucional para que conozca de actos, omisiones y normativa contraria a la Constitución y que de alguna manera, vulnera, agravia sus Valores, Principios y Derechos Fundamentales positivizadas en la norma Constitucional.

Siendo el deber de la Sala de lo Constitucional, resolver esas peticiones y creando una cultura jurídica de respeto hacia la Constitución, para lograr ese fin la Sala aplicó el ejercicio Activista

Positivo o Correcto, respetuoso a los límites Constitucionales y justificando sus precedentes mediante Argumentación, métodos de Interpretación Constitucional que mejor se adecue al caso en concreto, aplicación de Principios y Valores Constitucionales, sin dejar de lado Garantismo Procesal y Legitimando Constitucionalmente y Democráticamente su Jurisprudencia.

En algún momento la Sala de lo Constitucional en sus pronunciamientos innovadores se extralimito en la aplicación del ejercicio Activista, y que por lo tanto en el desarrollo y análisis de las Sentencias como también en las entrevistas realizadas a los profesionales del derecho dando a conocer en que sentencias se pone en manifiesto esa extralimitación, por ende esas extralimitaciones fueron enmarcadas a dar a conocer un Activismo Judicial Negativo y lo evidenciamos desde un punto de vista neutral del deber ser de la Constitución, pues como ya sabemos será Negativo cuando el mismo no respete los límites que manda la misma Constitución a la Sala de lo Constitucional. Concluiremos en la importancia del ejercicio Activista Judicial Positivo, resultando ser una herramienta en la administración de Justicia, que fue retomada por parte de la Sala de lo Constitucional para potenciar, reconocer y ampliar el Ordenamiento Jurídico, por supuesto en la misma Constitución, dando así a los Ciudadanos salvadoreños un reconocimiento de verdaderos Soberanos.

### **TEORÍA-DOCTRINARIA.**

1. Ciertamente desde la creación de los Tribunales Constitucionales bajo la línea de Hans Kelsen, se mantiene a través del pasar de los años hasta nuestros días esa línea de pensamiento, la existencia de un Tribunal Constitucional con las características de ser Independiente y Autónomo (separado del Ejecutivo y Legislativo) en su administración de Justicia, el mismo dotado con la facultad de llevar el Control de Constitucionalidad de la mismas Ley Suprema. concluimos que es de vital importancia el respeto del Principio de Frenos y Contrapesos; es decir, la no interferencia o manipulación de otros Poderes o particulares, si no es por mandatos y facultades Constitucionales; y dichas facultades que el filósofo austriaco se le ha atribuido a dicho Tribunal, se mantengan firme y fielmente en la protección de la Constitucionalidad.
2. Concluimos respecto a los Derechos Fundamentales, que, para muchos Doctrinarios el Tribunal Constitucional tiene la atribución de proteger, potenciar y reconocer Derechos

Fundamentales cuando estos últimos no se encuentren establecidos explícitamente en el marco Constitucional, somos de esa idea que los Derechos refiriéndolos a los fundamentales no se encuentran a un cien por ciento establecidos positivados dentro de la Constitución, y es necesario reconocerlos y adecuarlo respecto aún territorio determinado, o actualizar estos mismos Derechos a nuestras propias realidades resulta ser una tarea indispensable de dicho Tribunal, pues consientes somos que las realidades no son estáticas y las mismas son cambiantes; de esto último da la necesidad de reconocer Derechos Fundamentales o actualizar estos mismos.

3. Según la Doctrina analizada se concluye que el ejercicio Activista tiene ciertos límites, y que estos límites lo podremos ver de manifestados en la misma Constitución de la República, esto significa que toda actuación de la Sala de lo Constitucional se debe ajustar a los mandatos Constitucionales.
4. De acuerdo a las corrientes de pensamientos estudiadas para estructurar y desarrollar nuestra investigación concluiremos, que tanto el Postpositivismo como el Neoconstitucionalismo posibilita un comportamiento Activista a los Tribunales Constitucionales, porque de ellas se retoma la importancia de ir transformando el Derecho hacia nuevos paradigmas; individualizando cada corriente y refiriéndolos en primer lugar al Postpositivismo notamos la necesidad de esta corriente de pensamiento tomando en cuenta que de ella se obtiene la ponderación de la norma dejando por un lado el método de la subsunción, de igual forma se incorporan Principios y Valores los cuales vienen a ser necesarios para la aplicación del Derecho. En cuanto al Neoconstitucionalismo, se retoma con una visión muy importante dentro de la esfera Constitucional, porque en relación a la misma es donde se nos pone de manifiesto de ir mejorando y transformando los Derechos Constitucionales relacionados a ciertas colectividades sociales, pero hay que ser un tanto cautelosos con relación a estas mismas, tomando en cuenta el caso más reciente que sucedió en Ecuador, donde la Corte Constitucional de este país pretende pasar de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, dejando por un lado la bases legales y resolviendo a solamente a base de Principios, en este sentido se llega a la conclusión que es necesario ir transformando el Derecho sí, pero también estas mismas transformaciones deben ir aparejadas y en relación con los Derechos ya Positivados, es decir, con el Positivismo Jurídico.

## JURIDICAS.

1. Refiriéndonos al Activismo Judicial que la Sala de lo Constitucional jugó en materia Electoral, el período 2009-2018, para una gran parte de la comunidad jurídica ese Activismo representó abuso de poder por parte de los Magistrados; para otros al contrario, comparten la idea que fue necesario que la misma Sala pusiera de manifiesto esa Independencia Judicial de no ceñirse a ningún de los Poderes del Estado y administrará Derechos según la Constitución.
2. En relación al análisis que se realizó a ciertas Sentencias de Inconstitucionalidad, se puede notar que el ejercicio de administrar Justicia por parte de la Sala de lo Constitucional se dio en relación al Art. 172 inc. 3 C.n, dejando ver esa Independencia del Ejecutivo y el Judicial, sometiendo exclusivamente a la mismas Constitución.
3. De acuerdo al Art. 183 C.n, la Sala de lo Constitucional será el único Tribunal encargado de declarar la Inconstitucionalidad de Leyes, Decretos y Reglamentos. Así se menciona expresamente, pero concluimos que esa facultad de declarar una Inconstitucionalidad se puede ampliar a todos aquellos actos que se reviven de la misma Constitución emanados por parte de los otros Órganos de Gobierno.
4. Retomando el Art. 1 C.n, donde se menciona que El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, y trayendo a cuenta las Sentencias que se analizaron para desarrollar este trabajo de investigación, llegaremos a la conclusión que en efecto, la Sala de lo Constitucional que precedió el período 2009-2018, potenció la práctica de este Artículo mencionado retomando y priorizando al ciudadano frente a los partidos político.
5. Ciertamente que tenemos un ordenamiento jurídico muy extenso en cuanto a la regulación de distintas materias, pero debemos de tomar en cuenta que no hay una ley perfecta, y resulta muy difícil el prever a un cien por ciento determinadas circunstancias dentro de una sociedad en sí; entonces el juzgador, al momento de que se presente estas antinomias y lagunas, el mismo tendrá que ceñirse para resolver de acuerdo a la Constitución respetando Derechos Fundamentales de las personas, en estas situaciones es donde toma protagonismo el Activismo Judicial, el mismo que tendrá que ser Positivo garante, en respeto a la Constitución.

## EN RELACIÓN AL ACTIVISMO JUDICIAL.

1. Como primer punto podremos decir que es necesaria la aplicación del Activismo Judicial por parte de la Sala de lo Constitucional, para dar un reconocimiento a los Ciudadanos de ciertos Derechos Políticos o expandiendo estos mismos para un mayor auge a la Democracia popular, como también se dio en otras áreas del Derecho; se logró también que los Ciudadanos sean los sujetos que marcan la agenda de las decisiones políticas y no a la inversa como se mantenían que los Ciudadanos eran utilizados como objetos para llegar al Poder de los partidos políticos.
2. También se puede decir que los Tribunales Constitucionales retomaran decisiones Activista siempre y cuando el reconocimiento o expansión de Derechos traiga consigo el mayor grado de satisfacción en cuando a derechos se refiere de los Ciudadanos, pues para estos último serán los protagonistas de los Derechos que se les reconozca
3. Concluimos en relación al Principio de Frenos y Contrapesos, como ya sea venido conociendo, que dicha Sala de lo Constitucional es garante en el respeto de dicho Principio y lo pone de manifiesto cuando constitucionalmente controla los otros Órganos de Estado y es así como hay una tutela en la protección de los Derechos Fundamentales consolidando el Estado Constitucional de Derecho.
4. Según las conclusiones que hemos llegado una vez fueron abordadas y analizadas las diferentes Sentencias de Inconstitucionalidad, y si bien es cierto, hay Sentencias en materia Electoral donde se ve manifestado ambos tipos de Activismo Judicial, en primer lugar diremos que el Activismo *Judicial positivo*, respetuoso de los Derechos Fundamentales y de la Constitución de la República, es el que más se ve de manifiesto en las resoluciones pronunciadas por la Sala de lo Constitucional; en segundo lugar, también se manifiesta un *Activismo Judicial Negativo*, como ya lo hemos evidenciado dentro de la estructura de la presente investigación, el mismo resulta ser un tanto peligroso porque no respeta los límites de la Constitución.
5. Después de estudiar once Sentencias de Inconstitucionalidades en materia electoral, podemos concluir diciendo que el Grado de Aplicación del ejercicio Activista Judicial que existe en ellas oscila entre Medio e Intenso, lo cual se colige de los indicadores que menciona el profesor Crithian Courtis.

## **EN LA SOCIEDAD.**

Para concluir refiriéndonos a la sociedad podremos decir que es esta misma la que se vio beneficiada en la aplicación del Activismo Judicial por parte de la Sala de lo Constitucional, tomando en cuenta que según las Sentencia que se pronunciaron respecto de los Derechos Políticos fueron estos mismo potenciados para que los Ciudadanos tengan un mayor protagonismo en las toma de decisiones, Art.78 Constitución, que se los votos sean libres, directos e igualitarios, para todos los Ciudadanos en general.

## **RECOMENDACIONES.**

### **A LA COMUNIDAD JURÍDICA.**

Claramente que los intereses que nos pueden mover son muy distintos, y, en ese sentido, se puede apoyar o atacar una postura de cierto Órgano de Estado, y, por ende, las opiniones que se dejan escuchar con relación al Activismo Judicial que la Sala de lo Constitucional realizó en la Magistratura 2009-2018, entre los colegas son en ambas posturas, unos qué dirán es un Activismo Positivo o Correcto, otros que es un Activismo Negativo. Las recomendaciones que se plantean son las siguiente: cuando uno va hacer algún tipo de valoración tiene primero que tener un conocimiento suficientemente crítico para saber claramente de lo que se está tratando, posterior a esto, verificar si dichas resoluciones contrastan con la Constitución mismas, pues como ya se dijo los mismos límites del Activismo es la Constitución misma.

### **A LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL.**

Le recomendamos a los Magistrados sean más Activistas, no tengan miedo en pronunciar Sentencias innovadoras, siempre respetando los límites Constitucionales en garantizar y proteger los Derechos Fundamentales; y háganlo, en pro de reconocer, actualizar o ampliar más Derechos Fundamentales. Sigán poniendo de manifiesto el principio de los frenos y contra pesos, aplicando este mismo a los otros órganos de gobierno para seguir consolidando un Estado de Derecho; la Independencia y la aplicación de la Constitución sea de acuerdo al art. 172 inc. 3 sea persistente en sus funciones como máximo Tribunal Constitucional.

## **A LA SOCIEDAD EN GENERAL.**

- 1) Claramente que las sociedades son el motor que mueve una nación, y una sociedad pasiva está destinada a ser violentada por los poderes constituidos, si la misma no tiene las agallas de reclamar sus Derechos. Las luchas por nuestros Derechos Fundamentales deben ser contantes para que los mismos sean perdurables en el tiempo, pero para esto necesitamos una sociedad crítica, dejando a tras los fanatismos ideológicos, solo así podremos obtener un significativo avance, conquista y protección de nuestros Derechos Políticos-Electorales.
  
- 2) En esta oportunidad hacemos la invitación al pueblo salvadoreño pensante, trabajador, que no doblegarse ante nada ni ante nadie, para toda violación de materia Constitucional, reclamemos nuestro derecho ante la Sala de lo Constitucional y si la misma Sala sigue violentando ese derecho, acudamos a los organismos internacionales para que se condene al Estado de El Salvador.
  
- 3) Por último, a la Sociedad se le recomienda que cuando se estén violentando gravemente Derechos Fundamentales, el pueblo Salvadoreño está llamado a la insurrección ante la misma Sala de lo Constitucional, porque la misma no es garante con sus funciones Constitucionales.

## **AL ESTADO SALVADOREÑO.**

- 1) El estado salvadoreño en sí, debería trabajar de acuerdo a sus funciones y no de acuerdo a lo que sucedió con el pasado gobierno que acusaron fielmente de que la Sala de lo Constitucional de ser una Sala imparcial, que se dedicaba solo a atacar al partido, pero ciertamente que en las resoluciones que se dieron en materia electoral así debieron ser dictadas.
  
- 1) En este sentido, el trabajo entre ambos órganos se hará en respeto del principio de pesos y contra pesos y es como debe de caminar en un Estado de Derecho; y por supuesto, fomentar la protección de los derechos fundamentales a través de sus ministerios públicos.

**A LA UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.**

- 1) Que al igual como se le recomendó a la sociedad, se le hace una invitación a la Academia de no quedarse cayada ante cuestiones donde se ponen en juego Derechos Fundamentales; en este sentido, éste mismo ente debe ser crítico para cuestionar las decisiones que emanen de la Sala de lo Constitucional, pronunciándose al respecto, porque de esta forma la Academia estará cumpliendo los fines que misma Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador, establecido en el Art. 3 Literal c), *deberá de realizar investigaciones filosóficas científicas sobre la realidad nacional*, en este sentido la Academia no debe omitir este fin quedándose cayada ante estas situaciones, al contrario deberá de estar muy pendiente y en constante pronunciamiento sobre los mismos..
  
- 2) Que la formación en cuanto de los estudiantes de carrera de Ciencias Jurídicas se les fomente la importancia de ser críticos ante las Sentencias, que sean relevantes y generen impacto en el ámbito nacional, esta mismas sentencias sean analizadas y discutidas entre los docentes y estudiantes; de esta manera se tendrá un efectivo cumplimiento a otro de los fines establecido en la Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador, establecido en el Art. 3 Literal b), *la formación de profesionales capacitados moral e intelectualmente para desempeñar funciones que les correspondan en la sociedad.*

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

- **ALEXY, Robert.**, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, (reimpresión), Madrid, España, año 2002.
- **ALEXY, Robert.**, *Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, año 2007.
- **ALEXY, Robert**, “*La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático*”, *Derechos y libertades*, número 8, Madrid, España, enero-junio del año 2000.
- **ALEXY, Robert.**, *Justicia como Corrección\**, Universidad Christian Albrecht de Kiel, Alemania, traducción de Ana Inés Haquín, publicado en *Ragion práctica*, año 1997.
- **ALDUNATE LIZANA, Eduardo.**, *Aproximación Conceptual y Crítica al Neoconstitucionalismo*, *Revista de Derecho*, Volumen. 23, número 1, Julio 2010, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.
- **AGUILÓ REGLA, Josep.**, *Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*, Universidad de Alicante, España, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007), ISSN: 0214-8676, pp. 665-675.
- **ARTIGA-GONZÁLEZ, Álvaro.**, *El sistema político salvadoreño*, UCA Editores en conjunto con Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo PNUD, El Salvador, 2015, ISBN 978-99923-55-56-5.
- **ARAGÓN REYES, Manuel** “*Legislación Electoral comparada y garantías jurídicas del proceso electoral*”, *Elecciones y Democracia en America Latina*, San José, Costa Rica, IIDH-CAPEL, año 1988.
- **ATIENZA, Manuel.**, *El sentido del derecho*, Barcelona, España, Editorial Ariel, año 2001.

- **ALCHOURRÓN, Carlos.**, “*Sobre Derecho y Lógica*”, Editorial Isonomía, México D.F, México, núm.13, año 2000.
- **BLASCO SOTO, Maria del Carmen.**, *La Sentencia en la cuestión de Inconstitucionalidad*, Editorial Bosch, Barcelona, España, año 1995.
- **BERNAL PULIDO, Carlos.**, *Los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios. ¿Es la Teoría de los principios la base de una Teoría adecuada de los Derechos Fundamentales de la Constitución Española?*, DOXA 30-2007, cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, año: 2007.
- **BERNAL PULIDO, Carlos.**, *Estructura y Limites de la Ponderación* DOXA 26/2007, cuadernos de Filosofía del Derecho; Universidad Externado de Colombia, Bogotá, año: 2007ISSN.: 0214-8676.
- **BERTRAND GALINDO, Francisco;** y otros. Et al. *Manual de Derecho Constitucional*, 2º Edición, Tomo I, San Salvador, El Salvador, Talleres Gráficos UCA, año 1996, ISBN 84-89544-02-6.
- **BRENES VILLALOBOS, Luis Diego;** *El rol político del Juez Electoral*, San José Costa Rica, Tribunal Supremo de Elecciones, Instituto de formación y Estudios en Democracia, año 2012; P. 352. ISBN 978-9968-907-70-5.
- **CAMPOS SILVA, Javier Arturo;** (2014), “*La Interpretación Jurídica*”; octubre 2014; documento extraído de los archivos de docencia de Miguel Carbonell, en la página: <http://www.miguelcarbonell.com/docencia/>.
- **CARBONELL, Miguel.**, *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis...*- en Carbonell (Miguel) y García Jaramillo (Leonardo) eds. *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, México, año 2010.

- **CARBONELL, Miguel.,** *Derechos Fundamentales Y Activismo Judicial En America Latina*, IJ-UNAM, Derechos procesal Constitucional, Volumen II, Tomo I, Bogotá Colombia, Marzo de 2011.
- **CARBONELL Miguel.,** *Derechos Fundamentales y Activismo Judicial en America Latina*, Editorial Trotta, México D.F, México año 2010.
- **CARBONELL, Miguel.,** *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Madrid, España, año 2007.
- **CEA EGAÑA, José Luis.,** *Estado Constitucional de Derecho, nuevo paradigma Jurídico*, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México D.F, México año 2005.
- **CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR.,** D.C. No. 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. No. 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.
- **COMANDUCCI, Paolo.,** (1996) “*Modelos e interpretación de la Constitución*”, Universidad de Génova, del texto de una conferencia titulada <<Interpretación de la Constitución>> de 1996 en la Facultad de Derecho de Ciudad de Buenos Aires.
- **COMANDUCCI, Paolo,** “Formas de Neoconstitucionalismo; un análisis metateórico”, traducción de Miguel Carbonell, en Revista Isonimia, N°16, Madrid, España, abril 2010.
- **CORTE INTERAMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS,** caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 6 de agosto de 2008.
- **COUSO, Javier.,** (2004): “*Consolidación democrática y Poder Judicial: Los riesgos de la judicialización de la política*”, en Revista de Ciencia Política (Vol. XXIV, N°2) pp. 29-48 [Fecha de consulta: 4 de noviembre de 2009]. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v24n2/arr02.pdf>.

- **COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra Y SIEDER, Rachel.,** eds. *Cultures of legality: judicialization and Political activism in Latin America*, Cambridge University Press, New York, Estados Unidos, año 2010.
- **COURTIS, CRISTHIAN.,** “*La legitimidad del Poder Judicial ante la ciudadanía*”, en *Nexos*, número 329, mayo, México D.F, México, año 2005.
- **DIAZ RICCI, Sergio.,** “*Necesidad de un Código Procesal Constitucional*” *Instrumento de tutela y Justicia Constitucional*, memoria del VII congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM 2002. [www.derechocambiosocial.com/Revista002/Proceso.htm](http://www.derechocambiosocial.com/Revista002/Proceso.htm). Consultada el 22 de julio de 2019.
- **DIETER, Grimm.,** *Constitución y Política* (Traducción de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte; Del Rey), Brasil, año 2006, Pp.14-16 passim.
- **DORADO PORRAS, J.,** *El Debate sobre el Control de Constitucionalidad en los Estados Unidos. Una polémica sobre la interpretación Constitucional*, Madrid, España, Dykinson, año 1997.
- **DU PASQUIER., Claude.,** "Introducción al Derecho". Editorial Juridica Portocarrero SRL. 5ª edición Lima, 1994.
- **DUEÑAS RUIZ, Oscar José.,** *Lecciones de hermenéutica jurídica*, Editorial Universidad del Rosario, Rosario, Colombia, año 2008.
- **DWORKIN, Ronald.,** *Los Derechos en serio*, Barcelona, España, Editorial Ariel, Edición año 2012, ISBN 97884344054462.
- **EPP, Charles R.,** *The Rights revolution, Lawyers, activists and Supreme Courts in comparative perspective*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, Estados Unidos, año 1998.
- **ESTEVEZ VERGARA, Jorge.,** *La Concepción de la Democracia Deliberativa de Habermas*, Quorum Académico, Vol.2, N°2, Julio-Diciembre año 2005, Pp.72-88.

- **FABRA ZAMORA, Jorge Luis.,** (2009) Blog de la Sociedad de Paradigmas Emergentes en Derecho y Filosofía del Derecho - Society Emerging Paradigms in Law and Legal Philosophy. Más información sobre la Sociedad, en, <https://sites.google.com/view/paradigmas-emergentes/home> Administrado por Jorge Luis Fabra Zamora.
- **FAVOREU, Luis Joseph.,** (como lo citó Prieto Sanchís 2001) “Los Tribunales Constitucionales”, en Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado (coords.): La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica (Madrid Dykinson 1997), pp 103.
- **FEOLI VILLALOBOS, Marco.,** *El nuevo protagonismo de los Jueces: una propuesta para el Análisis del Activismo Judicial*, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Vol.22, numero.2, 2015, pp.173-198, fecha de recepción: 26 de noviembre de 2014, fecha de aceptación: 27 de febrero de 2015, por la Universidad de Salamanca, España.
- **FEOLI VILLALOBOS, Marco.,** *Activismo Judicial Constitucional: Los Casos de Colombia y Costa Rica*; Trabajo de Tesis para optar grado Doctoral por la Universidad de Salamanca, España, año 2012.
- **FERRAJOLI, Luigi.,** *Derechos y Garantías. La Ley del Más Débil*, prólogo de Perfecto, Andrés Ibáñez, 8º Edición, Madrid, España, Editoriales Trotta. Septiembre 2016, ISBN: 978-84-9879-671-1.
- **FERRAJOLI, Luigi,** “*Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantistas*”, en Revista DOXA N°31, 2011, pp.15-53.
- **FERRAJOLI, Luigi.,** *Democracia y Garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Trotta, Madrid, España, año 2008, pp. 81 y 103.
- **FERRAJOLI, Luigi.,** *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Madrid, España, Editorial Trotta, año 1999.
- **FEREJHON, John.,** *Judicialización de la política, politización de la ley*: Ferejohn (John), Anasolabehere (Karina), Dalla Vía (Alberto Ricardo) y Uprimny (Rodrigo). *Los Jueces y*

*la política*, Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, Colombia, año 2008.

- **FUNDACIÓN SALVADOREÑA PARA EL DESARROLLO SOCIAL Y ECONÓMICO.**, (2015), El Salvador. Año político. Junio 2014- Mayo 2015. Antiguo Cuscatlán, El Salvador, Departamento de Estudios Políticos FUSADES.
- **GASCÓN ABELLÁN, MARINA Y GARCÍA FIGUEROA, ALFONSO.**, *Interpretación y Argumentación Jurídica*, -- San Salvador, El Salvador. : Ed Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial, año 2003.
- **GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo.**, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª edición, Madrid, España Editorial Civitas, año 2001.
- **GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO.**, “*El Juicio de Ponderación y sus partes. Una Crítica*”, en Alexy Robert (coord.), *Derechos Sociales y Ponderación*, Fundación Coloquio Europeo, Madrid.
- **GARELLA, Roberto, DOMINGO, Pilar Y ROUX, THEUNIOS.**, *Courts and Social Transformation in New Democracies, an Institutional Voice for the poor?*, primera edición, editorial Routledge, Nueva York, año 2006, ISBN 978-0754647836.
- **CAPELLETTI, MAURO.**, Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional, en: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España, año 1984,
- **GUASTINI, Riccardo.**, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 6ª Edición, México, Porrúa, UNAM, 2004, pp.57, sobre la ambigüedad y la vaguedad de las normas jurídicas en general, así como sobre las dificultades que comportan para la interpretación.
- **GUARNIERI, Carlo Y PEDERZOLI Patricia.** *Los Jueces y la Política: Poder Judicial y Democracia*, Madrid, España Editorial Taurus, año 1999, ISBN 9788430603626.
- **HÄBERLE, Peter**, *La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución*, en *Academia*, Año 6, número 11, año 2008, ISSN 1667-4154.

- **HÄBERLE, Peter.**, *El Estado Constitucional*, Traducción Héctor Fix-Zamudio, Universidad Autónoma de México, México D.F, año 2001.
- **HABERMAS, Jürgen.**, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Tomo 1, Capítulo 1, Madrid, España, Editorial Taurus, año 1989.
- **HART, Herbert**, “Una mirada inglesa a la Teoría del Derecho Norteamericana; la pesadilla y el noble sueño”, en *El ámbito de los Jurídico*, traducción de Juan Jose Moreso y Pompeu Casanova, Madrid, España, citado, pp.327 y ss.
- **HERRERA CARLOS Miguel.**, *La Polémica De Schmitt-Kelsen Sobre El Guardián De La Constitución.*, Revista de estudios políticos. Núm. 86. Octubre-Diciembre. Año 1994.
- **HOLMES, Oliver W.**, *La Senda del Derecho*, Editorial Abelado Perrot, Buenos Aires, Argentina, año 1975.
- **KANTOROWICZ, Hermann**, “La lucha por la ciencia del Derecho”, traducción de W. Goldschmidt, en *la ciencia del Derecho*, Losada, Buenos Aires, Argentina.
- **KELSEN, Hans.**, “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución” en escritos sobre la Democracia y el Socialismo, Debate, Madrid, España. año 1988.
- **KELSEN, Hans.**, “*Escritos sobre la democracia y socialismo*”, Madrid, España, Editorial Debate, año 1988, ISBN 9788474443158.
- **KLAUS VON BEYME:** *Teoría política de la Postmodernidad*, Madrid, España, Editorial Alianza, año 1997.
- **LAMBERT, Edouard.**, *El gobierno de los Jueces*, Editorial Tecnos, Madrid, España, año 2010.
- **LANDA, César.**, “Guardián de la Constitución” en Editorial Gaceta del Tribunal Constitucional, Edición N° 2, presentado y recibido: abril-junio año 2006, Departamento Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Derecho Procesal Constitucional, Cuaderno de trabajo N° 20, Marzo 2001 <http://gaceta.tc.gob.pe/editorial.shtml?x=1258>.

- **LINARES, Sebastián.**, “*El dialogo democrático entre las cortes y las instituciones representativas*”, en Revista Mexicana de Sociología, México D.F, edición 70, N°3, año 2008.
- **LÓPEZ STERUP, Henrik.**, *Separación De Poderes, Políticas Públicas Y Activismo Judicial: Una Discusión A Partir De La Jurisprudencia De La Corte Constitucional Colombiana Sobre Una Política Pública*; DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, año 2018.
- **LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo.**, *El Derecho de los Jueces*, Editorial Legis, Bogotá, Colombia, año 2006.
- **LANDAU, David.**, *Political Institutions and judicial role in comparative constitutional law*, Harvard International Law Journal, Massachusetts, Estados Unidos, Volumen 51, número 2, año 2010,
- **MARANIELLO, Patricio Alejandro.**, *El Activismo Judicial, una herramienta de protección Constitucional*, Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, ISSN: 1870-6916, Nueva Época, Año 6, N° 32, Abril-Septiembre 2012, pp.46; \* Recibido: 2 enero de 2012, Aceptado: 4 de Febrero de 2012.
- **MARQUISIO AGUIRRE, Ricardo Antonio.**, *El constitucionalismo de Ronald Dworkin y su teoría del derecho como moral política institucionalizada*, anales de la Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales De La Universidad Nacional De La Plata, Ciudad de la Plata, Argentina, año 2018. Enlace electrónico siguiente: <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/article/view/5155>.
- **MARTÍN DE VILLODRES, María Isabel.**, *Interpretación Jurídica E Interpretación Constitucional: La Interpretación Evolutiva O Progresiva De La Norma Jurídica (El Derecho Como Instrumento Del Cambio Social)*, Universidad Autónoma de México, México, año 2008.

- **MANILI, Pablo Luis.**, “El activismo (bueno y malo) en la Jurisprudencia de la Corte Suprema”, en Revista La Ley (Tomo 2006-D) pp. 1285 y ss. [Fecha de consulta: 4 de agosto de 2019]. Disponible en: [http://www.pablomanili.com.ar/art\\_activismo.php](http://www.pablomanili.com.ar/art_activismo.php).
- **MENDOZA ORANTES, Ricardo.**, Recopilación de Leyes Civiles. 23° Edición, San Salvador, Editorial Juridica Salvadoreña 2004. **LEY DE PROCEDIMIENTOS CONSTITUCIONALES.** Materia: Derecho Constitucional, Naturaleza: Decreto Legislativo N° 2996 del 14 de enero de 1960; D.D N° 15, Tomo N° 186, del 22 del mismo mes y año. Estado: Vigente desde el 21 de febrero del mismo año.
- **MEJÍA TURIZO, Jorge y PÉREZ CARBALLO, Roberto.**, *Artículo Activismo Judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes.* Autores; Mejía Turizo, Jorge; Pérez Carballo, Roberto; recibido el 12 de diciembre de 2014 aceptado 13 de febrero de 2015; Justicia N° 27—pp. 30-41, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla Colombia; ISSN: 01247441.
- **NINO, Carlos Santiago**, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, traducción del Pedro Saba, Gedisa, Barcelona, España, año 2003.
- **NINO, Carlos Santiago.**, (edición de Owen Fiss et al.); *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven and London, 1996. Recientemente traducido al castellano por Roberto P. Saba, Gedisa Editorial, Barcelona, España, año 1997.
- **NOHLEN, Dieter.**, *Gramática de los sistemas electorales. Una introducción a la ingeniería de la representación*, Instituto de la Democracia, serie Ciencia y Democracia, V y M Graficas, Primera edición, octubre de 2012, Quito, Ecuador, ISBN: 978-9942-07-303-7.
- **ORDÓNEZ SOLÍS, David.**, *Jueces, derecho y política: los poderes del juez en una sociedad democrática*, Editorial Arazandi, Navarra, España, año 2004.
- **ORTÍZ-ORTÍZ, Rafael.**, *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos*, Editorial Frónesis, Caracas, Venezuela, año 2014.

- **ORTIZ MAYAGOITIA, Guillermo.,** *edr. Tribunales Constitucionales y consolidación Democracita*, Suprema Corte de la Nación, México, año 2007.
- **OLIVECRONA, Karl.,** *Lenguaje Jurídico y realidad*, Editorial Fontarama, México D.F, año 1999.
- **PÁSARA PAZOS, Luis.,** *Justicia y Sociedad en América Latina*, Editorial UNAM, México, año 2010.
- **PÁSARA PAZOS, Luis.,** “*Estado de Derecho Justicia en America Latina*”, Revista Oficial del Poder Judicial, Corte Suprema de Justicia de la Republica de Perú, tomo I, numero I, año 2007.
- **POZZOLO, Suzzana.,** *Neoconstitucionalismo y Positivismo Jurídico*, traducción de Pedro Grande Castro, Palestra, Lima, Perú, año 2011.
- **POZZOLO, Suzzana.,** DOXA 21-II (1988); cuadernos de Filosofía del Derecho, Neo constitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional; Universidad de Génova (Italia), págs. 340-341.
- **PULIDO, CARLOS BERNAL;** DOXA 26/2007, cuadernos de filosofía del Derecho; Estructura Y Limites De La Ponderación; ISSN.: 0214-8676.
- **PRIETO SANCHÍS, Luis.,** *Derechos Fundamentales Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, Editorial Palestra Editores, año 2007, Lima Perú.
- **RODRIGUEZ GARAVITO., César.,** “*Más allá de la Jurisprudencia: el impacto de los fallos sobre Derechos sociales*”, en, *Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales. Tendencias emergentes en el Derecho internacional y el Derecho comparado*, Editorial UNAM, México D.F, año 2007.
- **RUDZINKY JAVIER,** *Interpretación Constitucional*, Universidad Bicentenario de Aragua, Venezuela, año 2007.

- **SARTORI, Giovanni.,** *Teoría de la Democracia*, Alianza Editorial, Volumen I, Madrid, España, año 1988.
- **SCHEDLER Andreas, DIAMOND Larry and PLATTNER Marc.,** *Conceptualizing Accountability,” The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers, Londres, Inglaterra, año 1999.
- **TIMM HIDALGO, Ana Karina.,** *Activismo Judicial dialógico en América Latina, La Lucha de los Derechos*, tesis par optar grado doctoral por la Universidad Carlos III de Madrid, España, año 2017.
- **TORRES Luis Fernando.,** *Activismo Judicial En La Era Neoconstitucional*, Corporación Autogobierno y Democracia Vol 15, Quito, Ecuador enero -junio 2013.
- **TUSHNET, Mark.,** “The United States of America”, en: Dickinson, Brice. *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts* (New York: Oxford University Press), Nueva York, Estados Unidos, año 2007.
- **TREVES, Renato.,** *la Sociología del Derecho: Orígenes, investigaciones, problemas*, traducción de Maria Jose Añon Roig, Manuel Atienza y J.A Pérez Lledó, Ariel, Barcelona, España, año 1998.
- **UPRINMY YEPES, Rodrigo.,** *La Judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos*, en Ferejohn (John), Ansolabehere (Karina), Dalla Vía (Alberto Ricardo) y Uprimny (Rodrigo). *Los Jueces y la política*, Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, Bogotá, Colombia, año 2008.
- **VALENCIA CANOSA, Eduardo Andrés.,** *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, Volumen II; Editorial VC. Editores LTDA; Bogotá Colombia, Marzo 2011.
- **VERGARA BLANCO, Alejandro.,** *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, N°44 Valparaíso Julio 2015, *Estudios Filosofía del Derecho*; <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-685120150001000197>

- **VILLANUEVA GÓMEZ, Luis Enrique.**, *La División de Poderes: Teoría y Realidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, Año 2014,
- **VOLCANSEK, Mary.**, Judicial Activism in Italy, en: Holland (Kenneth). Óp. Cit. P. 117. La noción del juez como formulador de políticas públicas también aparece en: Baum (Lawrence), *America Courts: Process and Policy*, Houghton Mifflin Company, Boston, Massachusetts, Estados Unidos, año 1990.
- **YOUNG, Ernest.**, *Judicial Activism and Conservative Politics*, artículo Judicial, Universidad de Colorado, Colorado, Estados Unidos de America, número 73, edición 4, año 2002.
- **ZORRERO DOMÍNGUEZ, Manuel.**, *Estados Excepcionales y Garantía de Derechos Fundamentales en Latinoamérica*, Crónicas y Documentación, Revista de Estudios Políticos Nueva Época, Numero 81, Julio-Septiembre 1993, Madrid, España, año 1993.

# ANEXOS

## **JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR.**

- **SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 61-2009, emitida a las nueve horas con treinta minutos del día veintinueve de julio de dos mil diez, San Salvador, El Salvador.
- **SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 48-2014 emitida a las doce horas del día cinco de noviembre de dos mil catorce, San Salvador, El Salvador.
- **SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 66-2013 emitida a las doce horas con cuarenta y tres minutos del día veintiuno de mayo de dos mil catorce, San Salvador, El Salvador.
- **SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 10-2011 emitida a las dieciséis horas y once minutos del día veinticuatro de octubre de dos mil once, San Salvador, El Salvador.
- **SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 77-2013/97-2013 emitida a las diez horas del día catorce de octubre de dos mil trece, San Salvador, El Salvador.
- **SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 7-2011 emitida a las trece horas con veinte minutos del día trece de mayo de dos mil once, San Salvador, El Salvador.
- **SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 39-2016 emitida a las catorce horas con treinta y cinco minutos del día uno de marzo de dos mil diecisiete San Salvador, El Salvador.

- **SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 56-2016 emitida a las doce horas con treinta y cinco minutos del día veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis, San Salvador, El Salvador.
- **SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 18-2014 emitida a las trece y cincuenta minutos del trece de junio de dos mil catorce, San Salvador, El Salvador.
- **SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** sentencia de inconstitucionalidad con referencia 57-2011 emitida a las doce horas con cuarenta minutos del día diecinueve de febrero de dos mil quince San Salvador, El Salvador.
- **SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** sentencia de inconstitucionalidad con referencia 35-2015, emitida a las quince horas con cincuenta minutos del día trece de julio de dos mil dieciséis, San Salvador, El Salvador.
- **SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 48-2014, emitida a las doce horas del día cinco de noviembre de dos mil catorce, San Salvador, El Salvador.
- **SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** Sentencia de Inconstitucionalidad con referencia 18- 98 emitida a las ocho horas y veinte minutos del veinte de noviembre de dos mil siete, San Salvador, El Salvador.
- **SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,** (2011), sentencia de inconstitucionalidad con referencia 16-2011, emitida a las quince horas del día veintisiete de abril de dos mil once, San Salvador, El Salvador.