

**VOTO RAZONADO DE DISCONFORMIDAD
DE LOS MAGISTRADOS FERNANDO ARGUELLO TELLEZ Y
EDUARDO ANTONIO URQUILLA BERMUDEZ**

I.- Introducción.

Emitimos el presente voto de disconformidad a la sentencia pronunciada a las quince horas y diez minutos del día diecisiete de diciembre del presente año por el Tribunal Supremo Electoral, TSE, a efecto de dejar constancia que no estamos de acuerdo en su contenido, tanto en su parte expositiva como en su fallo, pues en su integridad constituye una VIOLACIÓN A LA CONSTITUCIÓN, A LA NORMATIVA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, Y AL CÓDIGO ELECTORAL.

En el presente procedimiento, el TSE ha fundamentado el inicio del mismo en su facultad oficiosa derivada de dos avisos de la ciudadana Xiomara Yanira Pineda: un escrito sin fecha y presentado el día ocho de noviembre, y otro suscrito y presentado con fecha quince de noviembre, ambos del presente año. El supuesto apoyo legal de los avisos estuvo señalado así: “a partir del 5 de noviembre del presente año “solo los partidos políticos o coaliciones que hayan inscritos candidatos tendrán derecho a propaganda electoral””. En ninguno de los dos escritos la ciudadana Xiomara Yanira Pineda, especificó la propaganda electoral que consideraba “ilegal y violenta hecha por el partido político ARENA directamente o que hace a través de sus militante (sic) como lo es la candidata a Diputada por el partido ARENA para el año dos mil doce, por el Departamento de San Salvador, señora Maritza Herrera Rebollo, quien se escuda en su derecho de expresión que como ciudadana le pertenece”.

La sentencia emitida por el TSE dice en parte de su exposición: 1) que el presente procedimiento se inició “de acuerdo con la formulación normativa contenida en el inciso 2 del art. 172 del CE”. (Romano III. 1 primer párrafo); 2) Que en la línea “...de la interpretación a contrario (sic) del inciso 2 del art. 172 CE, puede (sic) afirmarse que a las personas naturales les está prohibida la realización de actividades de propaganda electoral (Romano III.1 tercer párrafo); 3) Que de conformidad a la prueba producida durante la audiencia respectiva, “...este Tribunal tiene por acreditada la existencia de un hecho constitutivo de propaganda electoral en los términos regulados por el art. 172 inc. 2 CE” (Romano III.2 (ii)); y en su fallo expresa: “a) Declárase culpable a la señora Maritza del Rosario Herrera Rebollo de la infracción al artículo 172 inciso 2 del Código Electoral”. La resolución está suscrita por los Magistrados



Propietarios: Eugenio Chicas Martínez, Walter René Araujo Morales, y Gilberto Canjura.

Consideramos que la referida sentencia del TSE en su parte expositiva de interpretación del artículo 172 inciso segundo del Código Electoral, es contraria: 1) al artículo 6 de la Constitución, Cn. que estipula: "*Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho no estará sujeto a previo examen, censura ni caución, pero los que haciendo uso de él, infrinjan las leyes, responderán por el delito que cometan*"; 2) es contraria al artículo 8 de la Constitución que estipula: "*Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe*".

También vulnera el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por El Salvador el 20 de junio de 1978), que consigna:

"Libertad de Pensamiento y de Expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley.. "

II.- Libertad de Expresión y Difusión del Pensamiento, y Propaganda Electoral.

Derecho de Libertad de Expresión y Difusión del Pensamiento.

La expresión y difusión libre del pensamiento está comprendida en los Derechos Individuales de nuestra Constitución, es decir, está configurada como un *derecho de libertad*. Por lo tanto, no requiere de un reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico para definir sus legítimos titulares. El artículo 6 Cn. dice: "*Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos*". En la Exposición de Motivos de la Constitución de 1983, la Comisión de Estudio afirma que "adoptó el más amplio criterio en defensa de la libre expresión y difusión del pensamiento".

Los ciudadanos y ciudadanas salvadoreñas también estamos bajo la protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En diferentes sentencias contenciosas y opiniones consultivas, la Corte Interamericana de

Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el artículo 13 de la Libertad de Pensamiento y de Expresión.

La Corte Interamericana reconoce la dimensión individual y social de la Libertad de Pensamiento y de Expresión. Con respecto a la dimensión individual afirma que *“la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir la información y hacerla llegar al mayor número de destinatarios”* (Caso Ivcher Bronstein Vs Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, 147). Asimismo la Corte manifiesta en cuanto a la dimensión social, que *“la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otros sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias”* (Caso Ivcher Bronstein Vs Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001, 148).

Propaganda Electoral.

Inserta la manifestación y difusión del pensamiento en los procesos electorales se denomina propaganda electoral. Vale mencionar entonces, que *la propaganda electoral es una expresión particular de la libertad establecida en el artículo 6 Cn.*, e indudablemente persigue persuadir o influir para que los electores voten a favor de un partido político o candidato, o desalentar esa preferencia.

Teniendo presente la finalidad de los procesos electorales, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión despliega su mayor relevancia, y confirma lo expresado por la Sala de lo Constitucional de nuestro país, de que el citado derecho es: un *presupuesto de los derechos de participación*: sufragio activo y pasivo, y asociación política; es un *componente esencial del gobierno democrático*; y que en su dimensión objetiva es un *elemento estructural de la democracia y del orden jurídico* establecido en la Constitución. (Sentencia de inconstitucionalidad 91-2007, de fecha 24 de septiembre de 2010).

Con similares ideas se expresa la Sala de lo Constitucional de Costa Rica, al referirse a la disposición del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente en nuestro país, al declarar que *“la libertad de expresión e información tiene un carácter básico al ser presupuesto necesario para los restantes derechos fundamentales, razón por lo cual se le ha señalado como factor determinante para la legitimidad del funcionamiento del sistema democrático, al permitir que en todo momento las personas, sin distinción alguna, piensen de la manera que mejor decidan y expresen libremente sus opiniones...En consecuencia, bajo ese amplio contenido de la libertad de*

expresión e información encuentra cobijo la propaganda electoral” (Sentencia de inconstitucionalidad, Res: 1997-01750, de fecha 21 de marzo de 1997).

Muy ilustrativa es la anterior sentencia de la Sala de lo Constitucional de Costa Rica, pues al hacer la vinculación de la regulación constitucional de la propaganda electoral y el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice: *“la propaganda electoral es ...una forma de manifestar el pensamiento, de ‘divulgar informaciones e ideas’, sobre todo ideas, argumentos, estribillos, imágenes, dramatizaciones, ¿por qué no?, con el afán de convencer, de atraer –de ‘seducir’ si se prefiere- a los ciudadanos, eventuales electores, por lo que su contenido y propósitos no difieren de los de otras manifestaciones, nunca discutidas, de la libertad de expresión”*. Y finalmente precisa: *“de manera que toda propaganda política o electoral implica siempre el ejercicio de esa libertad, no importa si a aquella, de la naturaleza que sea, se le hayan aplicado técnicas publicitarias y se difunda una vez o reiteradamente, en los medios de comunicación o de otra forma”*.

Partidos Políticos: Titulares Principales pero NO exclusivos.

Las ideas anteriores derivan en identificar como sujetos titulares de la propaganda electoral a los partidos políticos, a todos los ciudadanos, y a los medios de comunicación. Aclaración especial merece la titularidad de los partidos políticos, en el sentido que *no son titulares exclusivos para hacer propaganda electoral*, pues ello iría en contra de la Constitución, de la normativa internacional de los derechos humanos, y del Código Electoral.

Hay que reconocer sin embargo, que los partidos políticos son los *titulares principales de la propaganda electoral*. La afirmación dicha está respalda en la misma Constitución, por el papel asignado a los partidos políticos. El art. 85 inc. 2 Cn. establece que el sistema político se expresa por medio de ellos, y *“que son el único instrumento para el ejercicio de la representación del pueblo dentro del gobierno”*. *La exacta y verdadera interpretación del art. 172 inciso segundo del Código Electoral, debe ser en el sentido que la expresión y difusión de las ideas de los partidos políticos en los procesos electorales, es indispensable, es necesaria. Pero jamás de un carácter exclusivo, pues ello sería inconstitucional al marginar a la persona humana que es “el origen y fin de la actividad del Estado”*.

La libertad de expresión y difusión del pensamiento no es un derecho absoluto.

La libertad de expresión y difusión del pensamiento tiene sus límites. En cuanto a los sujetos, la misma Constitución restringe la propaganda electoral

sólo a los ministros de cualquier culto religioso, a los miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas, a los miembros de la Policía Nacional Civil, y a los extranjeros, artículos 82 y 97 Cn., y 184 del Código Electoral. La anterior referencia viene a ratificar que *todas las demás personas pueden hacer propaganda electoral, ya que no se encuentran en una disposición armada o de autoridad, y por lo tanto lo único que poseen para influir en el ánimo de las personas es su convicción política. (Exposición de Motivos de la Constitución de 1983).*

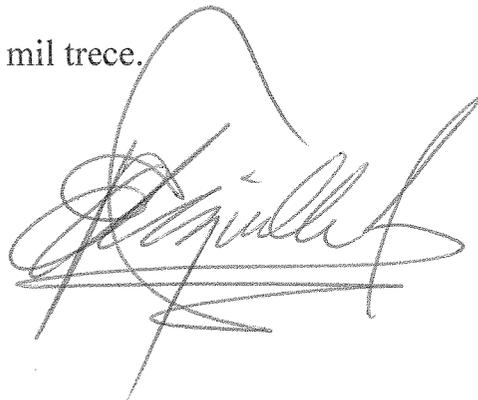
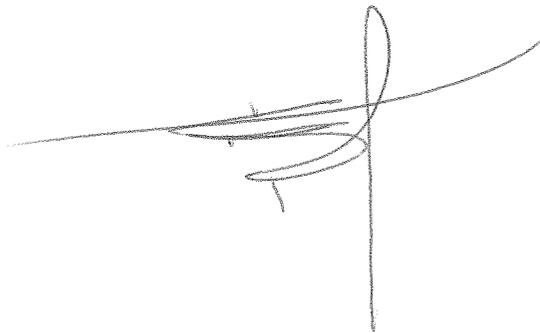
Es tan cierto que la persona natural puede hacer propaganda electoral, que realizada de forma anticipada, o injuriosa, infamante o calumniosa, debe ser sancionada o castigada por las autoridades competentes, según las disposiciones del Código Electoral o del Código Penal en su caso. Si la persona natural no se encuentra en las anteriores circunstancias, estará haciendo debido uso de un derecho constitucional de libertad, ya que no hay una expresa prohibición para su ejercicio. Lo contrario implica una transgresión al artículo 8 Cn.

III.- Conclusión.

Por todo lo expuesto concluimos, que la sentencia pronunciada por el TSE relacionada, es inconstitucional por vulnerar diferentes disposiciones de nuestra Constitución, violatoria a la normativa internacional de derechos humanos y al Código Electoral.

Así nuestro voto razonado de disconformidad.

San Salvador, diecisiete de diciembre de dos mil trece.



Recibido
12:06
07/01/2014

Secretaría