

11-2004

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las doce horas y cinco minutos del día veintiuno de marzo de dos mil seis.

El presente proceso constitucional ha sido promovido por el ciudadano José Francisco García, consultor, del domicilio de San Salvador, a fin que este tribunal declare inconstitucionales, por vicio en su contenido, las *reformas a los ords. 3º, 7º y 8º del art. 182 y el art. 159 del Código Electoral (CE)*, efectuadas la primera mediante Decreto Legislativo n° 896, de 22-XI-1996, publicado en el Diario Oficial n° 226, tomo 333, correspondiente al 29-XI-1996, y la segunda mediante Decreto Legislativo n° 614, de 13-V-1999, publicado en el Diario Oficial n° 99, tomo 343, de 28-V-1999; por la supuesta trasgresión a los arts. 72 ords. 2º y 3º y 85 inc. 2º de la Constitución.

Las disposiciones impugnadas prescriben:

“Art. 159. Los Partidos Políticos para inscribirse deben contar con un número de afiliados equivalente al tres por ciento del total de votos emitidos de la última elección Presidencial; la adhesión al partido formulado por el ciudadano apto para ejercer el sufragio, se hará en el libro de afiliación respectivo”.

“Art. 182. Procede cancelar la inscripción de un Partido Político: (...) 3) Cuando un partido político que interviene en una elección de Presidente y Vicepresidente de la República o de Diputados de la Asamblea Legislativa, no obtenga por lo menos el tres por ciento del total de los votos válidos en la elección en que dicho partido ha participado. (...) 7) Si la coalición fuese pactada con el uso en forma independiente de los símbolos de cada partido que la forman y uno o varios de ellos no obtuvieran por lo menos el tres por ciento del total de los votos emitidos en la elección en que dicha Coalición haya participado. 8) A los partidos políticos que integran una coalición cuando ésta fuere pactada con el uso de un solo símbolo y no obtuviere el seis por ciento del total de votos emitidos, debiendo en este caso cancelarse a los partidos que la integran”.

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

Analizados los argumentos, y considerando:

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

1. El actor en su demanda comenzó señalando que el derecho de asociación consagrado en el art. 7 Cn. se encuentra ligado con el art. 72 ord. 2° Cn., el cual regula el derecho de asociarse para constituir partidos políticos. Así –señaló–, los partidos políticos son asociaciones que se dedican a la promoción, divulgación y defensa de una determinada ideología política; agrupación que debe tener un objeto lícito. En otras palabras, los partidos políticos encuentran una limitación cuando están dirigidos a realizar actividades penadas por la ley, o cuyos estatutos desconozcan los derechos subjetivos constitucionales –pero no la reglamentación razonable de los mismos–.

La asociación política –continuó– no precisa del reconocimiento formal del Estado para ser persona jurídica. Sin embargo, por razones técnicas el Estado se las otorga al cumplir con determinados requisitos. Entre los requisitos característicos de los partidos –añadió–, se destaca la permanencia; se sobreentiende que la permanencia de toda asociación política deriva de su propia naturaleza de ser ente susceptible de adquirir derechos y obligaciones. Sin embargo, manifestó que un partido no tendría razón de ser si en la elección no alcanzara los votos de sus miembros fundadores o que la población no le diera el mínimo de votos.

En ese sentido, argumentó que los partidos políticos en el sistema democrático deben caducar: (i) en tanto personas de Derecho Privado, hasta que no ejerzan sus representantes un puesto de carácter público, deberá disolverse el partido por no realizarse elecciones internas durante determinado tiempo prudencial según sus estatutos; (ii) por no presentar candidaturas en tres elecciones consecutivas; (iii) por no llevar los libros exigidos por la ley; (iv) si la denominación y objetivos del partido atacan libertades de determinados grupos religiosos, raciales o económicos; (v) por decisión de la carta orgánica o voluntad de sus afiliados; y (vi) por violación de pautas ideológicas de la ley, de atentar contra la Constitución, los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos o de alterar el orden legal violentando los bienes y garantías jurídicas fundamentales de los ciudadanos.

Acotó que las reformas electorales hacen que cada día sea más difícil lograr que un partido político alcance el espacio necesario para la incorporación a la competencia

democrática; y por otro lado, preocupa que para sobrevivir es necesario obtener un número determinado de votos. Así –explicó–, el derecho de asociación política se está limitando inconstitucionalmente en virtud de las reformas electorales.

Además –argumentó–, las normas impugnadas favorecen al monopolio político partidista y la polarización, y el monopolio atenta contra el sistema liberal y democrático; con las reformas electorales se excluye a muchos ciudadanos de participar en la política partidista, pues es difícil contar con un número de afiliados equivalente al tres por ciento del total de votos emitidos en la última elección presidencial para la constitución de un partido político.

Por otra parte –agregó–, en la medida en que incrementa la población electoral la participación democrática es más limitada, pues en la actualidad se necesitan más de setenta mil firmas para la constitución de un partido político, y si en la próxima elección votan más ciudadanos la cifra aumenta. La democracia –siguió– permite la participación de toda la ciudadanía y la posibilidad de optar a cargos públicos, pero con las limitaciones contenidas en la mencionada disposición es más complicada la oportunidad de acceder a los espacios políticos por medio de los partidos políticos.

En definitiva, dijo que las reformas a los arts. 159 y 182 ords. 3°, 7° y 8° del CE únicamente hacen más difícil la participación democrática de la ciudadanía y favorece el monopolio de los partidos mayoritarios. En ese sentido, el sistema político deja de ser pluralista; siendo en la realidad actual dualista, es decir, sólo los liberales y socialistas tendrán derecho a participar en los dos partidos políticos que han ganado los suficientes votos. Estaríamos –explicó– ante la formación de una dictadura dúo-ideológica: una sola expresión de derecha y una sola expresión de izquierda, virus crónico para la democracia con capacidad de virulencia destructora de la sociedad.

Finalmente, señaló que no se discute la constitucionalidad del control estatal de dichas entidades por medio de la reglamentación legal. Se distinguen –acotó– dos modalidades de control: el formal o instrumental, consistente en establecer requisitos formales que deben reunir los partidos para ser reconocidos; y el sustantivo o material, que radica en prohibir una determinada orientación ideológica considerada contraria a las prescripciones fundamentales previstas en la Constitución. Por lo general –indicó–, no se

discute la constitucionalidad del control formal; pero sí la validez del control sustantivo, pues el control ideológico no puede llegar a desconocer la libertad de asociación.

En todo caso, agregó que el Estado debe facilitar la participación a través de los partidos políticos como forma de fortalecer la democracia. No obstante –recalcó–, las reformas que se impugnan destruyen la participación democrática y quebrantan el sistema político pluralista.

2. Admitida la demanda, se ordenó que la Asamblea Legislativa, en su calidad de autoridad emisora de las disposiciones impugnadas, de conformidad al art. 7 L. Pr. Cn. rindiera informe en el plazo de diez días, mediante el cual justificara la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas.

Al rendir el informe ordenado, la Asamblea Legislativa dijo no existir la inconstitucionalidad en los artículos impugnados del CE, pues históricamente el constituyente a partir de 1950 estableció el derecho de asociación política, como derecho ciudadano. La exposición de motivos de la Ley Primaria de ese año –continuó– es parca al respecto y prácticamente se limita a decir que la pertenencia a partidos políticos no puede ser, en ningún caso, obligatoria; constituido legítimamente un partido, no es posible poner cortapisa alguna para que cualquier ciudadano ingrese a él.

Sin embargo, señaló que la Constitución actual ha cambiado la función de los partidos políticos; confiándoles la expresión y el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno. Es decir –acotó–, ahora los partidos políticos, además de ser personas jurídicas integradas por ciudadanos que buscan el ejercicio del poder estatal, son órganos gubernamentales.

Agregó que el constituyente no estableció prohibiciones en cuanto a la ideología de los partidos políticos. No obstante –aclaró–, está vedada la propaganda subversiva; por lo que no puede constituirse un partido político que tienda a trastocar el orden público. Tampoco podría fundarse un partido político cuyo fin fuera la reforma de la forma y sistema de gobierno, el territorio de la república y la alternabilidad en el ejercicio de la presencia.

Desde el punto de vista constitucional –siguió– los partidos políticos son expresión del sistema pluralista y se considera que son el único instrumento para el ejercicio de la

representación del pueblo dentro del gobierno; por ello, se ordena que las normas de organización y funcionamiento se sujeten a los principios de democracia representativa. Consecuentemente, los partidos oficiales son incompatibles con la democracia y la forma de gobierno.

Por otra parte, expuso que la actividad de un ciudadano dentro de un partido político puede limitarse al proselitismo, propaganda e influencia política, normalmente el *desideratum* de todo político es el ejercicio de poder. Por ello, dijo que la Constitución no podía menos que consagrar como un derecho de los ciudadanos el presentar sus candidaturas a los cargos de elección popular y el de gestionar su nombramiento en los cargos de designación. Así –argumentó–, para optar a la representación dentro del gobierno se requiere estar afiliado a uno de los partidos políticos reconocidos legalmente.

Finalmente, indicó que los artículos impugnados son un desarrollo de las disposiciones constitucionales, pues la misma Constitución permite que la ley secundaria pueda establecer obligaciones para los ciudadanos; habiendo numerosos casos en los cuales el legislador secundario ha hecho uso de esa competencia. Así –aseveró–, la misma Constitución establece la obligación de prestar servicio militar, de contribuir a las cargas públicas mediante el pago de las contribuciones, tasas e impuestos. En la legislación secundaria –agregó– encontramos una amplia gama de tales obligaciones de carácter electoral, entre ellas la que dispone que para la formación de partidos políticos tiene que cumplirse con el 3 % del total de votos emitidos en la última elección presidencial; así mismo, para el desaparecimiento de los partidos políticos que intervienen en una elección de Presidente y Vicepresidente o de Diputado de la Asamblea Legislativa y no obtengan por lo menos el 3 % total de los votos válidos, o el 3% cuando participen en coalición de los símbolos de cada partido o el 6 % con el uso de un solo símbolo.

Por las razones expuestas, estimó que las disposiciones impugnadas no violentan los arts. 72 ord. 2° y 3° y 85 inc. 2° de la Constitución.

3. Al contestar el traslado conferido por un plazo de quince días, conforme al art. 8 L. Pr. Cn., el Fiscal General de la República, licenciado Belisario Amadeo Artíga Artíga, argumentó que dentro de los derechos clásicos de participación política reconocidos por la Constitución, aparece uno íntimamente ligado con el derecho de asociación: el derecho

político que tiene cada ciudadano de asociarse libremente para constituir partidos políticos conforme la ley e ingresar a los ya constituidos. Este derecho constitucional –dijo– cumple la importante función en la configuración del Estado democrático, por cuanto sirve de concreción al pluralismo político, que constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico político (*sic*) y en especial de la democracia representativa.

Continuó exponiendo que el art. 85 inc. 2º Cn., al reconocer la existencia de los partidos políticos como el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno, se sitúa en el ámbito de los Estados con democracias pluralistas; en tal sentido, la constitucionalización de los partidos políticos es un hecho relevante políticamente, pues representa una apertura constitucional a los movimientos pluralistas, en mejora de las relaciones entre los partidos políticos y la confirmación de los Estados democráticos.

Es más, citando a Javier Pérez Royo, señaló que la representación política para ser operativa exige la presencia de unos instrumentos de estructuración política participativa de la sociedad y de nacionalización del proceso electoral que hagan predecible dentro de ciertos límites y, por tanto, fiable la dirección política de la sociedad a través de la acción del Estado. Estos instrumentos de intermediación entre la sociedad y el Estado –dijo– son los partidos políticos, sin los cuales la democracia representativa no puede funcionar.

En cuanto a la organización y funcionamiento interno de los partidos políticos, expresó que éstos deben sujetarse a los principios de la democracia representativa, obligación que viene impuesta por la propia Constitución. Si bien es cierto –siguió– la Constitución no desarrolla cuales serán las normas que regularán tales objetivos, éstas están incorporadas en la ley secundaria especializada en materia electoral –condensada en el Título VII, Capítulos I a V del Código Electoral– que regula lo atinente a la constitución, inscripción, régimen interno de los partidos políticos, las coaliciones y fusiones y la cancelación de los mismos. Toda esta regulación normativa se encuentra ligada a los lineamientos constitucionales, e inspirada por los principios de la democracia representativa y pluralista.

En este aspecto –argumentó– es importante determinar que la regulación relativa al funcionamiento de los partidos políticos y en especial a lo que atañe a su disolución se

plantean todas las garantías necesarias para tal fin. Así, se determina el órgano competente a tal efecto –en nuestro sistema constitucional el Tribunal Supremo Electoral–, como el ente rector de toda la actividad electoral garante del sistema pluralista; y por otro lado, la determinación clara y específica de las causas de disolución para garantizar los más elementales derechos constitucionales de los entes políticos y salvaguardar la seguridad jurídica del sistema pluralista.

En consideración al marco en referencia expuesto, concluyó que no existe vulneración a los arts. 72 ords. 2° y 3° y 85 inc. 2° Cn.; por lo que solicitó que en sentencia definitiva se declare la constitucionalidad de los arts. 159 y 182 ords. 3°, 7° y 8° del CE.

II. Luego de expuestos los motivos de inconstitucionalidad argumentados por el demandante, las razones aducidas por la Asamblea Legislativa para justificar la normativa y disposiciones impugnadas y la opinión del Fiscal General de la República, es procedente hacer algunas precisiones sobre las peculiaridades del objeto de control en el presente caso, y las implicaciones que genera en el tipo de examen a realizar sobre el mismo.

A. Y es que, debe advertirse que los arts. 159 y 182 del Código Electoral, han sido impugnados en tanto establecen un monto –el primero de ellos– y un porcentaje –el segundo– para inscribir un partido político y para subsistir como tal, respectivamente.

En ese sentido, el término de impugnación, estrictamente, no se ha establecido desde un mandato prescriptivo que contraste con las disposiciones constitucionales, sino sobre cantidades, ya sea fijas –art. 159 CE– o porcentuales –art. 182 CE–.

B. En ese sentido, la ponderación constitucional que se realiza desde esta sede, a través de la constatación de una contradicción normativa en abstracto, excepcionalmente puede verificarse sobre un monto o porcentaje, pues, por un lado, la determinación de un *quantum* es discrecional para los entes con potestades normativas, y el proceso de inconstitucionalidad, no implica un juicio de perfectibilidad.

Efectivamente, uno de los límites a la jurisdicción constitucional se instaura a partir del ejercicio discrecional de las competencias de otros órganos, y establecer una cantidad fija o porcentual encaja dentro de dichas potestades. Por ello, el conocimiento jurisdiccional que se desarrolla en el proceso de inconstitucionalidad no puede entrar a determinar cuál sería la cantidad idónea o más adecuada.

C. Si bien, no puede determinarse por la jurisdicción constitucional, cuál sería la cantidad o porcentaje idóneo, el examen de constitucionalidad sí puede entrar a determinar la proporcionalidad o no de las cantidades establecidas en las disposiciones impugnadas para el ejercicio del derecho establecido en el artículo 72 ordinal 2° Cn., sustento del pluralismo que prescribe el artículo 85 inciso 2° de la Constitución, con la finalidad de verificar si dichas exigencias resultan idóneas para alcanzar el fin perseguido, o si se ha optado por la medida igualmente efectiva, pero menos lesiva a los mencionados parámetros.

En ese sentido, el orden argumentativo de la presente decisión se encamina, primeramente, a plasmar las nociones jurisdiccionales pertinentes sobre la libertad de configuración legislativa (III) y sus relaciones con el principio de proporcionalidad, como modo para determinar el contenido de las disposiciones constitucionales vinculante para el legislador (IV), premisas a partir de las cuales se interpretará el sistema democrático, en tanto que representativo (V) y el pluralismo que desde el art. 85 Cn. se prescribe (VI); con base en ello, exponer algunas ideas sobre el derecho a crear partidos políticos y la función de representación de éstos (VII); y finalmente, se analizará la proporcionalidad de las medidas establecidas en los arts. 182 y 159 del CE, con respecto a esos parámetros (VIII) a efecto de dictar el fallo que corresponda según la Constitución.

III. 1. En ese sentido, y como punto de partida, debe decirse que en la doctrina constitucional es un tópico la afirmación que el Legislativo tiene atribuida –entre otras– la competencia de configurar o de conformar las disposiciones de la Constitución. Esta competencia se identifica con la facultad de escoger el contenido de las leyes entre un amplio número de alternativas de acción, mediante las cuales concreta los enunciados constitucionales y regula la vida política de una comunidad jurídicamente organizada.

La atribución de esta función al Órgano Legislativo, se debe en alguna medida a la indeterminación de las disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales y de la Constitución en general. Debido a esa indeterminación, casi todos esos enunciados necesitan ser concretados por medidas legislativas de desarrollo, de protección o de restricción. Esta concreción, que en algún sector de la doctrina se califica como actualización, es importante –aunque no imprescindible– para que la fuerza

normativa de la Constitución pueda desplegarse sobre los particulares y sobre los demás poderes públicos y para que, de este modo, pueda transformar la realidad normada buscando su acomodo a la Ley Suprema.

2. A. Las medidas legislativas de desarrollo de los derechos fundamentales están provistas de diferentes objetivos. Por una parte, dichas medidas persiguen compaginar entre sí las diversas exigencias que dimanar de todas las disposiciones iusfundamentales, y dichas exigencias con aquellas otras que se derivan de los demás enunciados de la Constitución; pues, por la indeterminación misma, las disposiciones constitucionales tienden a entrar frecuentemente en colisión.

La Asamblea, en principio, es el órgano llamado a solucionar estas colisiones y armonizar todas las exigencias normativas que emanan de los diversos mandatos constitucionales.

Por otro lado, las medidas legislativas de desarrollo pretenden determinar, en fines más específicos, los muy abstractos objetivos trazados por la Constitución y adoptar medios para poder alcanzar unos y otros. La legislación hace ceñir las aspiraciones constitucionales a las circunstancias de la sociedad y las concreta en metas específicas, cuyo cumplimiento atañe a todos los poderes públicos. En este sentido, puede afirmarse que la legislación transfigura los grandes objetivos constitucionales en específicos planes de acción, para que se hagan realidad, mediante la constante interacción entre el Estado y la Sociedad.

B. Pero, como se ha afirmado, la atribución al Legislativo de la competencia para desarrollar la Constitución, no significa que las disposiciones de ésta no sean directamente aplicables. El cumplimiento de los enunciados constitucionales puede exigirse en todo caso, antes, durante y después de la expedición de las leyes que los configuran, los desarrollan o los restringen. La Constitución no opera únicamente contra la legislación, sino también mediante la legislación.

En ese sentido, si bien la legislación secundaria es actualización de la Constitución, en tanto que mediante ella se concretan los estándares normativos derivados del texto constitucional –marco de posibilidades de las cuales dispone el legislador en cada momento histórico–, aunque ello no significa que la intervención legislativa pueda contrariar o ir más allá de ese marco de posibilidades que la misma Constitución habilita.

El ejercicio de la competencia legislativa de configuración del ordenamiento, consiste, como ya se dijo, en adoptar las medidas políticas indispensables para armonizar las exigencias que se desprenden de los diferentes enunciados constitucionales, y consiste además en aclarar y especificar dichos enunciados y en arbitrar los medios pertinentes para hacer que sus mandatos se cumplan en la realidad.

3. A la intervención legislativa sigue la fase de control constitucional, cuando los mecanismos pertinentes se ponen en funcionamiento. La finalidad en esta etapa consiste básicamente en indagar, si la intervención legislativa ha transgredido algún precepto constitucional, o en otras palabras, si el Legislador ha ido más allá de aquello que le permitía el marco de la Constitución.

Para tal fin, sin embargo, la jurisdicción Constitucional se ve compelida a reducir por su cuenta la indeterminación de las disposiciones fundamentales y reconstruir y enjuiciar algunas de las acciones implícitas en el ejercicio de la competencia de configuración legislativa.

El problema clave del control de constitucionalidad consiste, entonces, en establecer si la legislación de intervención, contraría alguna disposición constitucional. Ello deja al descubierto la tensión dialéctica que media en la relación entre la competencia de control de constitucionalidad y la competencia legislativa de configuración del ordenamiento jurídico.

Uno y otro concepto se explayan a lo largo de ámbitos rayanos, cuya frontera no puede ser trazada de antemano, a priori, de manera abstracta. La competencia de configuración legislativa termina allí donde comienzan las posibilidades de control constitucional y estas posibilidades terminan a su vez, allí donde comienza la competencia de configuración legislativa.

IV. 1. Una de las herramientas que objetiva esa graduación entre el control de constitucionalidad y la libertad de configuración legislativa, es el principio de proporcionalidad.

Dicho principio, a diferencia de otros países, no ha recibido una tipificación expresa en la Constitución salvadoreña, es decir, no existe en el texto constitucional declaración previa sobre la exigencia de proporcionalidad en el desarrollo legislativo. Sin embargo, ello

no implica que se trate de un concepto vacío u oscuro, por el contrario, el principio de proporcionalidad está dotado de una racionalidad lógico-operacional.

Sin embargo, a tales efectos, el artículo 246 de la Constitución establece como límite a la intervención legislativa en el desarrollo de las disposiciones constitucionales, no alterar los derechos y principios que en ellas se consagran. Prescripción normativa con la cual el Constituyente ha pretendido *racionalizar* las concreciones legislativas que sobre las disposiciones constitucionales se realicen.

Y es que, la disposición constitucional en comento, si bien habilita el desarrollo legislativo -regular el ejercicio- de los derechos, principios y obligaciones constitucionales, también tiene el cuidado de prohibir su alteración, es decir, la perturbación o trastorno de la esencia de un concepto jurídico, en tanto que su desarrollo no desnaturalice la disposición constitucional que lo contiene.

En ese sentido, el principio de proporcionalidad se plantea como el mecanismo argumental que determina si un contenido constitucional ha sido alterado. Efectivamente, este principio se define esencialmente como una estructura, un criterio estructural que sirve para articular las tensiones entre las disposiciones constitucionales -de poca densidad normativa- y las concreciones interpretativas sobre las mismas. Dicho principio irradia una vinculación de tipo normativo que se proyecta sobre los poderes públicos -el Legislativo, principalmente- que exige que la limitación de derechos no sea desproporcionada, de lo contrario se debe declarar su inconstitucionalidad.

2. En efecto, a este principio se alude, sobre todo, en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales. Y aparece como un conjunto articulado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir.

A. Según el *subprincipio de idoneidad*, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada a contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.

Únicamente si se ha establecido de antemano qué finalidad persigue la intervención legislativa, y si se ha constatado que esta finalidad no resulta ilegítima desde la perspectiva

de la Constitución, podrá enunciarse que la medida adoptada por el Legislador resulta idónea para contribuir a su realización. Dicho en otras palabras, la aplicación del subprincipio en comento consiste en un análisis acerca de la capacidad que tiene el medio escogido -la limitación- para fomentar esa finalidad.

Básicamente es un análisis de la relación entre el medio legislativo y el fin constitucional, el primero permite la concreción del fin, y éste, por su parte, ofrece una fundamentación al medio. Para emprender este análisis de idoneidad resulta indispensable establecer de antemano cuál es el fin que la ley pretende favorecer y corroborar que se trata de uno constitucionalmente legítimo.

La legitimidad de los fines de las intervenciones legislativas no debe ser concebida de modo positivo, con respecto a lo prescrito por la Constitución -es decir, mediante la fórmula: el Legislador sólo puede perseguir legítimamente los fines estatuidos en el texto constitucional-, sino de manera negativa, o sea: cualquier fin legislativo es legítimo, a menos que esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución.

Una vez establecido el fin y su concordancia constitucional, debe determinarse la relación que existe entre el medio en cuestión, y el fin pretendido, a fin de verificar la idoneidad del medio para alcanzar su fin. De modo que una medida de intervención legislativa no es idónea, cuando no contribuye de ningún modo a la obtención de su fin inmediato.

Expresado en un sentido positivo, la idoneidad de una medida consiste en una relación positiva -de eficacia- con su fin inmediato, es decir, que facilite su realización de algún modo, con independencia de su grado de rapidez, plenitud o seguridad. No se pretende determinar por tanto, si la medida es la más idónea en comparación con otras que pudiera considerar la jurisdicción constitucional, sino, en verificar si la medida examinada logra en algún modo alcanzar el fin perseguido.

Y es que, no debe olvidarse que la competencia legislativa para configurar el ordenamiento jurídico a partir de la Constitución, habilita al Legislador para disponer de un ámbito de apreciación fáctica más amplio, a fin de adoptar las medidas normativas que considere adecuadas. La jurisdicción constitucional debe respetar esos ámbitos de apreciación y decisión, y partir de la idea que la Constitución no impone al legislador el

deber de elegir la medida más idónea para conseguir sus fines, sino tan sólo, se prohíbe que las restricciones legislativas carezcan absolutamente de idoneidad.

B. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida legislativa debe ser - entre las igualmente eficaces- la menos gravosa. El examen de necesidad presupone la existencia de, por lo menos, un medio alternativo con el cual comparar la medida adoptada.

En esta comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: en primer lugar, si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para la obtención del fin inmediato; y, en segundo lugar, si afecta al derecho fundamental en un grado menor. Si existe un medio alterno -aun hipotético- que llene estas dos exigencias, la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional.

Sin embargo, vale aclarar que no se busca la existencia de una medida más idónea, sino de una menos gravosa. Es decir, la mayor idoneidad de un medio alternativo no es por si solo un dato que implique la inconstitucionalidad de la medida legislativa adoptada, sino que debe cumplirse con la exigencia constitucional de ser una intervención de menor intensidad a la examinada.

En esta fase, el tribunal constitucional efectúa una comparación entre la medida legislativa y los medios alternativos, para determinar si alguno de estos medios no afecta negativamente al derecho fundamental o lo hace en un grado menor a la medida adoptada.

Con todo, es pertinente advertir que el examen de la intervención que se practica sobre los medios alternativos tiene dos características peculiares; en primer lugar se trata de un examen hipotético, pues, a diferencia de la medida legislativa, los medios alternativos no han sido adoptados en la práctica; y, en segundo lugar, en este examen no solo debe averiguarse si los medios alternativos habrían presentado y representarían una intervención en el derecho fundamental, sino también, la intensidad de la misma.

El aspecto más relevante en esta etapa del análisis consiste en la comparación entre la intensidad con que la medida del Legislador interviene en el derecho fundamental y la intensidad de la intervención que los medios alternativos hubieran ocasionado sobre el derecho fundamental.

C. Mediante el *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*, por su parte, se determina si la importancia de la intervención en el derecho fundamental está justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.

Esta definición implica que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata, nuevamente, de una comparación entre la importancia de la intervención en el derecho y la importancia de la realización del fin legislativo, con el objetivo de fundamentar una relación de precedencia entre ambos.

Básicamente consiste en un juicio de ponderación, en el cual los objetos normativos que se ponderan son, por una parte, el derecho fundamental afectado y, por la otra, el principio constitucional que fundamenta la intervención u objetivo mediano que la justifica. La ponderación se verifica entre la importancia de la afectación negativa que la intervención legislativa genera en el derecho fundamental y la importancia de la afectación positiva que dicha intervención genera en el fin mediano que persigue.

En esta etapa del análisis se interrelacionan diversos elementos entre sí: la intensidad de la *intervención legislativa*, por un lado, que condiciona el *peso del derecho fundamental* afectado en la *ponderación*; en tanto que mientras más intensa sea la intervención en el derecho, mayor peso tendrá éste en el juicio de ponderación. Y por otro, mientras más efectiva sea la *medida legislativa* en la consecución del *fin inmediato*, mayor peso habrá que otorgarle a éste en la ponderación.

De este modo, la intensidad de la medida, tanto en la obtención del fin, como en la restricción al derecho, es el concepto que determina el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, pues a partir de ella se entabla la relación de precedencia condicionada entre los principios que se ponderan.

Así, cuanto mayor sea el grado de intensidad de la intervención en el derecho, mayor o por lo menos equivalente, debe ser la intensidad de la realización del fin o principio constitucional que justifica dicha intervención. Es decir, si la gravosidad en el derecho es mayor que los frutos alcanzados con la medida, ésta resulta desproporcionada y deberá declararse inconstitucional.

Y es que, en todo caso, el ámbito de libertad del individuo es, en principio, ilimitado, y que, como consecuencia, el Estado debe justificar las intervenciones que practique dentro del mismo, si una intervención no puede justificarse mediante argumentos suficientemente convincentes, que hagan constar el grado de equivalencia de la realización del fin legislativo, en comparación con la restricción del derecho fundamental, la intervención debe considerarse desproporcionada.

3. Sin embargo, debe aclararse que el principio de proporcionalidad no despliega una vinculación de carácter autónomo, sino que concreta, define y configura la vinculación gradual que se deriva de algunos de los preceptos constitucionales, y la hace operativa mediante las exigencias explicitadas en sus tres subprincipios.

Y es que, si se reflexiona, constituye un absurdo la hipótesis de que una medida legislativa pueda ser desproporcionada en abstracto, es decir, sin ninguna referencia a algún precepto constitucional. El principio de proporcionalidad es esencialmente un concepto relacional, que siempre está ligado a un sustrato normativo: el contenido jurídico del parámetro constitucional a partir del cual se determinan los alcances de la ponderación sobre la concreción legislativa.

Es decir, la función del principio de proporcionalidad, en cuanto instrumento metodológico, consiste en fundamentar la determinación de los contenidos normativos o los contenidos vinculantes que se derivan de los enunciados constitucionales, para el Legislador. Por esta razón, no se puede entender ni aplicar como una entidad autónoma.

El principio de proporcionalidad no tiene la capacidad de operar sin una disposición constitucional que le sirva de base; en consecuencia, no parece plausible sostener que este principio impone al Legislador un límite adicional a aquel que dimana de las propias cláusulas constitucionales. Más bien, el principio en comento debe ser considerado como un instrumento metodológico para *concretar* los límites que las propias disposiciones imponen a la acción legislativa, cuando dichos límites aparecen de modo abstracto e indeterminado.

4. A. Rara vez las disposiciones constitucionales –enunciado lingüístico– son aptas para ser utilizadas en la resolución de los casos concretos, pues se caracterizan por su alto grado de abstracción y generalidad. La traducción mecánica de una disposición en una

norma -mandato prescriptivo derivado de la disposición-, se vuelve imperiosa cuando los problemas que se plantean al intérprete son tan concretos que desbordan la explicitud semántica de la disposición constitucional.

En estos casos, la jurisdicción constitucional se ve en la necesidad de concretar una norma más específica que se puede fundamentar a partir de una disposición constitucional y que tenga una relación directa con el objeto del caso concreto, es decir, con la legislación cuya constitucionalidad se controla.

En otros términos, cada vez que la decisión acerca de la constitucionalidad de una ley no se derive directamente del texto de una disposición constitucional para resolver el caso, la jurisdicción constitucional deberá concretar una norma que se derive del texto, como premisa mayor en la fundamentación del control.

B. La concreción de una norma constitucional se define como el acto jurídico mediante el cual, el tribunal constitucional asevera que dicha norma tiene validez, en tanto que ha sido derivada del ámbito de indeterminación de una disposición constitucional. Con el acto de concreción, no se estatuye una nueva norma independiente, sino que, como producto de ciertos fundamentos interpretativos, se deriva una norma más concreta del ámbito prescriptivo de una disposición indeterminada.

La determinación del contenido normativo de las disposiciones constitucionales es un proceso complejo que se compone de relaciones de derivación, fundamentación y concreción entre las disposiciones constitucionales y las normas que de ella puedan derivarse.

En este marco, el principio de proporcionalidad cumple la función de estructurar el paso que se recorre desde la disposición constitucional, hacia la concreción y fundamentación de una norma más concreta.

V. Expuestas las anteriores premisas, y delimitado el tipo de control a realizar en la presente decisión, corresponde ahora entrar al contenido normativo de las disposiciones constitucionales propuestas como parámetro de control –arts. 73 y 85 Cn.– y, con base en ello examinar la proporcionalidad de las medidas legislativas impugnadas.

Y es que, todo debate sobre el principio de representación o la representatividad de un sistema democrático, debe partir de un correcto entendimiento de la normativa que le

fundamenta, pues las respuestas a los cuestionamientos de los sistemas electorales dependen, hasta cierto punto, de las posiciones democrático-normativas del Constituyente.

1. La democracia directa, como ideal democrático, en tanto que los ciudadanos participan directa y continuamente en la toma de decisiones acerca de los asuntos de la comunidad, resulta ahora imposible, pues las condiciones geográficas, demográficas y la disponibilidad de tiempo para dedicar un espacio importante a los asuntos de gobierno han variado considerablemente.

Paulatinamente la representación política se ha ido afianzando como mecanismo de realización de la voluntad popular desde el siglo XVI y, mucho tiempo después, el recurso de las elecciones regulares para seleccionar a los representantes del pueblo, ha ofrecido una solución a ese dilema en las comunidades políticas de gran tamaño. Con ello, la solución práctica a la participación política de la comunidad que se autogobierna, se traduce en democracia representativa.

2. La noción de gobierno representativo incorpora siempre la idea abstracta que el pueblo de una nación está presente de algún modo en las acciones de su gobierno. En ese sentido, un sistema que se precia de ser democrático, obtiene su legitimidad mediante la elección de unos representantes que son los destinados a realizar las actividades de gobierno.

Sin embargo, vale aclarar, la representación política no pertenece a la categoría de representación de voluntades en el sentido del mandato de derecho privado, en la que se actúa en nombre y representación de otra voluntad; a pesar de que, en toda representación, subyace la idea de sustitución en el cumplimiento de determinadas funciones.

La representación política, en cambio, se plantea como una forma de gobierno que hace posible la incidencia de los ciudadanos en la vida del Estado, a través de otros democráticamente electos que ejercerán las funciones estatales. La existencia de un procedimiento electivo institucionalizado resulta indispensable para poder predicar que la representación es democrática. Es decir, para calificar a un sistema electoral como representativo, es necesario que la elección no sea una mera ficción, sino que es necesario que el proceso electivo se desarrolle en un ambiente de competencia y pluralismo.

El proceso electoral tiene que desarrollarse dentro de la garantía de unos niveles de competitividad y libertad de elección. La representación electiva, bajo estas circunstancias, presenta así una faceta peculiar: solo esta estructuración competencial y pluralista de las elecciones es capaz de producir una representación democrática.

3. Esta necesidad plantea, a su vez, otra exigencia: la de instrumentar los medios para llevar a cabo la elección de los representantes, por medio del diseño de los procedimientos e instituciones competentes a los efectos electorales.

De esta forma, la legislación electoral aparece como otro factor clave entre los que actúan en el proceso de elección de los representantes. Sus funciones pueden determinarse atendiendo a su misma definición: la legislación electoral es el conjunto de normas técnicas y principios que regulan los procesos en que las preferencias electorales se expresan en votos y en que estos votos se transforman en distribución de los representantes entre los partidos políticos en concurrencia.

En general el criterio básico ha sido el de atribuir a una fórmula u otra la capacidad para hacer que el sistema electoral se encuentre más o menos ajustado la población que representa.

4. De esta manera se distinguen, dentro del proceso electoral, tres funciones principales: producir representación, producir gobierno y legitimar el sistema; no cabe duda que, en cuanto a la primera de ellas, la presencia de los partidos en las elecciones confirma su papel mediador de la relación representativa entre electores y electos.

Esta mediación es aun más evidente en el segundo momento de la relación representativa, que coincide con la función de producir gobierno. Por encima del gobierno de la mayoría sobre la minoría, el verdadero principio de la democracia consiste en la interrelación de ambas, en tanto que toda decisión de gobierno sea producto de controversias dialécticas, discursos y réplicas, argumentos y refutaciones, de todos los sectores interesados o afectados con la decisión, hasta el punto que el fundamento mismo de la democracia debe hallarse, más que en un principio de mayoría, en el principio de pluralismo.

5. Asimismo, se habla de representación por mayoría y representación proporcional; en la primera el candidato es elegido por haber alcanzado la mayoría de votos a su favor,

mientras que en la segunda, pretende que la representación política se refleje lo más exactamente posible en la distribución de los votos entre los partidos.

A pesar que las definiciones expresadas se mueven en diversos planos –la primera es una regla o principio decisorio, y la segunda atiende a un resultado electoral, como modelo de representación–, hacen más plausible la distinción entre uno y otro sistema de elección. Efectivamente, los sistemas de representación por mayoría y representación proporcional están pensados para alcanzar determinados objetivos, sin embargo, se consideran principios antitéticos de representación política. Por ejemplo, el sistema de representación proporcional impide la formación de mayorías absolutas, y el sistema de representación por mayoría no produce una representación que incluya a más de un partido político contendiente, en cada circunscripción electoral.

A. Bajo la fórmula decisoria de la mayoría, el hecho de ganar o no una elección depende de si un candidato o partido tiene la mayoría de los votos a su favor. La regla electoral es: será elegido el candidato o partido que obtenga la mayoría absoluta o relativa de los votos emitidos en una circunscripción electoral determinada.

Como principio de decisión, el sistema mayoritario o fórmula mayoritaria tiene la ventaja de colocar al votante ante la disyuntiva de tomar una decisión clara y de evidenciar la relación directa entre el voto y el resultado electoral.

Este sistema de elección es el mecanismo por el que se ha optado para la elección de Presidente de la República en El Salvador, pues solamente puede adjudicarse la administración del gobierno desde el Órgano Ejecutivo a un solo ganador, y no se genera una participación proporcionada en el ejercicio de la jefatura de Estado y de Gobierno, entre las diversas fuerzas contendientes -salvo en el caso que se participe en el proceso electoral en coalición con otros partidos políticos, situación que en todo caso necesita la mayoría de votos a favor-.

B. En los casos de la fórmula de representación proporcional, el hecho de ganar o no un escaño depende generalmente de la proporción de votos que obtengan los diversos candidatos o partidos políticos. Los candidatos que hayan sido capaces de conseguir la cantidad o proporción necesaria de votos serán elegidos.

La idea clave de este principio de representación es reflejar, con la mayor exactitud posible, las fuerzas sociales y grupos políticos en la población. La cantidad de votos y la de escaños de los partidos deben corresponderse de modo aproximado. Es decir, según la fórmula de representación proporcional, la cantidad de escaños obtenidos por un partido será igual a la proporción de votos que haya conseguido.

En contraste con la fórmula mayoritaria, la proporcional produce resultados electorales que otorgan a cada partido una importancia ponderada según el número de votos obtenidos. De manera que los partidos, aun sin registrar a su favor la mayoría de votos, obtienen escaños de participación institucional, es decir, la proporción de votos se transforma a su vez en proporción del resultado participativo.

La idea de este sistema de elección, en tanto que pretende la inclusión de más de un ganador, se verifica o se evidencia de mejor manera en procesos electorales mediante los cuales se pretende la configuración de órganos plurales o pluripersonales, como la Asamblea Legislativa.

Este sistema de elección pretende generar una aproximación porcentual de la representación social, hacia la representación orgánico-funcional en las instituciones estatales, de manera que mientras más sectores se vean representados, mayor legitimidad adquiere la decisión de los órganos de conformación compuesta.

VI. 1. Con base en lo expuesto, es válido afirmar que la democracia que se afirma no es simplemente la democracia de las mayorías, sino una democracia pluralista, en la que se representen todos los sectores -aun los disidentes- y en la que se encuentra garantizada esa participación de las minorías.

A esos efectos obedece el principio pluralista consagrado en el art. 85 Cn., que recoge y amplía la concurrencia libre de opiniones por medio del antagonismo de intereses y manteniendo la concepción de una racionalidad política derivada de procesos contendientes entre sí. La democracia pluralista vive de la tensión entre lo controvertido y el consenso, entre el ámbito de la política -donde existen y deben existir diferencias en torno a las soluciones de los problemas sociales- y el terreno de las reglas del juego o normas previamente establecidas.

Sin embargo, vale aclarar que ese consenso no es algo absoluto, sino una idea general del bien común, que varía según los tiempos y la evolución social y tecnológica; precisamente, el consenso surge cuando hay una multiplicidad de alternativas, doctrinas e intereses, es decir, cuando en el proceso decisorio se toman en cuenta esa diversidad de pareceres.

2. En ese sentido, una parte esencial del consenso reside en el respeto inviolable a las reglas del juego: las formas y procedimientos institucionales deben ser observados estrictamente en las luchas políticas y en los debates ideológicos. Por el contrario, el peligro del totalitarismo empieza cuando emerge el menosprecio oficial a las opiniones disidentes, o cuando se descalifica a los pareceres divergentes.

A esos efectos, el art. 85 Cn. establece que el gobierno es republicano, democrático y representativo y, como consecuencia de ello, el sistema político es pluralista. En ese sentido, el pluralismo se postula como elemento central de la legitimidad democrática, lo que a su vez implica el respeto a la autonomía individual a través de los procesos electorales.

El pluralismo es el marco mismo de la convivencia social, entendida como el espacio en que se encuentran –y confrontan– diferentes visiones del mundo, diversas identidades valorativas; asimismo, como principio político, enriquece la diversidad de propuestas valorativas, la necesidad de conocerlas y comprenderlas como un elemento que aumenta la propia autonomía, la capacidad de elección. En otras palabras, el principio en comento, exige evitar la identificación previa de una opinión o visión de mundo como la única que proporciona la identidad social sobre la que se construye el orden jurídico y político.

En ese sentido, la pluralidad de ideologías desempeña una función integradora para los sistemas políticos, pues los procedimientos y formalidades que persiguen expresar determinado grado de consenso se legitiman a través de la necesaria interrelación de las distintas concepciones o ideas sobre el tema que se decide.

Efectivamente, la legitimidad democrática de las decisiones no descansa en el simple hecho de posiciones u opiniones dominantes o mayoritarias, sino que se basa en la participación libre e igualitaria en el proceso de adopción de las mismas, incluso de

aquellos que no las comparten. De ahí nace la democracia misma, en lo heterogéneo del sistema de toma de decisiones, precisamente en cuanto que plural.

El pluralismo es, por tanto, un rasgo distintivo de las sociedad moderna, que es a su vez, identidad de diversas identidades. Esta realidad sería imposible si no existiera un régimen político-constitucional democrático que respete los derechos y libertades de las distintas minorías a la participación y representación de la vida pública.

3. La idea básica es que la diversidad, ya no puede seguir siendo ignorada, sino que la participación política debe ampliarse a favor del fomento de la diversidad misma; pues la presencia de representantes de las distintas tendencias ideológicas, hace que el sistema político sea más sensible a las demandas de las minorías.

No se trata de implantar un sistema en el que cada individuo o cada identidad diferenciada tenga necesariamente que estar presente en las instituciones políticas, representando sus características peculiares, el objetivo es acabar con la exclusión y discriminación de las minorías existentes e introducir nuevos temas en el debate político.

4. Es aquí donde el derecho juega su principal papel, como arbitro imparcial en la contienda de intereses, expresando neutralidad en la Constitución, pues ésta no indica un límite insuperable a las consideraciones del poder soberano, sino al contrario configura una garantía del mismo; es por ello que los postulados de la democracia, están plasmados en la Constitución, pues en ella se salvaguardan y garantizan.

En un Estado resulta forzoso que el proyecto de democracia se ajuste y concerte con la Constitución, de manera que sólo concertando con el carácter abierto e integrador de los procedimientos de participación política y con la soberanía popular, se pueden enmarcar las actividades del Estado mismo, pues el poder del Estado o es democrático o no es poder.

En definitiva, el sometimiento a la Constitución y al imperio de la ley deviene del sentido participativo, atribuido en la ejercitación democrática del poder, cuya realización constante y efectiva, se desnaturaliza con el irrespeto a la Constitución, que contiene las decisiones básicas adoptadas por el titular del poder constituyente y envuelve todo el modelo estatal de democracia.

En ese sentido, la representación se despliega en el Estado democrático con base en una normatividad constitucional. Desde el mismo derecho constitucional se superan las

explicaciones de la presentación extrademocráticas o ajenas a la normatividad específica de la Ley Suprema, que postulan una supuesta relación de confianza entre representante o representado, para definir a la representación misma, u otras posturas autoritarias que imponen la noción de la unidad del pueblo o un espíritu colectivo; pues la representación para que sea calificada como democrática debe generar pluralismo.

VII. 1. Con la incorporación del pluralismo al modelo eleccionario y a las acepciones del Estado moderno, se hace necesario implantar instituciones democratizadoras que aseguren la participación política de los ciudadanos, principalmente, a través un conjunto de facultades que tienen por el objeto activar la vida política de un Estado, bajo el matiz de libertades publicas.

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

2. A. El derecho mencionado, guarda una estrecha relación con el artículo 7 de la Constitución, con la especificidad política en la que se enmarca: se ejerce con la finalidad de colaborar en la formación de la voluntad política, con base a una tendencia ideológica o conjunto de creencias sobre aspectos políticos, socio-económicos, entre otros, que aspiran influir en la formación de la voluntad estatal.

En ese sentido, y al igual que el derecho de asociación, el derecho establecido en el artículo 72 ordinal 2° de la Constitución puede apreciarse desde una doble vertiente: la que se manifiesta en el derecho de cada persona individualmente considerada y que constituye un ámbito de autonomía individual -asociarse o no-; y la vertiente colectiva del mismo derecho, que implica el libre desenvolvimiento de la asociación como persona jurídica, dentro de la licitud de sus fines.

B. La creación de partidos políticos parte, en principio, del libre ejercicio del derecho de asociación, es decir, la creación, organización y funcionamiento de los partidos políticos se deja a la voluntad de los asociados, sin perjuicio de las exigencias tanto

constitucionales como legales del cumplimiento de determinadas pautas en estructura, actuación y fines.

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

C. Desde una perspectiva colectiva, el partido político es una asociación de individuos unidos por la defensa de intereses concretos que se enmarcan dentro de una determinada ideología o concepción del mundo, que se organiza internamente mediante una estructura jerárquica, con afán de permanencia en el tiempo y cuyo objetivo es *alcanzar el poder político*, ejercerlo y concretar determinado programa político.

Dicho objetivo -alcanzar el poder político- solamente se logra con la participación en los mecanismos o *procesos electorales*, en los cuales se canalizan las demandas de la población hacia los poderes públicos. Y es que, una de las funciones principales de los *procesos electorales* es la generación de participación política, pues posibilitan, por un lado, expresar al electorado sus preferencias ideológicas, elegir programas políticos, y, por otra parte -no menos importante-, producen representación y reflejan el pluralismo de la comunidad en el seno de las instituciones públicas.

3. A. No obstante la variedad de ideologías, programas políticos y sistemas de organización, los partidos desarrollan funciones parecidas dentro del sistema político en el que actúan. Funciones en virtud de las cuales se les ha considerado piezas e instrumentos claves de la convivencia pacífica de la sociedad.

Al respecto, González Casanova sostiene que entre esas funciones se encuentran: contribuir a la formación de la opinión pública; ofrecer programas generales de gobierno que -con esa formación de opinión- puedan debatirse; intentar coordinar y armonizar intereses sectoriales, es decir, servir como un factor de estabilidad; reducir la fragmentación de las opiniones particulares y ofrecer campos de visión más amplios; servir de vía de representación por medio de las elecciones; ser órganos de comunicación entre las exigencias populares y los gobernantes; dirigir la acción política de las instituciones

públicas; criticar y controlar la acción del gobierno cuando los partidos están en la oposición.

B. En ese sentido se ha pronunciado esta Sala, en Sentencia de 26-VI-2000, pronunciada en el proceso de Inc. 16-99, en la que se señaló que los partidos políticos desarrollan una función mediadora o articuladora en la representación política.

Estableció además que cuando se señala que los partidos políticos son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del Gobierno, implica que son los medios por los que se canaliza la participación de los ciudadanos en la configuración de la voluntad de los actos estatales, sin que esto implique que son los partidos políticos los órganos del Estado que resuelven a nombre de aquél.

Conforme a lo señalado, en El Salvador los partidos políticos no forman parte de la estructura u órganos del Estado. Son entes libremente formados que se enraízan en la esfera sociopolítica del Estado, llamados a cooperar en la formación de la voluntad política del pueblo y a incidir en la esfera de estatalidad institucionalizada, y *trasladan la representación desde el plano social hacia las estructuras orgánico-funcionales del Estado.*

C. En efecto, en ese sistema político caracterizado por el pluralismo y la diversidad de ideologías, intereses y valores de la comunidad, los partidos políticos se han integrado hasta convertirse en instrumentos de participación ciudadana y los canales constitucionalizados para expresar dicha diversidad en la configuración de los distintos entes del Estado.

En cualquier comunidad organizada, en el marco de un sistema fundamentado en la soberanía y en la libre competencia del poder político, deben existir canales de expresión política que representaran a la sociedad. En ese contexto, los partidos políticos son los que por su condición de mediadores llevan el pluralismo hacia las instituciones.

VIII. Expuesto las anteriores nociones, corresponde ahora entrar al análisis concreto de las disposiciones constitucionales, desde el examen de su proporcionalidad.

I. Así el artículo 159 del Código Electoral prescribe como requisito de inscripción de un partido político en el TSE, acreditar un número de afiliados equivalentes al tres por ciento del total de votos emitidos de la última elección Presidencial.

A. Como primer punto en el juicio de proporcionalidad de la medida adoptada, debe determinarse su finalidad, pues en efecto constituye una limitación al ejercicio del derecho establecido en el artículo 72 ordinal 2° de la Constitución. Y así poder establecer si existe una relación condicionada entre la medida y el fin, y ponderar su idoneidad para alcanzarlo.

En ese sentido, la exigencia de un número de afiliados -equivalentes al 3% del total de votos emitidos en la última elección presidencial-, pretende la determinación de un mínimo de representación preelectoral antes de inscribir un partido político, es decir, la finalidad de la medida adoptada es generar representación política previa a las elecciones.

Y es que, como se ha dejado apuntado, la democracia pluralista prescrita por la Constitución no pretende implantar un sistema en el que cada individuo o cada identidad diferenciada tenga necesariamente que estar presente en las instituciones políticas, representando sus características peculiares. Por ello, resulta constitucionalmente legítimo establecer un límite legal a la participación electoral de aquellos intereses sociales que no posean la idoneidad de trasladar, desde plano social hacia el plano orgánico funcional, la representatividad política.

Establecido lo anterior, corresponde ahora examinar la idoneidad de la medida para poder alcanzar dicha finalidad. En efecto, la participación política en los procesos electorales genera una dialéctica necesaria entre un pluralismo con efectos fragmentarios y un pluralismo con representación efectiva de intereses sociales.

En ese contexto, la medida enjuiciada genera un equilibrio entre los posibles efectos de un proceso eleccionario con antelación, en tanto que, por un lado, se pretende posibilitar que la mayor parte de los sectores sociales sean opción electoral, pues a mayor inclusión de estos, más representativas resultan las elecciones; y por el otro, se busca mantener ciertos márgenes de gobernabilidad, evitando la fragmentación política o pluripartidismo.

B. Ahora bien, respecto a su necesidad, es decir, en cuanto a la gravosidad de la medida en comparación con otras -hipotéticas- igualmente idóneas, es preciso señalar que, dada la naturaleza del control de constitucionalidad que se realiza en esta sede, un Tribunal Constitucional no podría emitir un juicio de perfección a título de imposición al legislador sobre una medida determinada que resulte menos gravosa.

Y es que, efectivamente no se trata de imponer un número o un porcentaje como menos gravoso, en comparación con el 3% actual, ello sigue siendo parte de la libertad de configuración de legislador. El juicio que, bajo el subprincipio de necesidad, se realiza se encamina a determinar –para el presente caso– el contexto en el cual ese 3% se exige, es decir, no se trata de decir si el 3% es desproporcionado por sí solo, sino de indicar si el parámetro sobre el cual se exige ese porcentaje resulta proporcionado a los fines del artículo 85 inciso 2° y 72 ordinal 2° de la Constitución.

Efectivamente, el parámetro es el *total de votos* de la última elección presidencial, el cual puede parecer bajo, sin embargo debe tenerse en cuenta que esa proporción se traduce en una cantidad fija, luego de cada elección presidencial. Con ello, los márgenes de participación se ven excesivamente limitados según aumente el número de votantes y puede alcanzar una cifra que exceda las capacidades de nuevas opciones político-sociales, sobre todo si se tiene en cuenta que dicha exigencia se establece para un partido político que apenas inicia o pretende iniciar.

En ese sentido, la desproporción se verifica, no tanto sobre el porcentaje mismo, sino sobre el contexto en el cual se exige -total de votos- que traduce la exigencia porcentual de representatividad previa, en una cifra elevada de afiliados, pudiendo exigirse el mismo porcentaje, con base en otros parámetros que resulten o generen un efecto menos lesivo a las aspiraciones de los artículo 72 ordinal 2° y 85 inciso 2° de la Constitución.

Por tanto, debe declararse la inconstitucionalidad del artículo 159 del Código Electoral por generar exigencias desproporcionadas al derecho a asociarse para constituir partidos políticos y al pluralismo político, consagrados en el artículo 72 ordinal 2° y artículo 85 inciso 2° de la Constitución, respectivamente.

2. Por su lado el artículo 182 ordinales 3°, 7° y 8° del mismo Código, establecen que si un partido político, coalición con símbolos independientes o coalición con un solo símbolo, que haya intervenido en una elección de Presidente y Vicepresidente de la República o de Diputados en la Asamblea Legislativa y no obtenga por lo menos el 3%, para el primer y segundo caso, el 6% en el tercero, del total de los votos válidos deberá ser cancelado.

A. En la primera fase del examen de proporcionalidad, también, la finalidad de la medida se plantea a partir del equilibrio entre participación y fragmentación política. En efecto, al igual que la disposición anterior –art. 159 CE– con la exigencia de un mínimo de representación postelectoral para la subsistencia de un partido político se busca mantener los márgenes de gobernabilidad a partir del resultado de un proceso electoral.

Ahora bien, el contexto del este porcentaje postelectoral se sitúa en dos tipos de elecciones: la presidencial –sistema mayoritario– y la de diputados a la Asamblea Legislativa –sistema de representación proporcional–. Deben hacerse, por tanto, las ponderaciones sobre su idoneidad por separado, pues se generan diversas consecuencias entre uno y otro en el plano de la representatividad exigida.

Así, en un sistema de elección presidencial, en el cual se adjudica la administración del gobierno desde el Órgano Ejecutivo a un solo ganador, y no se genera una participación proporcionada en el ejercicio de la jefatura de Estado y de Gobierno, entre las diversas fuerzas contendientes, no tiene ningún sentido exigir un mínimo de votos para subsistir como partido político, pues ni siquiera el segundo lugar en el resultado electoral ha conseguido transformar su representatividad social en una participación orgánico funcional.

Es decir, es incongruente exigir un porcentaje de votos para subsistir como partido, si el sistema de elección es mayoritario, pues en éste claramente solo habrá un ganador. Por tanto, y establecido que no existe una relación condicionada entre la medida –barrera electoral– y el fin –generar representación postelectoral–, precisamente porque solo obtendrá esa representación el partido que obtenga más votos, la medida adoptada resulta desproporcionada y por tanto vulnera los artículos 72 ordinal 2º y 85 inciso 2º de la Constitución.

Sin embargo, vale aclarar que la inconstitucionalidad que se pronuncia por dicha incongruencia entre la medida y el fin que persigue, se declara únicamente en la parte relativa a la elección presidencial, pues respecto de éste es que se verifica la incongruencia señalada.

B. Corresponde ahora examinar la medida impugnada contextualizada en un sistema de elección proporcional para diputados a la Asamblea Legislativa. En ese sentido, y siendo

que el fin es el mismo, solamente se ponderará la *idoneidad* del porcentaje establecido para alcanzar dicho fin.

En ese sentido, y al igual que el análisis del artículo 159 CE, la idoneidad de la medida se determina a partir del equilibrio que se genera entre los posibles efectos de un proceso electoral, en tanto que, por un lado, se pretende posibilitar que la mayor parte de los sectores sociales sigan siendo opción electoral; y por el otro, se busca mantener ciertos márgenes de gobernabilidad, evitando la excesiva fragmentación política.

Y es que, el porcentaje requerido para subsistir efectivamente constituye un límite legal a la participación postelectoral de aquellos intereses sociales que no tuvieron la idoneidad de trasladar, desde plano social hacia el plano orgánico funcional, su representatividad política.

En consecuencia, el artículo 182 ordinales 3º, 7º y 8º del CE es una medida idónea para obtener una muestra de la representatividad de un partido político, luego de un proceso electoral, y con ello supero el examen que postula el subprincipio de idoneidad.

C. En cuanto a las exigencias que derivan del subprincipio de necesidad, es decir, la posibilidad de contrastar la barrera legal electoral con otra medida igualmente efectiva, pero que restrinja en menor manera las disposiciones constitucionales desarrolladas en la presente decisión, es preciso afirmar, al igual que en el caso anterior, la jurisdicción constitucional tiene su límite en la libertad de configuración del legislador.

En ese sentido, afirmar la existencia de una medida menos lesiva es únicamente a fin de establecer un contraste hipotético para ponderar la medida actual, que en suma es la verdaderamente impugnada. Es decir, no se pretende establecer cuál sería la medida más idónea o menos lesiva, sino establecer porqué la medida impugnada no supera el juicio de necesidad.

Así, es un proceso electoral cuya finalidad es la conformación de un órgano colegiado, y con un sistema de elección proporcional, la representación de intereses sociales postelectoral perfectamente se logra con la adjudicación de un escaño parlamentario, así sea por el sistema de residuos. Es decir, no es tan necesario acreditar un porcentaje de votos en la elección para diputados para subsistir como partido político, si

con la obtención de por lo menos un escaño se logra con igual efectividad el fin diseñado por la disposición impugnada.

Y es que, si de lo que se pretende es eliminar una excesiva fragmentación política, cancelando aquellos partidos políticos que no hayan obtenido un mínimo de representatividad en un proceso electoral con sistema proporcional, el establecimiento de un porcentaje resulta elevadamente gravoso en comparación con otra medida igualmente efectiva: desaparecerían por carecer de un mínimo de representatividad aquellos partidos que no hayan alcanzado un escaño parlamentario cuando menos.

En consecuencia, y dado que la disposición impugnada no ha logrado superar el juicio de proporcionalidad, en cuanto a las exigencias que derivan del subprincipio de necesidad, debe declararse su inconstitucionalidad por vulnerar los artículo 72 ordinal 2° y 85 inciso 2° de la Constitución.

Por tanto:

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales citadas y artículos 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador esta Sala

Falla:

1. *Declárase* que en el artículo 159 del Código Electoral existe la inconstitucionalidad alegada, en tanto que genera exigencias desproporcionadas al derecho a asociarse para constituir partidos políticos y al pluralismo político, consagrados en el artículo 72 ordinal 2° y artículo 85 inciso 2° de la Constitución, respectivamente, pues el 3% se exige con base en *todos los votos emitidos* en la última elección.

2. *Declárase* que en el artículo 182 ordinal 3° del Código Electoral existe la inconstitucionalidad alegada, en tanto que, por un lado, establece como requisito de subsistencia haber obtenido como mínimo un porcentaje de los votos en una elección presidencial, siendo que en éstas no hay representación orgánico-funcional postelectoral más que para el ganador; y, por otro, en el caso de exigir el mismo porcentaje para elecciones de diputados a la Asamblea Legislativa, resulta innecesario, siendo que puede obtenerse con una medida menos lesiva la misma finalidad de generar representatividad postelectoral.

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

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