

19-2016

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las doce horas con treinta minutos del día diez de junio de dos mil diecinueve.

Se agrega al expediente los siguientes escritos: (i) el presentado por la ciudadana Sonia Clementina Liévano de Lemus el 5 de abril de 2019; (ii) el presentado por el ciudadano Herbert Danilo Vega Cruz el 15 de mayo de 2019, por el cual solicita se emita la sentencia en el presente proceso; y (iii) la esquila de notificación de la resolución emitida por la procuradora para la defensa de los derechos humanos el 17 de mayo de 2019, en el expediente SS-0220-2017.

El presente proceso fue iniciado por el ciudadano Herbert Danilo Vega Cruz, para que se declare la inconstitucionalidad, por vicio de forma, del Decreto Legislativo n° 765, de 31 de julio de 2014, publicado en el Diario Oficial n° 147, tomo 404, del 13 de agosto de 2014 (D. L. 765/2014), por el que la Asamblea Legislativa eligió al abogado Jesús Ulises Rivas Sánchez como magistrado propietario del Tribunal Supremo Electoral (TSE) para el período que inició el 1 de agosto de 2014 y que concluirá el 31 de julio de 2019, por la supuesta infracción a los arts. 85, 172 inc. 3°, 208 inc. 1° y 218 Cn.

Analizados los argumentos y considerando:

I. Objeto de control.

D. L. 765/2014..

“Art. 2.- Elíjanse Magistrados Propietarios y Magistrada Propietaria del Tribunal Supremo Electoral, para el periodo constitucional que inicia el 1 de agosto del año 2014 y concluye el 31 de julio del año 2019, a las personas siguientes:

PROPIETARIOS:

[...]

MAGISTRADO: LIC. JESUS ULISES RIVAS SÁNCHEZ”.

II. Argumentos de los intervinientes.

I. En síntesis, el actor afirmó que en el proceso de elección de magistrados del TSE la Asamblea Legislativa no constató la vinculación objetiva o afinidad manifiesta del abogado Rivas Sánchez con el partido político Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN). Para él, esta omisión de la autoridad demandada contraviene los principios de la democracia representativa y republicana, y el principio de independencia (arts. 85, 172 inc. 3°, 208 inc. 1° y 218 Cn.).

A. El primero de los argumentos con el que pretende justificar su solicitud es que en la jurisprudencia constitucional se ha establecido que el requisito de independencia partidaria (que

conlleva la incompatibilidad entre la afiliación a un partido político y el ejercicio de un cargo con legitimación democrática indirecta) debe ser corroborado por la Asamblea Legislativa de forma previa a la elección respectiva. Agregó que en la “jurisdicción electoral” la independencia partidaria guarda especial importancia, porque en ella se deciden aspectos importantes para los actores políticos estatales. Por ello, la independencia de los magistrados del TSE (que deriva de los arts. 172 inc. 3° y 208 inc. 4° Cn.) está justificada por la trascendencia de los intereses políticos que con ella se pretenden garantizar. Esta independencia se requiere porque tal vinculación podría significar un conflicto de intereses o un obstáculo para la realización de la finalidad de interés general del cargo público judicial, principalmente por la relación obligacional entre el afiliado y el partido. En consecuencia, la Constitución establece que el órgano competente debe evidenciar que la elección de los funcionarios a que se refiere el art. 131 ord. 19° Cn. no haya obedecido a criterios de conveniencia política o de simple reparto de cuotas partidarias en detrimento de la independencia de las personas que ejercen esos cargos. De ahí que, con base en la sentencia de 28 de abril de 2015, inconstitucionalidad 122-2014, adujo que el principio de independencia partidaria impone a la Asamblea Legislativa el deber jurídico de elegir a todo funcionario de elección indirecta que carezca de afiliación partidaria, formal o material.

B. El segundo argumento es que la afinidad del abogado Rivas Sánchez con los candidatos al cargo de presidente y vicepresidente de la República del partido FMLN en las elecciones presidenciales del año 2014, y con ese instituto político, es un hecho que se ha hecho público en prácticamente todos los medios de comunicación. Con respecto a este alegato, proporcionó enlaces web de artículos de periódicos en los que se documenta la participación de este funcionario en un acto de proselitismo político a favor del FMLN durante el período de campaña de la elección presidencial de 2014, así como el enlace de un vídeo transmitido por un canal de televisión digital, en el que dicho abogado pidió el voto para la fórmula de candidatos de ese partido. Por tanto, el actor concluyó que la intervención del abogado Rivas Sánchez es “[...] prueba suficiente del nivel de compromiso que el ahora magistrado guarda con el partido de gobierno, situación que no requiere mayor análisis para concluir que por su afinidad con ese partido de político, no es un persona que pueda garantizar independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional conferida al TSE”. Por tanto, pide la inconstitucionalidad del D. L. 765/2014, en lo relativo a la elección del referido profesional.

2. La Asamblea Legislativa rindió su informe en el plazo legal respectivo. En él expresó que la Corte Suprema de Justicia (CSJ) es la autoridad obligada a documentar y constatar la ausencia de vinculación política partidaria (ya sea formal o material) de los abogados que propone, según los arts. 177 y 208 Cn. y a la jurisprudencia constitucional que obliga a los órganos de Estado a cumplir con la Constitución. En ese orden, resalta: (i) la convocatoria pública realizada por la CSJ a los abogados de la República, para integrar la ternas a magistrados del TSE, en la que uno de los requisitos fue la declaración jurada en la que el candidato declaró que “no pertenece a ningún partido político”; y (ii) el comunicado emitido por la Dirección de Comunicaciones y Relaciones Públicas de la CSJ, al que califica como un hecho notorio, en el cual se informa que la conformación de las ternas al cargo de magistrado del TSE se realizó de acuerdo con los arts. 177 y 208 Cn. Con base en ambos documentos, arguye que la CSJ exigió a los candidatos que acreditaran la ausencia de vinculación político partidaria y que las ternas remitidas a las Asamblea Legislativa son producto de un proceso que cumple los estándares constitucionalmente previstos. Por ello, la autoridad demandada afirma que, según “los hechos notorios a los que se ha hecho referencia”, se procedió a la elección de los magistrados del TSE.

Agregó que en el acta de Corte Plena de las 9:00 horas del día 23 de julio de 2014 consta la selección de las ternas a magistrados del TSE. En ella advierte que la CSJ verificó el cumplimiento de los requisitos previstos en el art. 208 Cn. De lo contrario, la CSJ “[...] no hubiere remitido [a la Asamblea Legislativa las] ternas de candidatos con señalamientos o vinculaciones partidarias”. En ese orden, la autoridad demandada aduce que dentro de los magistrados que votaron a favor del abogado Rivas Sánchez para la integración de las ternas a magistrados del TSE están los exmagistrados propietarios Florentín Meléndez Padilla, José Belarmino Jaime, Edward Sidney Blanco Reyes y Rodolfo Ernesto González Bonilla. Por tanto, a la Asamblea Legislativa le parece “inconcebible” que si el abogado Rivas Sánchez “no cumplía [...] los requisitos establecidos por la Constitución y los requisitos exigidos vía jurisprudencia establecidos por [los exmagistrados], hubiera logrado pasar y llegar hasta la última etapa del proceso y sobre todo ser seleccionado para la conformación de alguna de las ternas”. Concluyó que no ha violado la Constitución, pues, con base en la documentación analizada en el proceso de selección de magistrados al TSE y en los hechos notorios producidos por la CSJ, documentó y constató la “no vinculación formal y material” del abogado Rivas Sánchez. En consecuencia, pidió que se desestime la pretensión de inconstitucionalidad.

3. Por su parte, tras desarrollar algunas consecuencias del Estado Constitucional de Derecho, la independencia institucional con énfasis en la judicial, la “separación de poderes”, los principios de legalidad y reserva de ley, el Fiscal General de la República sostuvo que la tesis del actor no es válida, porque la Constitución exige que para ser electo magistrado del TSE deben cumplirse los requisitos para ser magistrado de segunda instancia en el Órgano Judicial y “no pertenecer a un partido político”. Por tanto, aduce que el abogado Rivas Sánchez reúne los requisitos constitucionales para ejercer tal cargo, pues, por una parte, no existe una causa que permita inferir que “[...] responde a un interés partidario y que pudiera estar imposibilitado para ser elegido como tal”; y, por otra parte, “[...] la independencia e imparcialidad se centra en la objetividad en el desempeño de su cargo [...]”, tal como lo “[...] demostró en el último evento electoral [...]”. Finalmente, agrega que la elección que se impugna fue a propuesta de la CSJ, por lo que esta autoridad fue quien “[...] debió [...] haber documentado que existían elementos objetivos y válidos para sostener que [el abogado Rivas Sánchez] cumplía los requisitos que establece la Constitución [...]” y “[...] verificar la ausencia de vinculación partidaria del mismo”. Finalizó afirmando que no existe la inconstitucionalidad alegada.

4. A. En el auto de admisión de 16 de enero de 2017, se confirió audiencia al abogado Rivas Sánchez. Dicha audiencia fue evacuada por medio del escrito de 16 de febrero de 2017. Tornando como base la jurisprudencia y la legislación comparada en torno a la independencia judicial y la vinculación a partidos políticos, dijo que “no comparte el criterio adoptado por [esta sala]”, pues “[...] la afiliación partidaria de un ciudadano no es un impedimento u obstáculo para desarrollar funciones jurisdiccionales”, de modo que tal criterio jurisprudencial puede ser “revisable” atendiendo a las razones vertidas en el contexto comparado del Estado Constitucional de Derecho.

B. También indicó que al ser restricciones, las causas de inelegibilidad deben ser establecidas por el constituyente o por el legislador mediante una ley en sentido formal, último supuesto en que debe hacerse de forma “razonable y proporcional”. De ahí que las inelegibilidades “[...] no [puedan] hacerse de forma arbitraria, irrazonable, casuística ni de forma *ex post*”, porque ello lesiona el derecho previsto en el art. 72 ord. 3° Cn.

C. Después, intentó refutar los argumentos del actor. Para hacerlo, explicó que “no concurre en [su] persona ninguna causal de inelegibilidad que la Constitución regule para el acceso al cargo de [m]agistrado del [TSE], proveniente de una de las ternas de la [CSJ]”. De esta

forma, y con base en el informe de la Asamblea Legislativa, afirmó que su elección fue a propuesta de la CSJ, por lo que tal institución es la que tiene la obligación de documentar y constatar la ausencia de vinculación político partidaria de los abogados que propone a la citada asamblea, según los arts. 177 y 208 Cn. Por tanto, considera que la posición de la autoridad demandada “resulta totalmente válida”.

Además, dijo que presentó “[...] la documentación pertinente para acreditar que carecía de cualquier vinculación formal con cualquier partido político [...]”. Y añadió que “[n]o obstante que en su momento oportunamente [acreditó] dicho hecho, [agrega] al [...] escrito una constancia expedida por el [s]ecretario [g]eneral del [TSE] en la que se hace constar que no se [encuentra] afiliado a ningún partido político, y una constancia expedida por el mencionado funcionario en la que se hace constar que no [ha] sido candidato a cargo de elección popular ni [...] donante de ningún partido político”. Asimismo, en relación con el supuesto “compromiso o apoyo con el proyecto político e ideológico del partido FMLN”, advierte que “dar por cierta toda la información que se genera en los medios de comunicación y basado en ello puede generar violaciones a los derechos humanos de los ciudadanos”, porque nuestro país posee una “sociedad polarizada ideológicamente en su mayoría, donde los medios de comunicación pueden desarrollar noticias dependiendo de la orientación política editorial que tengan”. Por ello, arguyó que no posee ningún vínculo formal ni material con ningún partido político, lo cual acreditó a la CSJ cuando participó como candidato a magistrado del TSE. A esto añadió que “nunca ha sostenido reuniones donde [se] decidan cosas importantes o de organización interna de partidos políticos y *tampoco [ha] realizado actividades de campaña de ningún partido político*” [cursiva propia del tribunal].

Por último, en el ejercicio del cargo para el cual fue electo, siempre ha actuado con independencia e imparcialidad. Señala que debe probarse que perjudicó o favoreció a alguna de las partes de los procesos electorales que conoció. Según él, su independencia e imparcialidad puede analizarse con el “estudio de la resoluciones y actuaciones donde [ha] participado como magistrado del TSE”, sin olvidar que dicho tribunal representa .un órgano colegiado, por lo que la imparcialidad debe valorarse en dicho contexto”.

Por todo lo anterior, pidió que se desestime la pretensión de inconstitucionalidad.

III. Peticiones incidentales y principio de concentración.

Mediante escrito de 27 de febrero de 2017, el abogado Jesús Ulises Rivas Sánchez pidió

la nulidad y la revocatoria del auto de 24 de febrero de 2017, mediante el cual se decretó la medida cautelar vigente en este proceso; ambas peticiones fueron reiteradas por escrito de 19 de abril de 2017. Como se observa, dicho profesional ha cuestionado la resolución por 2 vías simultáneas: la revocatoria y la nulidad. Para él, ese tipo de decisión admite recurso de revocatoria, porque se trata de un auto simple (arts. 212 inc. 3° y 503 CPCM —de aplicación supletoria en el proceso de inconstitucionalidad, cambiando lo que deba cambiar—), argumentando que debía resolverse de forma preferente la recusación por él planteada, antes de que se decretara la medida cautelar. Por su parte, en lo relativo a la nulidad, el argumento se basa en que la decisión que decreta la medida cautelar representa una sentencia anticipatoria. Por tal razón, conviene recordar que, según el art. 232 CPCM, esta última procede solo en aquellos casos en que así lo establezca expresamente la ley o, excepcionalmente, cuando los actos procesales se producen ante o por un tribunal que carece de jurisdicción o competencia que no pueda prorrogarse, si se realizan bajo violencia o intimidación o mediante la comisión de un acto delictivo y si se han infringido los derechos constitucionales de audiencia o de defensa.

1. En relación con la denuncia de la nulidad, es pertinente señalar que, según el art. 56 parte final CPCM, los escritos por los que se plantea la recusación no producen el efecto de inhibir del conocimiento o intervención al juez correspondiente, *sino a partir del día en que se le hace saber la resolución que lo declara separado del conocimiento o intervención en el asunto; sin embargo, no podrá pronunciar resolución final en el proceso o recurso mientras esté pendiente la recusación o abstención, pena de nulidad*. El abogado Ulises Rivas considera que la medida cautelar decretada, consistente en suspenderlo en el ejercicio del cargo de magistrado del TSE, produce el efecto material equivalente a la de una sentencia de inconstitucionalidad estimatoria. En sus propias palabras: “[1]a medida cautelar que habéis dictado es una disfraz de cosa juzgada fraudulenta, porque con la orden de suspenderme en el ejercicio del cargo —antes que exista sentencia— se [le] está ejecutando *in limine* los efectos a que llevaría una eventual sentencia definitiva de destitución de [su] persona en el cargo. Al final, la sentencia solo vendría a formalizar la decisión que previamente habéis tomado de separarme del cargo”.

Para determinar si en el presente caso es procedente denunciar la nulidad al mismo tiempo que se interpone el recurso de revocatoria, ambos contra la resolución que decretó la medida cautelar, es preciso recordar que la aplicación supletoria del Derecho Procesal común a los procesos constitucionales se ha utilizado en la jurisprudencia constitucional para colmar los

vacíos existentes en la Ley de Procedimientos Constitucionales, dada su escasa y en algunos puntos desfasada regulación, frente a la multiplicidad de problemas procesales que regularmente se plantean ante este tribunal. Pero, esta sala ha insistido en que esa construcción jurisprudencial no se hace de forma mecánica o irreflexiva, sino mediante una interpretación garantista de los derechos fundamentales, con el objeto de potenciar sus oportunidades procesales tendientes a acreditar sus pretensiones o resistencias (auto de sobreseimiento de 8 de julio de 2011, amparo 54-2010), aunque siempre conservando las particularidades de cada tipo de proceso. La idea de supletoriedad del art. 20 CPCM es precisamente esa: la aplicación de dicho cuerpo normativo cuando haga falta o por una deficiencia de regulación de la legislación específica correspondiente, siempre además, que dicha supletoriedad no sea contraria a la naturaleza del proceso constitucional, puesto que el diseño de la norma que suple no está estructurado originalmente para un ámbito constitucional.

Ante la denuncia de nulidad planteada, esta sala observa, primero, que el solicitante ha omitido argumentar por qué debería aplicarse dicha figura también dentro de los procesos constitucionales, y específicamente en el proceso de inconstitucionalidad. Segundo, la finalidad en esencia impugnativa de dicho mecanismo ya está comprendida dentro de las posibilidades de interponer recurso de revocatoria que este tribunal ha reconocido, precisamente por medio de una aplicación supletoria de la legislación procesal común (al respecto, véase la resolución de improcedencia de 4 de mayo de 2016, amparo 656-2015). De esta forma, la supuesta infracción al art. 56 CPCM se pudo plantear dentro de los motivos de su recurso de revocatoria, sin que la imposibilidad de acudir a una denuncia de nulidad afectara en modo relevante sus medios procesales de defensa. Tercero, la incorporación simultánea de un mecanismo adicional de discusión incidental dentro de los procesos constitucionales, cuya finalidad y oportunidad impugnativa ya está comprendida dentro de la posibilidad de recursos de revocatoria, podría afectar en este caso la gestión efectiva de dichos procesos, dilatando en exceso su tramitación y entorpeciendo el logro de sus fines, por lo que, no debe entenderse que todo el diseño del Código Procesal Civil y Mercantil pueda trasladarse a los procesos constitucionales. De ahí que la nulidad se deba declarar improcedente.

2. En cuanto a la revocatoria, el abogado Rivas Sánchez fundamentó dicho recurso en 4 razones: (a) la violación del art. 52 inc. 3º CPCM, en cuanto dispone que “[l]a recusación deberá tramitarse con carácter preferente”, que según el peticionario fue incumplida al resolver primero

sobre una medida cautelar y hasta después decidir el llamamiento de los magistrados suplentes que conocerán sobre la recusación; (b) la violación del art. 55 inc. 2° CPCM, porque se debió mandar a oír a las partes, antes de llamar a los suplentes; (c) la misma omisión de la audiencia a las partes antes de llamar a los suplentes viola los derechos al debido proceso y al derecho de audiencia (arts. 2 y 11 Cn.), ya que a él se le privó de “[...] la oportunidad de extender las razones de su denuncia de falta de imparcialidad del juez recusado”; y (d) al ordenar que la medida cautelar se aplicara a partir del día de su emisión, se infringió la regla de que los autos interlocutorios no causan firmeza hasta vencido el plazo de 3 días hábiles para su impugnación, lo cual también vulneró las garantías del debido proceso.

A. En cuanto a la primera razón, el recurrente propone una interpretación aislada del art. 52 inc. 3° CPCM, pues en realidad el “carácter preferente” del trámite de la recusación debe entenderse en armonía con la regla que descarta la inhibición de los magistrados recusados para continuar la sustanciación del proceso principal, con la única excepción de que no pueden pronunciar la resolución final, tal como lo dispone el art. 56 CPCM; esto coincide también con los poderes de dirección judicial del proceso reconocidos en el art. 14 CPCM. Vinculando estas normas desde un criterio sistemático y no parcial, aislado o extremadamente literalista, resulta que la preferencia en el trámite de la recusación es una directriz o pauta orientadora del tribunal, pero de ningún modo excluye la posibilidad de resolver una medida cautelar que, según su fundamentación y sin perjuicio de que esta sea impugnada por vía no devolutiva, se basa precisamente en un criterio de urgencia. Por estas razones, no puede considerarse que la resolución impugnada haya violado el art. 52 inc. 3° CPCM, como lo propone el recurrente.

B. En lo atinente a la segunda razón, el abogado Rivas Sánchez invoca una disposición que se refiere al trámite de la recusación en el supuesto de que esta deba ser resuelta por un tribunal distinto al del juez recusado. Pero ese no es el caso para esta sala —pues, según el art. 12 de la Ley Orgánica Judicial, es ella misma la que conoce de la recusación— y el recurrente omite argumentar por qué debería ser aplicable literalmente dicha regla, a pesar de referirse a un supuesto distinto. Si se atiende a la finalidad de la disposición, se concluye que lo relevante es que las partes tengan la oportunidad de opinar sobre la recusación solicitada antes de que esta sea resuelta, para que en su decisión se disponga de la mayor información posible sobre los criterios relevantes para aceptarla o rechazarla. No se trata de un trámite que deba ser cumplido con rigor excesivamente formalista. Además, si la oportunidad precisa de la audiencia conferida tuviera

acaso relevancia invalidatoria —lo que ha sido descartado—, no se trata de una exigencia previa a la medida cautelar, sino únicamente al llamamiento de suplentes, de modo que su pretendido efecto de todos modos carecería de relevancia para impugnar dicha medida.

C. Respecto al tercer argumento de impugnación, en el sentido de que al omitir la audiencia a las partes antes de llamar a los suplentes se vulneraron los derechos al debido proceso y derecho de audiencia del recurrente (arts. 2 y 11 Cn.), porque se le privó de “[...] la oportunidad de extender las razones de su denuncia de falta de imparcialidad del juez recusado”, hay que aclarar que la audiencia previa establecida por la ley tiene por finalidad favorecer una discusión racional sobre los motivos de recusación, a fin que de que al decidir sobre esta se disponga de la mayor información posible sobre los criterios de relevancia que deben determinar su aceptación o rechazo. De acuerdo con ello, se trata de una oportunidad para las otras partes procesales, distintas a quien solicita la recusación. La violación al debido proceso y al derecho de audiencia es un sinsentido, precisamente porque se ha “oído” la hipótesis del recurrente sobre posibles motivos de recusación, es que se ordena la audiencia en cuestión. La oportunidad de que el hoy impugnante se pronunciara sobre la existencia de dudas de la imparcialidad judicial es justamente lo que origina el incidente. La interpretación de que el art. 55 inc. 2º CPCM debería permitir al peticionario “extender las razones de su denuncia” generaría, según la finalidad dialéctica de la audiencia a las partes; una nueva ronda de consulta a los demás sujetos procesales sobre dicha “extensión de la denuncia”, con una nueva oportunidad de “extensión” de los motivos de recusación, más una nueva exigencia de consulta al resto de intervinientes y así sucesivamente. Dicha interpretación no resulta adecuadamente razonable.

D. Y sobre el cuarto motivo del recurso hay que recordar que la aplicación supletoria del CPCM en los procesos constitucionales no se hace de forma mecánica o irreflexiva, sino mediante una interpretación garantista de los derechos fundamentales y siempre conservando las particularidades de cada tipo de proceso. En dicho sentido, las medidas cautelares en el proceso de inconstitucionalidad son una manifestación de los poderes decisorios de esta sala orientados a garantizar la mayor eficacia posible de las normas constitucionales, cuya defensa objetiva le compete, y para ello dispone de un margen de acción —constitucionalmente delimitado— para modular el alcance de dichas medidas, fijando, por ejemplo, su forma de cumplimiento o el tiempo de inicio para ello. En dicho sentido, la eficacia de esas decisiones no puede supeditarse al consentimiento de las partes reflejado en el trascurso de un período *legal* de impugnación, como

podría ocurrir en un procedimiento ordinario de aplicación del Código Procesal Civil y Mercantil. Incluso en el proceso común, las medidas cautelares se dictan sin audiencia de parte contraria (art. 453 CPCM). Los derechos de los posibles afectados se garantizan mediante sus oportunidades subsistentes de recurso sin efecto devolutivo contra dicha medida; tal como se ha evidenciado en el presente caso, entre otros medios de protección reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Y en vista de que el recurrente ha formulado una interpretación aislada de las disposiciones jurídicas aplicables, no considera el carácter especial de la recusación ante este tribunal y no cuestiona los requisitos de procedencia, la fundamentación ni la proporcionalidad de la medida cautelar, sino únicamente supuestos vicios formales o de procedimiento, se declarará sin lugar la revocatoria solicitada.

3. Por escrito presentado el 5 de abril de 2019, la ciudadana Sonia Clementina Liévano de Lemus pide a esta sala tenerla como tercera perjudicada. Alega que al suspenderse cautelarmente el nombramiento del abogado Rivas Sánchez como magistrado del TSE, ella fue llamada para suplir dicho cargo, pero no se le ha reconocido la remuneración y las prestaciones que según la ley corresponden al cargo de magistrado propietario del referido tribunal. Ahora bien, al analizar dicha solicitud, se advierte que la intervención solicitada se fundamenta exclusivamente en una afectación a la esfera jurídica individual, es decir, en un agravio personal, el cual no tiene ningún tipo de conexión con el objeto de discusión del proceso. En efecto, en un proceso de inconstitucionalidad se discute la validez de una norma jurídica ordinaria, de un acto normativo, de una omisión o de un acto de aplicación directa de la Constitución, pero desde un punto de vista objetivo: se trata de una mera defensa abstracta de la Constitución; en este proceso constitucional no se controla la violación a la esfera jurídica de una persona. En ese sentido, se observa que la solicitante pretende intervenir en este proceso de inconstitucionalidad para exponer un reclamo personal y directo, lo que es improcedente considerando las competencias y procesos que el ordenamiento jurídico prevé para ese tipo de reclamaciones. Hay que recordar que el proceso de inconstitucionalidad no puede ser promovido o utilizado para resolver cualquier tipo de problema jurídico (auto de 22 de marzo de 2019, inconstitucionalidad 29-2019). En consecuencia, la petición formulada debe rechazarse.

4. A. Por último, este tribunal ha sido notificado de la resolución de las 14:00 horas del 17 de mayo de 2019, emitida por la procuradora para la defensa de los derechos humanos (PDDH)

en el expediente SS-0220-2017, en la que declara la responsabilidad institucional de esta sala y la responsabilidad personal de los exmagistrados José Berlamino Jaime, Edward Sidney Blanco Reyes, Rodolfo Ernesto González Bonilla y Sonia Dinora Barillas de Segovia, por la supuesta violación a los derechos de debido proceso, seguridad jurídica, a optar y ejercer cargos públicos del abogado Rivas Sánchez. La resolución de la procuradora se funda en los siguientes argumentos:

Primero, en la violación al principio de imparcialidad al decretarse la medida cautelar. Según la procuradora, el abogado Rivas Sánchez recusó a los exmagistrados propietarios, porque resolverían una situación que lo vinculaba directamente y podrían afectar su ámbito de derechos protegibles, con infracción al referido principio constitucional. La funcionaria sostiene que la recusación se debió a que el abogado Rivas Sánchez presentó como miembro de una asociación una denuncia ante la Asamblea Legislativa pidiendo la creación de una comisión especial para “investigar las irregularidades y la constitucionalidad defectuosa de su elección [...] como magistrados de la Corte Suprema de Justicia”. Según dicha funcionaria, lo anterior es un motivo serio, razonable y comprobable para que los exmagistrados se apartasen del conocimiento del presente caso. En consecuencia, la procuradora afirma que los exmagistrados violaron la imparcialidad judicial porque, previo a resolver la recusación, dictaron la medida cautelar, cuyos efectos se han prologando en el tiempo.

Segundo, en que la medida cautelar lleva implícito un prejuizgamiento por parte de los exmagistrados acerca del problema jurídico planteado por el actor. La procuradora afirma que los exmagistrados prejuizaron el fondo del asunto al atribuir al abogado Rivas Sánchez una “vinculación partidaria no formal a partir de su aparición en un evento público”.

Tercero, en la aplicación de un criterio jurisprudencial incompatible con la función que desempeña el abogado Rivas Sánchez en el TSE. Acá la procuradora parte de la premisa de que los miembros de partidos políticos pueden optar al cargo de magistrado propietario del TSE, pues no existe ninguna incompatibilidad entre la función jurisdiccional y el estatus político partidario de afiliado. Sin perjuicio de ello, afirma que los magistrados del TSE “no desempeñan una función jurisdiccional”. En consecuencia, al analizar la incompatibilidad entre la función jurisdiccional y la afiliación partidaria en el presente caso, se estaría imponiendo un criterio incompatible con la función que desempeña el abogado Rivas Sánchez en el TSE. En todo caso, asevera, el requisito de la imparcialidad e independencia del funcionario “no puede considerarse

absoluto o sobreponerse a otros derechos fundamentales”. Por esta razón, aduce que tales requisitos “no le resultan aplicables al funcionario demandado en razón del cargo para el cual [fue] nombrado”.

B. a. Sobre la posibilidad de que la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos pueda controlar las decisiones de esta sala, es preciso recordar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la función de garantía institucional de los derechos fundamentales que corresponde a dicha institución no puede interpretarse como una habilitación para interferir con la función jurisdiccional de la Sala de lo Constitucional o de cualquier otro tribunal, ni como instauración de un nivel posterior o superior de revisión de las decisiones judiciales o medio para modificarlas en los casos respectivos (resoluciones del 3 de julio de 2015 y 15 de abril de 2016, inconstitucionalidades 8-2014 y 77-2013). Por tanto, la PDDH carece de competencia para revisar los criterios interpretativos o fácticos de magistrados y jueces en general, y de este tribunal en particular, o para declararlos responsables por sus decisiones propiamente jurisdiccionales. Este es un criterio jurisprudencial compartido por la actual configuración subjetiva de la Sala de lo Constitucional, tal como se le hiciera saber a la referida funcionaria en el auto de 24 de abril de 2019, inconstitucionalidad 44-2013, notificado el 26 de abril de 2019.

b. La resolución suscrita por la PDDH se dirige a controlar la medida cautelar emitida por los exmagistrados de este tribunal y a presionar para que los precedentes dictados por esta sala sobre el control de nombramientos indirectos de funcionarios sean modificados. La resolución aludida es constitutiva de una injerencia en el andamiaje institucional previsto en la Constitución. En consecuencia, *la declaración de responsabilidad institucional y personal contenida en la resolución referida carece de validez jurídica y no puede producir los efectos constitucionales y legales que con ella se pretenden.*

C. a. Sin perjuicio de que la PDDH carezca de competencia para realizar un control sobre las decisiones de la Sala de lo Constitucional, es necesario afirmar, en torno al primer argumento aducido por dicha funcionaria, que la resolución que decretó la medida cautelar supuso una infracción a la imparcialidad judicial, porque se resolvió antes de haberse decidido la recusación planteada por el abogado Rivas Sánchez. Para la procuradora, lo primero que tuvo que haberse resuelto fue el llamamiento de los magistrados suplentes para que estos resolvieran la recusación planteada. Este alegato coincide plenamente con la argumentación del recurso de revocatoria resuelto en el considerando III 2 de esta decisión, por lo que es innecesario insistir en las mismas

razones. Sin embargo, a la PDDH se recuerda que la calificación de una recusación contra un magistrado de la Sala de lo Constitucional es una competencia atribuida a los magistrados (propietarios o suplentes, según el caso) de la propia sala, y no de ningún otro órgano estatal más (art. 12 de la Ley Orgánica Judicial).

b. En lo relativo al segundo argumento, este tribunal rechaza que los exmagistrados hayan prejuzgado el fondo de la pretensión de inconstitucionalidad al emitir la medida cautelar. En efecto, las razones expuestas en el considerando I 5 del auto de 24 de febrero de 2017 no están relacionadas directamente con la inconstitucionalidad por vicio de forma alegado. A la PDDH se le recuerda que la medida cautelar se fundamentó en que: (i) durante el período para el cual el abogado Rivas Sánchez fue elegido como magistrado del TSE, se desarrollarían elecciones presidenciales, municipales y legislativas, las cuales debían salvaguardarse de todo riesgo; y (ii) el riesgo que suponía para la independencia e imparcialidad del TSE que el abogado Rivas Sánchez continuara sosteniendo de manera pública y notoria, por el apoyo que en su momento dio a la fórmula presidencial propuesta por un partido político. En la cautela decretada, no se atribuyó ningún tipo de vinculación política partidaria al abogado Rivas Sánchez, sino que la resolución se limitó a constatar las reiteradas declaraciones públicas de dicho profesional.

c. Finalmente, sobre el tercer argumento, la procuradora señala, con base en decisiones que ha emitido la misma Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, que los miembros de los partidos políticos pueden optar a cargos jurisdiccionales, por lo que la incompatibilidad entre la función jurisdiccional y la afiliación partidaria “no existe”; y que los magistrados del TSE no ejercen jurisdicción (fundando tal opinión en lo dicho por esta sala en el auto de 10 de abril de 2019, inconstitucionalidad 11-2019).

La primera parte del argumento es incompatible con la jurisprudencia constitucional emitida por esta sala (para muestra, véase las inconstitucionalidades 7-2011, 49-2011 y 77-2013, entre otras), que, según el art. 183 Cn., es obligatoria para todos los funcionarios y particulares. Si bien la Constitución reconoce el derecho político de optar y ejercer cargos públicos, también es cierto que ningún derecho fundamental es absoluto, tal y como se sostendrá más adelante en esta sentencia. Pese a esta idea generalizada en el constitucionalismo contemporáneo, la PDDH no expone ningún argumento que justifique la revisión del criterio jurisprudencial adoptado acerca de la vinculación político partidaria y de su incompatibilidad con la independencia de los cargos que desempeñan funciones jurisdiccionales.

Por último, cabe mencionar que la PDDH sostiene que el TSE no desempeña funciones jurisdiccionales. Pero, a diferencia de lo que ella plantea, la jurisprudencia constitucional, al interpretar normas constitucionales, ha sostenido que el TSE sí ejerce funciones jurisdiccionales en el ámbito electoral (inconstitucionalidad 18-2014). Esta idea, sin embargo, será desarrollada en esta decisión.

IV. Competencia para controlar actos de aplicación directa de la Constitución.

En la sentencia de 13 de junio de 2014, inconstitucionalidad 18-2014, se dijo que el control realizado por esta sala en el proceso de inconstitucionalidad es un control de la validez formal (competencia, procedimiento y ámbitos de validez) y material (contenido) de las disposiciones jurídicas que actualizan las normas constitucionales. Se trata de un control sobre la regularidad de normas jurídicas y actos normativos emitidos con base en la Constitución. Esta regularidad se entiende, por regla general, como correspondencia entre el grado superior del ordenamiento (la Constitución) y el grado inferior (la legislación secundaria y los actos de aplicación directa de la Ley Primaria).

El principio de supremacía constitucional exige que el control de regularidad o de validez jurídica que intenta resguardar el del proceso de inconstitucionalidad (que ha sido instaurado como garantía del respeto pleno a todas las normas contenidas en la Constitución) se aplique también a los actos individuales y concretos, precisamente porque su régimen de producción o las normas para realizarlos están determinadas en la propia Constitución. Esto significa que lo relevante para definir el objeto de control en el proceso de inconstitucionalidad no es la materia (legislativa, administrativa o jurisdiccional) del acto impugnado, sino la existencia de normas constitucionales que establezcan las condiciones o requisitos de dicho acto, es decir, que funcionen como parámetros de su validez. Por ello, incluso los actos que pudieran considerarse materialmente administrativos, electorales, fiscales, etc., pero que adoptan la forma de decretos legislativos, pueden ser controlados mediante el proceso de inconstitucionalidad. Lo contrario supondría la renuncia a garantizar la eficacia de las normas constitucionales que regulan dichos actos.

Es pertinente recordar que la competencia constitucional de la Asamblea Legislativa para elegir a magistrados del TSE no puede impedir el ejercicio del control de validez por parte de esta sala. Pero tal competencia legislativa no es absoluta. En la sentencia de 23 de enero de 2013, inconstitucionalidad 49-2011, se dijo que “[...] las disposiciones que atribuyen competencias

operan como prescripciones que autorizan su ejercicio, pero condicionado por el cumplimiento de los elementos materiales y requisitos que la Constitución prescribe para poder actuar. Es decir, y para el caso de la Asamblea Legislativa en concreto, tener habilitada la competencia para elegir funcionarios no debe entenderse como una facultad absoluta que pueda ejercerse con prescindencia de los requisitos que la Constitución establece para cada tipo de institución y funcionario [...] la discrecionalidad para elegir funcionarios públicos en elecciones de segundo grado está circunscrita a personas que reúnen los requisitos establecidos previamente por la Constitución, que no los contradigan abiertamente o que sus señalamientos carezcan de trascendencia para el cargo en cuestión, por lo que no debe estar sujeta a repartos de cuotas partidarias o de otra índole, en que se prescinda de tales exigencias constitucionales”.

Y en vista de que el D. L. 765/2014 es un acto de aplicación directa del art. 131 ord. 19° Cn., esta sala tiene competencia para ejercer sobre él un control constitucional.

V. Problema jurídico y orden temático de la sentencia.

El problema jurídico que debe ser resuelto en esta oportunidad consiste en determinar *si la Asamblea Legislativa cumplió su obligación constitucional de documentar y justificar la falta de vinculación partidaria del abogado Jesús Ulises Rivas Sánchez, al elegirlo como magistrado propietario del TSE.*

Para resolver dicho problema, se seguirá el siguiente orden temático: (VI) reseñar la jurisprudencia constitucional sobre el régimen jurídico fundamental de la elección de funcionarios de legitimidad democrática derivada; (VII) determinar el alcance del principio de independencia; (VIII) explicar la idea del TSE como máxima autoridad en materia electoral; (IX) desarrollar la incompatibilidad entre la afiliación partidaria y las funciones jurisdiccionales; (X) explicar el proceso de elección de los magistrados del TSE; y, finalmente, (XI) se resolverá el problema jurídico planteado.

VI. Régimen jurídico fundamental de la elección de funcionarios de legitimidad democrática derivada.

La jurisprudencia constitucional ha determinado una serie de estándares que configuran el régimen jurídico fundamental de la elección de funcionarios de legitimidad democrática derivada. Dichos parámetros o criterios, que deben ser observados por la Asamblea Legislativa al ejercer su competencia electiva, se refieren a aspectos como la legitimidad democrática de los funcionarios elegidos, su mandato de interés público, la no filiación partidaria, la meritocracia como criterio de

elección, el procedimiento para ello y la documentación y motivación del acto electivo. Estas pautas son el resultado de una progresiva labor de concretización de las potestades constitucionales de la Asamblea Legislativa en este ámbito, expresadas mayoritariamente en las sentencias de 13 de mayo de 2011, 5 de junio de 2012, 9 de julio de 2012 y 14 de octubre de 2013, inconstitucionalidades 7-2011, 19-2012, 29-2012 y 77-2013, respectivamente, así como en la sentencia de inconstitucionalidad 49-2011, ya citada.

1. Sobre la legitimidad democrática de los funcionarios electos por la Asamblea Legislativa, en países como el nuestro, el pueblo elige a sus representantes a través de elecciones periódicas y libres para atribuirles la competencia de tomar decisiones fundamentales (arts. 80, 85 inc. 1° y 86 inc. 3° Cn.). Cuando estos representantes eligen a un funcionario, la legitimidad de origen de estos deriva de los postulados de la democracia representativa. En ciertos casos, dicha legitimidad exige que la renovación popular de los representantes se sincronice con las elecciones de segundo grado, según el período de los cargos. Además, dichos funcionarios al ser elegidos tienen una legitimidad de ejercicio, que deriva de su apego al marco jurídico establecido la Constitución y las leyes.

2. Precisamente sobre esto último, en cuanto al tipo de mandato de los funcionarios elegidos por el Órgano Legislativo, se ha establecido que el gobierno democrático y representativo (art. 85 inc. 1° Cn.) es la obligación de quienes son elegidos como representantes del pueblo de tener un compromiso con este, en el sentido que no actúan en nombre o a favor de grupos de poder o de sectores determinados, sino de todos los miembros que conforman la sociedad salvadoreña en conformidad con los valores y principios constitucionales y que, por tanto, deben tomar en cuenta la voluntad y los intereses del pueblo en conformidad con la normativa constitucional. De igual modo, los funcionarios de elección de segundo grado son también delegados del pueblo, de forma que no es posible interpretar que cuando el pueblo se expresa por medio de sus representantes cambia la naturaleza de la elección (art. 86 inc. 3° Cn.), pero su legitimidad sustancial para ejercer autoridad se deriva de la Constitución. Es decir, que a dichos funcionarios les corresponde cumplir con las funciones públicas específicas para las que han sido elegidos, con poder de mando y de decisión, y dentro de las atribuciones y competencias que les atribuye la Constitución y las leyes, con prevalencia del interés público o general sobre el particular cuando así proceda (art. 86, 235 y 246 Cn.).

Como resultado de lo anterior, el deber de obediencia de dichos funcionarios responde

únicamente a los principios de constitucionalidad y legalidad, independientemente de los partidos políticos que hayan alcanzado el consenso para designarlos o de la corriente política que se encuentre en la titularidad de los Órganos Legislativo y Ejecutivo. Asimismo, los elegidos están llamados a cumplir una función propia, institucional, de servicio a los intereses generales con objetividad y eficacia. Ello implica que en el ejercicio de su función han de obrar con criterios no partidistas, cumpliendo la Constitución y las leyes (arts. 125, 218 y 235 Cn.) en el marco de una administración pública profesional y eficaz, para realizar el interés general y para hacer efectivos los derechos fundamentales de la persona humana.

3. Una consecuencia directa de lo dicho es la necesaria despartidización de las instituciones públicas que tienen funciones constitucionales de control sobre el ejercicio del poder político. La exigencia de vinculación al ordenamiento jurídico formulada en el art. 86 inc. 3º Cn. no implica sumisión a actos de la Asamblea Legislativa diferentes a la producción de la ley ni un vínculo jurídico o material con los partidos políticos representados en dicho órgano, que pudiera generar nexos de dependencia partidaria en la actuación del funcionario elegido. Los partidos políticos ocupan sin lugar a dudas una posición instrumental muy importante en el juego de la representación política, proclamados como vía de expresión del pluralismo político y la tolerancia ideológica y necesaria en la vida democrática cuando cumplen su rol institucional. Sin embargo, el funcionariado profesional y responsable se debe al servicio del interés general por el cual se crea la institución a la que representa y no a un partido político determinado. Por ello, para garantizar el cumplimiento del mandato de interés público del funcionario elegido por la Asamblea para ciertos cargos, es imperativo, como mínimo, que los candidatos no tengan vinculación político-partidaria.

En este punto es necesario aclarar, en primer lugar, que *la categoría de “[...] instituciones públicas que tienen funciones constitucionales de control sobre el ejercicio del poder político” o de “control institucional” se refiere a los órganos y cargos públicos cuyas potestades impliquen: (i) la finalidad o una relación instrumental objetiva e inmediata de protección de los derechos fundamentales de las personas o de los valores y principios constitucionales inherentes al Estado constitucional de Derecho, frente al ejercicio del poder político; y (ii) la utilización de normas jurídicas como parámetros para evaluar, calificar, fiscalizar, contrapesar, vigilar o limitar el ejercicio del poder o las funciones públicas de otros órganos estatales.* En segundo lugar, que “[...] *la prohibición de la afiliación partidaria es solo*

una de las manifestaciones posibles de la despartidización institucional, puesto que esta proscribiera cualquier otro vínculo real o material que genere una dependencia del candidato o funcionario hacia un partido político, verificados antes o después del acceso al cargo, incluyendo los supuestos de desvinculaciones aparentes, que configuren fraudes a la Constitución” (sentencia de inconstitucionalidad 18-2014, ya citada).

Este problema de las desvinculaciones aparentes merece una atención especial. Bajo un argumento *a contrario*, si hay desvinculaciones que generan fraude a la Constitución, también deben haber desvinculaciones que no lo generan. La diferencia entre una y otra está en el propósito perseguido por el sujeto desvinculado. Ahora bien, como los propósitos son difíciles o imposibles de determinar, pues pertenecen al fuero interno de cada uno, entonces debe atenderse a criterios objetivos que puedan ser reveladores de estos. En tal sentido, dentro de los elementos objetivos a considerar para determinar si una desvinculación es con propósito de fraude o sin él, figuran los que siguen: (i) el tiempo que antecede a la desvinculación respecto de la postulación del cargo de que se trate; (ii) posibles declaraciones de intenciones para postularse a un cargo; (iii) la exposición de razones por las cuales se realiza la desvinculación —por ej., si es un descontento con la plataforma de un partido político—; y (iv) cesar en las actividades proselitistas del partido luego de la desvinculación, así como con la financiación de este, apología de sus miembros o de los actos que realicen y cualquier otro acto de militancia política.

4. En lo atinente al criterio de la meritocracia, se ha expresado que la garantía de una mayor calidad de los servicios públicos prestados a los ciudadanos reside en la profesionalidad y honradez de los funcionarios y de los recursos humanos al servicio de la administración pública. Por esto, el adecuado cumplimiento de las funciones asignadas exige una cualificación profesional precisa para el idóneo desempeño de las responsabilidades y funciones inherentes al cargo correspondiente, lo que implica que los requisitos de acceso al cargo deben garantizar dicha profesionalidad, mediante la utilización de criterios de probidad y competencia, que contribuyan a obtener el nivel óptimo requerido en cada caso por la naturaleza de la función. Así, la naturaleza de la institución respectiva y sus funciones condicionan relevantemente los requisitos de los aspirantes al cargo, pues a partir de este contexto es que dichos requisitos se deben determinar, caso por caso, por el órgano u órganos electores.

5. Además, la Asamblea Legislativa debe dar cumplimiento a los principios que estructuran el procedimiento legislativo para la elección de funcionarios (que son los que también

rigen la producción de normas generales y abstractas), tales como: democracia, pluralismo, participación, publicidad y transparencia. Estos principios operan en una doble dirección: desde la Asamblea Legislativa hacia los ciudadanos, que se manifiesta en un marco de libre información, en la publicidad de agendas, debates, votaciones y decisiones legislativas; y desde los ciudadanos hacia el Órgano Legislativo, que se concreta en la concurrencia ordenada de individuos o grupos de ciudadanos por medio de sus representantes a las comisiones o al pleno de la asamblea (salvo supuestos de justificada reserva), no solo para exponer puntos de vista o necesidades, sino incluso propuestas específicas que requiera la actividad legislativa, ello es consustancial con la naturaleza del Órgano Legislativo que es diferente a la de los otros órganos. Consecuentemente, la publicidad —sin un pretendido carácter absoluto— es el medio para que la discusión social adquiera una dimensión política y que el debate parlamentario tome una proyección social, lo cual es un elemento fundamental de la democracia representativa.

6. Por último, sobre la documentación y motivación del acto electivo, el órgano encargado de la elección debe contar con la documentación que permita acreditar que los candidatos para determinado cargo son objetiva y comprobadamente idóneos para desempeñarlo, por contar con la cualificación técnica, profesional y personal requerida. Sin embargo, no basta la simple suma de atestados, informes u otros documentos, sino que es obligatorio que en el correspondiente dictamen o decreto legislativo, se justifique por qué se estima que una determinada persona reúne los requisitos esenciales para ejercer un cargo público y qué fundamenta tal conclusión, sobre todo cuando existen circunstancias objetivas que indiquen la existencia de un obstáculo para la realización de las funciones respectivas o un riesgo razonable y grave para el ejercicio eficaz e independiente del cargo.

En consecuencia, *lo que la Constitución requiere es que el órgano competente evidencie que la elección no ha obedecido a criterios de conveniencia política en los términos expuestos —afiliación formal y material y riesgo de dependencia—, en perjuicio de la independencia de los titulares en el ejercicio del cargo* (sentencia de 24 de junio de 2016, inconstitucionalidad 3-2015).

VII Principio de independencia en el ámbito jurisdiccional.

La independencia es una exigencia constitucional y convencional. El art. 172 inc. 3° Cn. establece que “[l]os Magistrados y Jueces, en lo referente al ejercicio de la función jurisdiccional, son independientes y están sometidos exclusivamente a la Constitución y a las leyes”. Por su

parte, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos determina que “[t]oda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil” y el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

En el nivel infraconstitucional, la independencia ha sido desarrollada en uno de sus ámbitos posibles por el art. 26 de la Ley de la Carrera Judicial, que establece que “[e]l ejercicio de un cargo de la [c]arrera es incompatible con la participación en política partidista; esto es, pertenecer a cuadros de dirección o ser representante de partidos políticos o *realizar actividad proselitista*” (cursiva propia del tribunal). También, el art. 7 del Código de Ética Judicial señala dentro de los “[p]rincipios y deberes éticos de los destinatarios” que “en toda sociedad democrática es un derecho de los ciudadanos y las ciudadanas ser juzgados por un Juez o una Jueza totalmente independiente de presiones o intereses extraños internos o externos”, por lo que juez debe “[j]uzgar desde la perspectiva jurídico-social y determinar la decisión justa y racional, sin dejarse influenciar real o aparentemente de presiones, intereses o factores ajenos al derecho mismo”, pero también “[a]bstenerse de afiliarse a partidos políticos, de participar en cuadros de dirección en los mismos y *realizar cualquier otra actividad político partidaria*” (cursiva propia del tribunal).

En la jurisprudencia constitucional se ha precisado que la independencia se exige en relación con órganos a los que se atribuye como función primordial la garantía del respeto al ordenamiento jurídico, a los derechos fundamentales y a las competencias de los órganos constitucionales (sentencia de inconstitucionalidad 77-2013, ya referida). Para ello, la independencia implica la “libre decisión” de los asuntos sometidos a conocimiento de los tribunales de la República, sin interferencias o injerencias de órganos externos, de otros tribunales o de las partes (sentencias de 14 de febrero de 1997, de 20 de julio de 1999 y de 19 de abril de 2005, inconstitucionalidades 15-96, 5-99 y 46-2003, por su orden). Pero esa "libertad"

debe entenderse como ausencia de subordinación del juez o magistrado a otro poder jurídico o social que no sea la Constitución y la ley, puesto que su finalidad es asegurar la pureza de los criterios técnicos que incidirán en la aplicación jurisdiccional de la norma concreta que resuelve cada caso objeto de enjuiciamiento (sentencias de 28 de marzo de 2006, inconstitucionalidad 2-2005).

Por lo anterior, la independencia del juez es una señal de identidad o un rasgo esencial de la propia jurisdicción. Se trata, por tanto, de “[...] la nota insoslayable que legitima la actividad y sin la cual no podría hablarse de una verdadera jurisdicción [...] un órgano [judicial] no independiente, no ejerce jurisdicción” (sentencia de 1 de diciembre de 1998, inconstitucionalidad 16-98). En otros términos, la función jurisdiccional “[...] requiere ser ejercida por órganos sujetos tan solo al [D]erecho en cuanto tal, sin vinculación a intereses específicos, e independiente de quienes tienen que perseguirlos” (sentencia de inconstitucionalidad 46-2003, ya citada), y que posean ciertas cualidades, entre las cuales se incluye su independencia.

VIII. El TSE como máxima autoridad en materia electoral.

En el diseño constitucional del poder público, el TSE es una institución encargada de la función electoral del Estado, la cual se ejerce en forma centralizada, tal como lo prevé el art. 208 inc. 4° Cn, por lo que es la autoridad máxima en dicha materia (sentencia de 9 de julio de 1999, amparo 243-98). Al respecto, se ha sostenido que dicha autoridad posee una independencia funcional que se manifiesta en su autonomía técnica, administrativa y material, pues dicho ente no está supeditado a órgano de gobierno alguno para la toma de decisiones (sentencia de 4 de noviembre de 1997, amparo 44-C-96; sentencia de 29 de abril de 2011, inconstitucionalidad 11-2005; y, resolución de 15 de abril de 2015, amparo 223-2014).

De acuerdo con lo anterior, es razonable afirmar que dentro de la función electoral se incluyen funciones de interpretación y aplicación del derecho a cargo de "Magistrados" (Art. 208 Cn.), por lo que cabe recordar que la función jurisdiccional es “[...] un concepto constitucional vinculado a jueces independientes, inamovibles y sometidos únicamente al derecho positivo. Así, puede afirmarse que consiste en la aplicación irrevocable del [D]erecho, en lo relativo a la protección de los derechos subjetivos, imposición de sanciones y control de legalidad y constitucionalidad, mediante parámetros objetivamente sustentables y jurídicamente argumentados, realizada por jueces independientes e imparciales” (sentencia de 23 de marzo de 2001, inconstitucionalidad 8-97; reiterada, entre otras, en la sentencia de 8 de diciembre de 2006,

inconstitucionalidad 19-2006); de modo que estas particularidades son predicables por completo respecto del TSE.

En efecto, tal como se dijera en la resolución de sobreseimiento de 19 de abril de 2017, inconstitucionalidad 27-2015, en la competencia constitucional que corresponde al TSE se incluyen funciones de interpretación y aplicación del Derecho para la solución de conflictos sociales con carácter irrevocable, es decir, funciones jurisdiccionales (lo cual fue reafirmado en la sentencia de 10 de julio de 2018, inconstitucionalidad 64-2015 AC). Además, precisamente por ello se añadió que los Magistrados del TSE están sujetos a los principios de independencia, imparcialidad, responsabilidad y predeterminación legal y no discriminatoria; y, finalmente, que el TSE tiene una materia o especialidad electoral que se relaciona directamente con la protección o garantía de principios y derechos fundamentales imprescindibles para el sistema democrático salvadoreño.

Por tanto, a partir del carácter de máxima autoridad en materia electoral (art. 208 inc. 4° Cn.) y el orden jurisdiccional que incluye su autonomía orgánica funcional, puede concluirse que el TSE es un tribunal con potestad de interpretación y aplicación del derecho electoral para la solución de conflictos sociales, con carácter irrevocable (autos de 7 de diciembre de 2015; inconstitucionalidades 102-2015 y 103-2015), porque es quien resuelve en última instancia todas las cuestiones estrictamente relacionadas a dicha materia (así se consideró en sentencias de 16 de octubre de 2015, 3 de febrero de 2017 y 25 de junio de 2014, amparos 258-2014 y 209-2015, e inconstitucionalidad 163-2013, respectivamente), lo que conlleva a que sus decisiones produzcan efectos de cosa juzgada y no puedan ser revisadas por ninguna otra autoridad más que por esta sala, en los términos del art. 208 inc. 4° Cn.

Este criterio también ha sido descrito en la reciente sentencia de 4 de febrero de 2019, caso *Colindres Schonenberg vs. El Salvador*, parágrafo 67, en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos advirtió que el TSE salvadoreño “[...] no forma parte del Poder Judicial. Sin embargo, entre sus funciones se encuentra conocer y resolver 'toda clase de acción, excepción, petición, recursos e incidentes que pudieren interponerse'. En consecuencia, el TSE cumple con funciones jurisdiccionales en materia electoral. Por tanto, a magistrados del TSE [...] se les deben ofrecer las mismas garantías que a jueces en general”.

Ahora bien, esta última cuestión debe ser vista en su justa dimensión. Que el TSE no forma parte del Órgano Judicial, no significa que dicho tribunal no ejerza funciones con carácter

jurisdiccional, por cuanto es la misma Constitución la que distribuye el ejercicio de este poder, precisamente en el diseño orgánico de la misma –por ejemplo, arts. 196, 208 y 216 Cn.–.

IX. Incompatibilidad entre la afiliación partidaria y las funciones jurisdiccionales.

1. Las exigencias derivadas del principio de independencia se proyectan hacia los procesos de elección de los funcionarios con potestad jurisdiccional. Al respecto, se ha expresado que la manera de designar a las personas que fungirán como funcionarios jurisdiccionales puede incidir sustancialmente en el ejercicio independiente de la función, por lo que “[...] la determinación de la composición de los órganos jurisdiccionales implica la existencia de procedimientos adecuados que transparenten los criterios de selección y objetiven el cumplimiento de los requisitos de ingreso con base en el mérito y capacidad profesional – elementos relacionados con las exigencias de moralidad y competencia notorias [...]– con el fin de asegurar el ejercicio imparcial e independiente de la judicatura” (sentencia de inconstitucionalidad 19-2012, ya referida). Asimismo, en la citada sentencia de inconstitucionalidad 77-2013 se dijo claramente que “[e]n el contexto de la elección de funcionarios cuyas atribuciones son las de dirigir órganos de control al poder político del Estado, resulta irrazonable que sean los mismos afiliados a un partido político quienes ostenten dichos cargos [...]”, ya que son parte de los órganos e instituciones sujetas a control.

Según la caracterización de los órganos con competencias de control institucional, es patente que los jueces o los funcionarios que ejercen funciones jurisdiccionales corresponden de manera inequívoca a dicha categoría y, por ello, como ha dicho la jurisprudencia de esta sala, “[...] es imperativo que [...] carezcan de afiliación partidaria [de modo que] en el ejercicio de su cargo no deben estar supeditados a intereses particulares o presiones políticas. Ello conllevaría a tolerar una manera de operar comprometida con otros órganos del Estado, lo cual volvería nugatoria su condición de órgano independiente y de guardián del ordenamiento jurídico”.

El criterio expuesto no es novedoso. En las aludidas sentencias de inconstitucionalidad 7-2011, 49-2011 y 77-2013, este tribunal aplicó el impedimento de afiliación partidaria a funcionarios investidos de potestad jurisdiccional (electoral, de cuentas y constitucional, por su orden). Ello se justifica —como se expuso ampliamente en la tercera de las decisiones antes citadas—, porque tal vinculación podría significar un conflicto de intereses o un obstáculo para la realización de la finalidad de interés general inherente al cargo público jurisdiccional. Hay que recordar que la afiliación partidista es un vínculo jurídico —cuando es formal— que determina

una relación de derechos y obligaciones entre el afiliado y la institución a la que se afilia. Es decir, que ella significa un estatus normativo que establece un tipo de relación obligacional entre el afiliado y el partido, de manera que el primero es sujeto de deberes para con la institución o partido al que se adscribe en sus términos ideológicos y este último tiene la potencialidad normativa de sancionar el incumplimiento de sus afiliados; y para la filiación en sentido material, constituye un vínculo de conexión de facto que une a la persona con el proyecto partidista de un instituto político al cual se adscribe, según hechos objetivos.

Por ello, en el caso de los funcionarios que tienen potestades jurisdiccionales —en las que se incluye las electorales—, la prohibición deriva directamente del principio de independencia en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, que ha recibido una concreción explícita en el art. 208 inc. 1° Cn. 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 (sentencia de inconstitucionalidad 18-2014, ya citada).

El estatus de afiliado partidario tampoco guarda coherencia con el art. 218 Cn., sobre todo en el ejercicio de una función pública de especial trascendencia en un Estado de Derecho, como es la función jurisdiccional. El régimen de las incompatibilidades tiene como propósito fundamental preservar la probidad del funcionario judicial en el desempeño del cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente pueden llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública jurisdiccional. Igualmente, cumple la misión de evitar que se utilice su cargo para favorecer intereses propios o de terceros, en desmedro del interés general y de los principios constitucionales que rigen la función pública, como el de transparencia y acceso a la información pública, el de constitucionalidad y legalidad o el del mérito. En ese sentido, en El Salvador la imposibilidad de compatibilizar el cargo de juez o magistrado con la afiliación partidaria y, en general, con la actividad partidista, tiene un claro fundamento ético de la función pública que procura evitar la colisión o conflicto de intereses entre el control jurisdiccional y las actividades políticas del citado funcionario, y, una exigencia normativa explícita en el requisito de independencia requerido por la norma constitucional.

2. Por último, es pertinente distinguir la "afiliación partidaria o partidista" y la "ideología política".

A. Precisamente, la jurisprudencia de este tribunal ha entendido por afiliación partidista el

vínculo jurídico y formal que determina una relación de derechos y obligaciones entre el afiliado y la institución a la que se afilia (sentencias de 26 de junio de 2000 y 29 de julio de 2010, inconstitucionalidades 16-99 y 61-2009, respectivamente). Sin duda, el riesgo de la pérdida de independencia se intensifica cuando se enjuicia un acto de una autoridad que pertenece al mismo partido político al que está afiliado el juzgador, o al de un adversario político.

Actualmente, la regulación de los derechos y deberes recíprocos entre afiliado y partido político ha sido atribuida a los estatutos de cada instituto político, pues se reconoce que estos deben contener, entre otros aspectos, los derechos, deberes y sanciones de sus miembros (arts. 31 y 32 de la Ley de Partidos Políticos). La afiliación partidista es un estatus normativo que determina un tipo de relación obligacional entre el afiliado y el partido, de manera que el primero es sujeto de deberes para con la institución o partido al que se adscribe en sus términos partidistas, y el segundo tiene la potencialidad de sancionar su incumplimiento a sus afiliados. *El mismo art. 35 inc. 4° de la citada ley prescribe que la afiliación implica que el sujeto acepta los estatutos, los fundamentos partidarios, los programas de acción y las plataformas políticas electorales.*

Ahora bien, la filiación —como otras formas jurídicas— también puede presentar una relación material, en el cual, en el plano formal, aparentemente no hay vínculo, pero el mismo sí resulta evidente desde la realidad de los hechos, generándose una vinculación material entre el partido político y la persona que se evidencia por actuaciones sustantivas de adscripción al instituto político; ello es diferente al sustento de una visión ideológica como a continuación se dirá.

B. Así, la ideología hace referencia a la concepción de cada persona sobre su propia forma de vida. Se trata del conjunto de ideas, conceptos o juicios en un contexto determinado que se tiene sobre las distintas realidades del mundo, de la vida o la concepción sobre las cosas, el hombre y la sociedad, y abarca por tanto el ámbito filosófico, jurídico, moral, cultural, político, científico, etc. Según el auto de improcedencia de 8 de febrero de 2019, inconstitucionalidad 122-2017, la ideología política “[...] se erige como un entramado de creencias, valores y actitudes socialmente construidas con vocación modeladora, que provee herramientas a los ciudadanos y grupos para interpretar y simplificar la realidad socio-política, según temas específicos en los que se sienten involucrados”.

La libertad ideológica no es incompatible con el ejercicio de un cargo de funciones

jurisdiccionales. Esta sala ha sostenido que la búsqueda de la independencia judicial no implica negar el hecho que los jueces, como cualquier ciudadano, poseen ideología y convicciones políticas determinadas. *No se trata de buscar una asepsia ideológica en los juzgadores o una actitud apolítica de estos, sino de procurar que ello no se transforme en un compromiso efectivo de defensa, promoción o apoyo del proyecto de un partido político mediante la vinculación formal o material.* Dicho de otra forma, en tanto que la independencia se ha establecido como un principio que guía y garantiza la función jurisdiccional, requiere que jueces y magistrados se mantengan libres de toda influencia o conexiones inapropiadas, formales o materiales que pudieran producir injerencias indebidas o subordinaciones fácticas a intereses partidarios y de otro tipo (sentencia de 25 de noviembre de 2016, inconstitucionalidad 56-2016).

Más bien, en lugar de un irreal juez apolítico o sin ideología, el ejercicio adecuado de la función jurisdiccional exige el cultivo permanente de la sensibilidad política del juez y de su capacidad de valoración del entorno social, para que comprenda la dinámica del poder y del importante papel que le corresponde a la jurisdicción en el control de su ejercicio, muchas veces como "freno contramayoritario" ante decisiones políticas que afectan derechos fundamentales. Esa forma necesaria de cultura política del juez, pero no política partidaria (que es lo que sería incompatible con el principio de independencia judicial), es la que le permite reconocer la importancia de su función social y la que le ayuda a desempeñarla en armonía en el contexto concreto en el que le corresponde decidir (sentencia de inconstitucionalidad 56-2016, ya citada).

La ideología en su sentido más general —incluida la de índole política— en sí misma es inocua para el desempeño de la función jurisdiccional y es parte normal de la esencia de un individuo, ya que refleja su cosmovisión. A diferencia de la afiliación partidista, no presupone la existencia de un vínculo jurídico entre el sujeto que la ostenta y un partido político determinado, de forma tal que no hay un estatus que venga determinado por dicha relación —usualmente, el estatus es el de "afiliado"— ni un riesgo real de sujeción o de existencia de obligaciones que pongan en duda su capacidad para decidir al margen de los intereses del partido político con el que se ha establecido tal vínculo.

X. El proceso de elección de los magistrados del TSE.

I. En relación con el proceso de elección de los magistrados del TSE, es pertinente aludir a los acuerdos previos a los Acuerdos de Paz de 1992. Estos fueron el consecuente de los Acuerdos de México de 27 de abril de 1991, pero también fueron el antecedente de las reformas

constitucionales dentro de las cuales se erigió al TSE.

En las sentencias de 20 de julio de 1999 y 28 de abril de 2015, inconstitucionalidades 5-99 y 122-2014, por su orden, se recordó que los Acuerdos de Paz representan un pacto inicialmente político, pero con incidencia jurídica y repercusiones sociales trascendentes. Es innegable que fueron el medio para lograr el cese del conflicto armado vivido por nuestro país, que obligó a una serie de reformas constitucionales en diferentes ámbitos de la institucionalidad salvadoreña. Dado que los Acuerdos de Paz han tenido una incidencia relevante en el texto de la Constitución, representan una fuente material histórica apropiada para interpretar las disposiciones constitucionales que estatuyen atribuciones y competencias de los Órganos del Estado, instituciones y funcionarios públicos. Y si bien no constituyen un parámetro de control para enjuiciar la constitucionalidad de normas jurídicas o actos normativos, sí tienen un valor complementario al análisis lógico-jurídico de la Constitución y de las disposiciones jurídicas sujetas a control de constitucionalidad, lo cual permite que sirvan como pautas para la interpretación más apropiada de las instituciones constitucionales creadas —en virtud del principio de unidad de la Constitución— o reformuladas en virtud de los mismos.

Pues bien, como se dijo, para la firma de los Acuerdos de Paz de 1992 que pusieron fin al conflicto armado en El Salvador, fue necesario la adopción de pactos previos, entre los cuales están los Acuerdos de México. En el apartado III 1 a) de estos se acordó que el TSE sería la más alta autoridad administrativa y jurisdiccional en lo electoral; que su composición sería regulada por la ley secundaria, bajo la condición de que ningún partido político tuviere predominio en su integración; y que estaría integrado- por “[...] *miembros sin afiliación partidista, elegidos por mayoría calificada por la Asamblea Legislativa*”.

Según el capítulo IV de los citados acuerdos, el compromiso adquirido anteriormente fue ratificado con el fin de “[...] promover un proyecto general de reformas al sistema electoral”. Este proyecto inició con un cambio estructural del máximo tribunal del sistema electoral salvadoreño, que fue concretado mediante el Acuerdo de Reformas Constitucionales n° 1, de 29 de abril de 1991, publicado en el Diario Oficial n° 78, tomo 311, de 30 de abril de 1991, y que luego fue ratificado por del Decreto Legislativo n° 64, de 31 de octubre de 1991, publicado en el Diario Oficial n° 217, tomo 313, de 20 de noviembre de 1991. El acuerdo legislativo que ratificó el Acuerdo de Reforma Constitucional modificó el inciso 1° del art. 208 Cn. en los siguientes términos:

“Habrá un Tribunal Supremo Electoral que estará formado por cinco magistrados, quienes duraran cinco años en sus funciones y serán elegidos por la Asamblea Legislativa. Tres de ellos de cada una de las ternas propuestas por los tres partidos políticos o coaliciones legales que hayan obtenido mayor número de votos en la última elección presidencial. Los dos magistrados restantes serán elegidos con el voto favorable de por lo menos los dos tercios de los diputados electos, de dos ternas propuestas por la Corte Suprema de Justicia, quienes deberán reunir los requisitos para ser Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, y *no tener ninguna afiliación partidista*” [cursiva propia del tribunal].

Como se observa, una interpretación histórico-finalista indica que el propósito de la reforma era, no solo dar cumplimiento a uno de los Acuerdos Paz, sino también garantizar la "institucionalidad del Estado" por medio de un permanente y continuo proceso de democratización que permitiera el "fortalecimiento del estado de derecho". Y esta es una razón que permite afirmar que *la intención de la Asamblea Legislativa era la de erigir un TSE independiente de los partidos políticos con potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materia electoral, sometido únicamente a la Constitución y a la ley.*

Esto es así, porque, tal como lo ha establecido este tribunal, en lo relativo a su independencia, el TSE es una institución independiente de los partidos políticos y en general de cualquier vinculación político-partidaria que genere el riesgo de una relación de obediencia del magistrado al partido político de que se trate. Justamente en este contexto, desde la sentencia de 4 de noviembre de 1997, amparo 44-C-96, se sostuvo que “[...] para garantizar la actuación independiente [del TSE] es indispensable que el magistrado se mantenga en una posición tal que se reduzcan o se vuelvan fútiles las presiones y/o influencias. Por ello, los requisitos que la contempla para ocupar el cargo de magistrado del Tribunal Supremo Electoral deben cumplirse, no [solo] al momento de la elección por la Asamblea Legislativa, sino que también han de mantenerse durante la vigencia del plazo para el cual fueron electos”. Y es que los magistrados del TSE “no son 'sujetos sucursales' de intereses partidarios, sino miembros de un órgano autónomo, representantes de todos los ciudadanos salvadoreños, encargados de asegurar procesos electorales y elecciones serias, objetivas y confiables” (sentencia de 12 de octubre de 1998, amparo 8-97, criterio retomado en la sentencia 22 de julio de 2015, inconstitucionalidad 139-2013).

2. A. Desde el punto de vista procedimental, la Constitución estableció de forma clara un modelo de designación de magistrados del TSE de carácter "cooperativo de doble instancia". Esto significa que el proceso se articula en dos momentos específicos: la nominación y la designación (o selección), en los cuales *la autoridad responsable de la nominación no puede desarrollar al mismo tiempo la labor de designación ni viceversa*. Si esto se admitiera, entonces el principio de

corrección funcional —según el cual, “si la Constitución regula el cometido respectivo de los agentes de las funciones estatales de una determinada manera, el órgano de interpretación debe mantenerse en el marco de las funciones a él encomendadas” (sentencia de 23 de diciembre de 2010, inconstitucionalidad 5-2001 AC)— y el principio de indelegabilidad de funciones perderían virtualidad aplicativa (art. 86 inc. 1° frase 3° Cn.). Hay dos ejemplos de procesos de elección que responden a este carácter: (i) la elección de magistrados del TSE (art. 208 Cn.), según el procedimiento que se desarrollará a continuación; y (ii) la elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia (art. 186 Cn.), en el que intervienen, además de la Asamblea Legislativa, el Consejo Nacional de la Judicatura y las entidades representativas de los abogados de El Salvador.

En relación al caso examinado, la etapa de nominación consiste en conformar cinco ternas que serán presentadas ante la Asamblea Legislativa, que se elaboran en 2 procesos autónomos. Las primeras 3 ternas deben ser presentadas por los 3 partidos políticos o coaliciones legales que hayan obtenido el mayor número de votos en la última elección presidencial (en estas ternas, ninguno de los integrantes debe tener afiliación partidaria, según se dijo sentencia de 13 de junio de 2014, inconstitucionalidad 18-2014): y, las 2 restantes, deben ser elaboradas en un proceso institucional que es responsabilidad de la CSJ (las cuales deben estar integradas también con personas sin ningún tipo de afiliación partidista, por así exigirlo expresamente el art. 208 inc. 1° Cn.).

La etapa de designación corresponde a la Asamblea Legislativa. Esta fase está regulada primordialmente por los arts. 131 ord. 19° y 208 Cn. y por los arts. 98 al 101 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa. Los primeros regulan la competencia de la Asamblea Legislativa de elegir a magistrados del TSE y los segundos prevén el procedimiento de la elección. Este proceso es fundamental, pues (sin perjuicio de la colaboración previa en la etapa de nominación que prestan tanto los partidos políticos o coaliciones legales como la CSJ) la Constitución, la jurisprudencia constitucional y la normativa parlamentaria indican que la responsable de elegir a los magistrados del TSE es la Asamblea Legislativa y, por ello mismo, es la última obligada a constatar el cumplimiento de los requisitos constitucionales de los candidatos que elija.

En ese sentido, no es admisible argumentar que los partidos políticos o la CSJ son quienes deben determinar, como instancia única, el cumplimiento de los requisitos constitucionales para

seleccionar a los integrantes de las ternas que deben ser remitidas a la Asamblea Legislativa, debido a que ello equivaldría a la negación de la idea de que las normas que atribuyen la competencias para elegir a magistrados del TSE constituyen prescripciones habilitantes. En efecto, en la citada sentencia de inconstitucionalidad 49-2011 se aclaró sobre este tipo de prescripción que “[...] los requisitos constitucionales para la elección de determinado funcionario encajan dentro de estas disposiciones que requieren verificación empírica previa —[s]entencia 5-VI-2012, Inc. 19-2012—. Y que la manera de velar por este cumplimiento se desarrolla a través de una herramienta argumental que exige un mínimo de justificación legislativa —[s]entencia de 9-VII-2010, Inc. 35-2009—”.

Lo anterior quiere decir que, para que la Asamblea Legislativa ejerza la competencia de elegir a los magistrados del TSE, es condición necesaria que se verifiquen los requisitos o causas de inelegibilidad de los candidatos. De esta forma, el cumplimiento de los requisitos junto con la ausencia de inelegibilidades por parte de los candidatos al cargo antes mencionado se convierte en una habilitación para el acto electivo. Si los requisitos no estuvieren cumplidos y/o existiere una inelegibilidad, entonces la Asamblea Legislativa estaría inhabilitada para elegir, según los mandatos de la Constitución. De ahí que el obligado último para cerciorarse de que el candidato a magistrado del TSE cumple las condiciones necesarias para optar a la magistratura electoral es la autoridad que emite el acto electivo. Sobre este punto, en la jurisprudencia constitucional se ha sostenido que “[...] en los candidatos sobre los que la Asamblea Legislativa no constate el cumplimiento de la exigencia de independencia o sobre los que ignore los elementos objetivos existentes que acreditan su incumplimiento o contradicción, no pueden ser electos en dichos cargos, pues no ofrecerían la garantía necesaria del cumplimiento independiente, imparcial y efectivo de su función” (por todas, véase la sentencia de inconstitucionalidad 56-2016).

B. a. El art. 208 inc. 1° parte final Cn. prevé que los magistrados del TSE no deben “tener ninguna afiliación partidista”. Desde un punto de vista sintético, el uso del punto y seguido que separa la parte final de la media de este inciso parece indicar que esta exigencia solo es predicable de los magistrados elegidos de las ternas propuestas por la Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, esta forma de interpretación de índole literal puede tener otras exegesis, pues la predicha posee dos problemas fundamentales: (i) el primero es que invitaría a suponer que los otros magistrados del TSE —los electos de las ternas propuestas por los partidos políticos— no estarían sujetos a la causal de inelegibilidad consistente en la no afiliación partidista, lo que

traería aparejada una consecuencia inaceptable: un desdén a la configuración orgánica del TSE y a la defensa de la democracia; y (ii) el segundo es que se ignoraría los cánones básicos y elementales de la interpretación de la Constitución —como el principio de unidad de la Constitución e interpretación no absoluta y estrictamente literal—.

b. Además, entre los magistrados del TSE que son elegidos de las ternas propuestas por los partidos políticos y los que son elegidos de las ternas propuestas por la Corte Suprema de Justicia existen semejanzas relevantes —no identidad— que justificaría brindar un mismo tratamiento: (i) los dos grupos de magistrados están llamados a integrar el mismo órgano constitucional con funciones jurisdiccionales; (ii) una vez elegidos, desempeñan las mismas funciones y tienen las mismas atribuciones; (iii) su elección es hecha, en forma definitiva, por el mismo órgano de Estado: la Asamblea Legislativa; y (iv) no hay diferencias en el tiempo de duración de su elección. Este sería un argumento de respaldo para aplicar más extensivamente el régimen previsto para los candidatos incorporados a la terna propuesta por la Corte Suprema de Justicia (incluido lo dispuesto en el art. 208 inc. 1° parte final Cn.) a todos los magistrados del TSE, sin importar la terna de la que proceden, puesto que la defensa de la garantía de independencia de todo funcionario que ejerce jurisdicción impone este tipo de interpretación y no otra que podría socavar la salvaguardia del juez independiente.

XI. Resolución del problema jurídico.

Como se dijo, el problema jurídico a resolver consiste en determinar si la Asamblea Legislativa cumplió su obligación constitucional de documentar y justificar la falta de vinculación partidaria del abogado Jesús Ulises Rivas Sánchez, al elegirlo como magistrado propietario del TSE. Pero, antes de emprender tal análisis es indispensable referirse a los argumentos aducidos por la Asamblea Legislativa, el Fiscal General de la República y el abogado Rivas Sánchez.

I. En esencia, ellos tres aducen que la autoridad competente para verificar la independencia política partidaria de los candidatos a magistrados del TSE es la CSJ, no la Asamblea Legislativa. Para ellos, el vicio de inconstitucionalidad alegado no es imputable a la autoridad emisora del acto electivo, pues constatar el cumplimiento de los requisitos constitucionales es una atribución del ente que nombra a los candidatos.

Sobre este planteamiento, es preciso recordar que, por regla general, cuando la Asamblea Legislativa debe elegir a un funcionario público, debe verificar por sí mismo el cumplimiento de

los requisitos establecidos por la Constitución para tal efecto. Sin embargo, hay casos excepcionales en los que interviene más de un órgano. Tal es el caso de la elección de magistrados del TSE —tal como se indicó—, cuyo procedimiento es de carácter “cooperativo de doble instancia”, en el que los partidos políticos y la Corte Suprema de Justicia hacen la nominación y la Asamblea Legislativa la designación o elección. En todo caso, cuando se trate de los funcionarios mencionados en el art. 131 ord. 19° Cn., esta sala ha sostenido que, antes de ejercer la competencia establecida en esta disposición, es atribución última de la Asamblea Legislativa el deber constitucional de verificación y documentación de todos los requisitos que constitucionalmente se exigen a los candidatos a ocupar los cargos ahí determinados (sentencia de 28 de abril de 2015, inconstitucionalidad 122-2014). Especialmente debe transparentar los criterios de selección que objetiven el cumplimiento de los requisitos relativos a la capacidad, moralidad y competencia notorias (sentencia de 9 de julio de 2012, inconstitucionalidad 29-2012).

Ahora bien, la cuestión planteada es si este deber de verificación corresponde —en estos casos— únicamente al ente que hace la nominación o si también compete a la Asamblea Legislativa. Para dar respuesta a esta cuestión, debe partirse de dos premisas: (i) la separación orgánica de funciones y (ii) la colaboración de funciones. En la actualidad, la separación orgánica de funciones (art. 86 Cn.) no debe entenderse como el ejercicio aislado de las funciones y atribuciones que corresponden a cada órgano estatal, sino que está vinculada a la idea de control, que puede ser político o jurídico. Si se parte de esta idea, entonces es razonable sostener que la Asamblea Legislativa también debe verificar el cumplimiento de las exigencias constitucionales para la elección de los miembros propuestos por el ente proponente, más aún cuando este último no lo hizo, pues esto maximiza el control. Aceptar la tesis contraria implicaría que, por ejemplo, debe estarse dispuesto a admitir que los partidos políticos —que en la doctrina contemporánea son considerados como entes privados que ejercen funciones de relevancia pública—, usualmente propensos a la defensa de sus intereses y de sus miembros y bases, tengan una potestad absoluta, no sujeta a control, con respecto a las personas que ocuparán ciertos cargos de elección popular indirecta.

Por otro lado, lo que esta sala ha llamado “principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder” (sentencia de 26 de julio de 2017, inconstitucionalidad 1-2017) es consecuencia del hecho de que la Constitución establece de qué

manera deben darse las relaciones entre los órganos constituidos y los límites de sus actuaciones de control. Esto significa que la relación entre la separación orgánica de funciones y la colaboración de poderes es de complemento y control no de conflicto. Si se afirmara lo contrario, se incurriría en una falsa oposición que impediría la optimización de los dos principios mencionados. En consecuencia, la verificación de la Asamblea Legislativa a pesar de la realizada –o no– por el ente proponente no solo significa un control propio de la separación de poderes, sino también una actuación acorde con el principio de colaboración.

La función electiva de la asamblea no es una mera ejecución automática de una competencia constitucional. En realidad, quien hace la elección de funcionarios es a quien corresponde verificar, en última instancia, el cumplimiento de los requisitos constitucionales para poder optar a un cargo de elección indirecta. En el caso particular de los magistrados del TSE, los partidos políticos y la CSJ (entidades proponentes) tienen la “primera palabra” sobre si los candidatos incorporados en las ternas que ellos remiten cumplen los requisitos constitucionales para optar al cargo. Pero esta "primera palabra" no equivale a "única palabra", porque, por un lado, lo verificado por las autoridades proponente queda sujeto al control de requisitos constitucionales por parte de la Asamblea Legislativa y, por el otro lado, cuando no se hayan verificado los requisitos, la asamblea es quien debe suplir esa omisión, verificando el control necesario de la concurrencia de aquellos.

En la etapa de nominación, los partidos políticos y la Corte Suprema de Justicia únicamente colaboran en el proceso de elección, pero en modo alguno ello debe entenderse como una sustitución de competencias que debe realizar la Asamblea Legislativa. En la sentencia de inconstitucionalidad 3-2015, ya citada, se dijo que “[la competencia de la Asamblea Legislativa para elegir a funcionarios de elección de segundo grado comporta una valoración pública (positiva o negativa) de la conducta ética o moral y de la capacidad y preparación de los candidatos que participan en los procesos de selección”. Se agregó que “[l]a decisión de elección debe ser producto de una reflexión basada en el mérito, no en la cuota partidaria”.

Todo lo dicho lleva a concluir que el alegato de la Asamblea Legislativa, del Fiscal General de la República y del abogado Rivas Sánchez debe declararse sin lugar, ya que en los casos de designación de magistrados del TSE la Asamblea Legislativa es quien debe verificar en última instancia el cumplimiento de los requisitos previstos por la Constitución como prescripción habilitante para la designación del funcionario.

2. El Fiscal General de la República adicionó dos argumentos. Por una parte, sostuvo que no existe una causa que permita inferir que el abogado Rivas Sánchez “[...] responde a un interés partidario y que pudiera estar imposibilitado para ser elegido como tal” y, por otra parte, que “la independencia e imparcialidad se centra en la objetividad en el desempeño de su cargo” (argumento que también fue alegado por el abogado Rivas Sánchez).

Sobre el primero de los planteamientos, es necesario recordar que el problema jurídico gira en torno a determinar si la Asamblea Legislativa cumplió su obligación constitucional de documentar y justificar la falta de vinculación partidaria del abogado Jesús Ulises Rivas Sánchez, al elegirlo como magistrado propietario del TSE. Y en particular, estriba en indagar si el referido profesional tuvo una vinculación con el proyecto político-partidario con el FMLN mediante un acto de proselitismo político previo al acto electivo. En otras palabras, *el argumento del fiscal es esencialmente lo que se trata de analizar en esta sentencia*. Y el segundo de los planteamientos lo que hace es, en realidad, distorsionar el alegato del actor: este impugna el D. L. n° 765/2014 por un vicio de forma y no por una incompatibilidad sobrevenida. Si bien la imparcialidad e independencia puede juzgarse en el ejercicio del cargo, lo relevante para el problema jurídico planteado en esta oportunidad es la independencia político-partidaria previa del abogado Rivas Sánchez en relación con su elección como magistrado del TSE. De modo que este último alegato del fiscal no tiene ninguna relación con el objeto debatido en este proceso.

3. Por último, el abogado Rivas Sánchez planteó tres argumentos.

A. El primero indica que, sobre la participación política de los jueces, el derecho y la jurisprudencia constitucional comparada son diferentes a la línea jurisprudencial adoptada por esa sala. Sobre este punto, es preciso aclarar que, si bien en la interpretación constitucional del alcance de la independencia de los jueces puede tomar en cuenta, como un elemento de análisis, al Derecho Comparado, lo cierto es que la regulación de otros países no puede ser concluyente, porque dicho análisis tiene un afán eminentemente normativista o legalista, al ser descriptivo de las normas jurídicas habidas en un país determinado. En efecto, para comprender bien el funcionamiento del Derecho Comparado, también es necesario comprender las bases teóricas y el contexto que lo sustenta en la práctica. En resumen, lo más importante —más allá de las semejanzas con el derecho comparado— son las normas constitucionales de origen.

Además, hacer un repaso descriptivo de una parte de la legislación o jurisprudencia extranjera y luego seleccionar la opción preferida es distinto de un "estudio comparativo". Un

verdadero análisis de experiencias comparadas debe tener en cuenta el contexto histórico e institucional de cada una de ellas, para, en lugar de sugerir un trasplante jurídico irreflexivo, reconocer que una situación reiterada de elecciones a cargos jurisdiccionales mediante cuotas partidarias disminuye la eficacia de la Constitución y daña el sistema democrático, por el deterioro de la confianza ciudadana en la independencia de los magistrados del TSE. En este contexto particular, la incompatibilidad entre afiliación partidaria y acceso al cargo de magistrado del TSE es la interpretación constitucionalmente adecuada del principio de independencia. Por estas razones, este primer argumento debe declararse sin lugar.

B. a. El segundo argumento sostiene que, al ser una restricción a un derecho político (art. 72 ord. 3° Cn.), la causa inelegibilidad para ser magistrado del TSE debe estar prevista en la Constitución o en una ley en sentido formal, de modo que la limitación no sea arbitraria, casuística y posterior al caso que se juzga. Sobre este alegato, es preciso aclarar que el art. 208 Cn. establece que las personas que integren las ternas propuestas por la CSJ no deben tener ninguna "afiliación partidista", es decir, que los candidatos incorporados en las ternas elaboradas por la CSJ no deben tener ningún tipo de vinculación formal o material con ningunos de los partidos políticos en los términos en que ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional, de tal manera que la sujeción a la legalidad –y, en este caso, con rango constitucional– se garantiza plenamente.

Si pese a ello quedara alguna duda, es pertinente recordar que “[e]l carácter vinculante de esta [inelegibilidad o] incompatibilidad (no afiliación partidaria de quienes ejercen funciones jurisdiccionales) no se puede evadir con invocaciones al tenor [...] de las disposiciones constitucionales ni al derecho fundamental de asociación política del art. 72 ord. 2° Cn. Sobre lo primero, porque como lo determinó esta [s]ala en la [resolución de seguimiento de 21 de marzo de 2013, inconstitucionalidad 49-2014 'I]a. Constitución no es un inventario taxativo de prohibiciones o límites al poder con respecto al cual pueda afirmarse que aquello que no prohíbe o limita expresamente, puede ser realizado 'libremente' por los agentes estatales [...] las atribuciones y competencias [...] de los funcionarios [...] no son reglas vacías de contenido o carentes de sentido, sino que se insertan en un sistema constitucional informado por valores y principios, que buscan la limitación del poder y el respeto pleno a los derechos fundamentales de la persona”.

De acuerdo con esto, los límites a los derechos fundamentales no solo pueden ser

expresos, sino implícitos. En efecto, “[...] un derecho fundamental está contenido en una disposición constitucional que convive con otras de igual rango, por lo que el contenido de ambas debe ser ajustado de forma que ninguna de ellas se vuelva ineficaz; así lo exige el principio de concordancia práctica [...] En consecuencia, el ámbito normativo de un derecho no puede extenderse a tal punto que su aplicación suponga el desconocimiento de otras disposiciones igualmente constitucionales que también sean aplicables al caso: un derecho fundamental, por lo tanto, no puede dar cobertura a vulneraciones de otras normas constitucionales, dado el sentido armónico de la Constitución [...] ningún derecho es absoluto y las disposiciones constitucionales que los reconocen no pueden interpretarse aisladamente”. Así se interpretó y aplicó también en las sentencias de inconstitucionalidad 77-2013 AC y 49- 2011, ya citadas.

En la sentencia de inconstitucionalidad 18-2014, se sostuvo que “[l]a identificación de las limitaciones implícitas [a los derechos fundamentales] en la Constitución (ya sea en forma de impedimentos, prohibiciones, inelegibilidades, incompatibilidades, incapacidades, limitaciones o restricciones, etc.) para el ejercicio de las competencias de los funcionarios públicos y de los derechos fundamentales de los particulares es una labor permanente y consustancial de la producción normativa del Órgano Legislativo, pero también de este tribunal, cuando dichas limitaciones se derivan de la interpretación constitucional de las disposiciones propuestas como parámetros de control. En consecuencia, el impedimento de estar afiliado a un partido político y aspirar simultáneamente al ejercicio de funciones jurisdiccionales (que antes de la elección respectiva funciona como inelegibilidad, es decir, obstáculo para acceder al cargo; y que realizada la elección sin advertirlo se transforma en incompatibilidad, en ambos casos como causa de invalidez) es una implicación necesaria del reconocimiento constitucional del principio de independencia judicial —no una restricción antojadiza impuesta por esta [s]ala—; y la falta de mención expresa de este impedimento en cada disposición que atribuye funciones jurisdiccionales no altera ni reduce su carácter vinculante”.

b. Lo antedicho se puede apoyar en un argumento adicional. Es sabido que no es posible dar respuestas generalizadas sobre órdenes de prevalencia de un principio o derecho fundamental, pues, en abstracto, ambos están sujetos a incurrir en tensiones y a ceder frente al otro como resultado de la ponderación. Es decir, este tribunal no puede afirmar que uno precede al otro sin haber analizado previamente razones a favor o en contra de cada uno de ellos, ya que se trata de condiciones de precedencia condicionadas a las posibilidades fácticas y jurídicas de cada caso

concreto. Lo anterior implica que la respuesta a una cuestión como esta no puede ser brindada prescindiendo de los rasgos específicos del problema enjuiciado y ponderado.

Así, para lo que respecta a este caso concreto, admitir lo expuesto por el abogado Rivas Sánchez implicaría admitir también la dependencia a un partido político y suponer que ello no incidiría en el ejercicio de las funciones propias del cargo para el que fue electo o que, cuanto menos, tal riesgo no sería asumido, lo cual es inaceptable. Esto tiene mayor sentido cuando se advierte que la materia electoral está íntimamente vinculada con los derechos fundamentales de orden político, esenciales para la participación ciudadana en el quehacer público, de manera que lo que en principio parecería una garantía estructural —independencia judicial— pasa a ser una garantía de los derechos fundamentales que subyacen al ejercicio independiente de las atribuciones del cargo de magistrado del TSE. Así, el argumento del ciudadano Rivas Sánchez se reduciría a aceptar la prevalencia de un derecho político desde su dimensión subjetiva en detrimento de ese mismo derecho —y otros de índole político— desde una dimensión objetiva, lo cual no es aceptable.

En consecuencia, el presente argumento aducido por el abogado Rivas Sánchez debe declararse sin lugar.

C. En el tercer planteamiento dijo que sí justificó la ausencia de vinculación formal con algún partido político en el proceso de selección ante la CSJ, que no es posible tener por cierta toda la información publicada en los medios de comunicación y que nunca ha participado en reuniones de dirección o de proselitismo de algún partido político.

a. En relación con lo primero, se ha constatado que en la certificación del expediente legislativo número 1628-7-2014-1, remitida a esta sala por el segundo secretario de la Asamblea Legislativa, no consta ninguna documentación presentada por el abogado Rivas Sánchez que aluda a la ausencia de vinculación (formal o material) con algún partido político. No existe en el expediente que documenta el trámite ante la CSJ (folios 324 al 379 —pieza 2 del expediente administrativo—), que a su vez está en el expediente legislativo, ningún tipo de constancia que haya sido expedida por el secretario del TSE a favor del citado profesional, tal como este aduce. Este dato es relevante, porque la incompatibilidad entre el ejercicio de la jurisdicción electoral y la vinculación partidaria opera como "inelegibilidad" antes del nombramiento, de modo que sobre la Asamblea Legislativa pesaba la carga de investigar y documentar la "no vinculación partidaria".

Esta falta de prueba sobre la “no vinculación partidaria” ni siquiera puede suplirse o subsanarse con su presentación en el proceso de inconstitucionalidad. En efecto, dado que en este proceso se está discutiendo si la Asamblea Legislativa documentó la desvinculación político partidaria del abogado Rivas Sánchez, la constancia que ha sido incorporada en este proceso tuvo que haber sido presentada en realidad en el proceso de elección de magistrados del TSE ante la Corte Suprema de Justicia o ante la citada asamblea. De ahí que dicha prueba deba rechazarse y no deba valorarse.

Este criterio fue aplicado por la jurisprudencia constitucional cuando se analizó la constitucionalidad de la elección de los magistrados de la Corte de Cuentas de la República (sentencia de inconstitucionalidad 3-2015, ya citada). Aquí se dijo que “[...] los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y, en su caso, valorados por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión con los hechos alegados en la demanda y fijados o determinados por el tribunal, de modo que pueda justificarse en ellos una conclusión sobre su verdad. En este proceso no se discute si los señores [...] elegidos como Magistrados de la CCR, están afiliados o no a algún partido político. Lo que si se discute [...] es si la Asamblea Legislativa documentó en el proceso de elección la 'no afiliación partidaria' de ellos”.

Todo lo anterior indica que, a diferencia de lo que el abogado Rivas Sánchez sostiene, no es cierto que haya presentado la documentación que dice haber puesto a disposición de la CSJ en el proceso de elaboración de las ternas a cargo de esa entidad.

b. En lo relativo a la idea de que no es posible tener por cierta toda la información publicada en los medios de comunicación, también es preciso aclarar que, dado que el nombramiento del abogado Rivas Sánchez como magistrado del TSE ha sido impugnado por un vicio de forma, particularmente porque la Asamblea Legislativa no documentó la “no vinculación partidaria”, el análisis versará sobre aquello que dicho órgano de Estado ha hecho o dejado de hacer en el proceso de elección; y, en concreto, si le era exigible saber y constatar la no afiliación partidaria, que es precisamente el reproche que el actor hace en la demanda. De modo que en principio solo debe tomarse en consideración aquellos elementos probatorios que han sido incorporados al expediente, salvo el caso de los hechos evidentes y de los que gocen de notoriedad general (art. 314 ords. 2º y 3º del Código Procesal Civil y Mercantil —de aplicación supletoria en el proceso de inconstitucionalidad—).

La cuestión referida a los hechos notorios —según la terminología del Código Procesal

Civil y Mercantil: hechos que gocen de notoriedad general— es una excepción a la prohibición probatoria del uso de la propia "ciencia privada" del juez. Tales hechos se caracterizan por ser acaecimientos individuales, históricamente precisados o precisables, que tienen vocación para acercar a la verdad. Aunque en principio parecen eximir de la carga de la prueba —de hecho, según el art. 314 ord. 2º del código antes mencionado, estos no requieren ser probados—, el principio contradictorio exige, cuanto menos, que: (i) exista la posibilidad de controvertir la ocurrencia del hecho —mas no su notoriedad general—; y (ii) que el juez no use un hecho notorio cuyo conocimiento no se haya enunciado en sede judicial. Por el contrario, si se aduce un hecho que a criterio judicial goce de notoriedad general y este no es rebatido o negado por alguna de las partes, entonces debe pasar a ser valorado con el resto de los elementos de prueba que figuran en el proceso. Lo mismo ocurre cuando, a pesar de que el hecho notorio sea negado, pueda llegarse al convencimiento de su efectivo acaecimiento.

Si se toma en cuenta que el Derecho no se puede aislar de la realidad, sino que debe amoldarse a ella —con sus debidas limitaciones— para evitar su ineficacia o insuficiencia, entonces debe ser tomada en cuenta la opción de que las tecnologías de la información y comunicación sirvan para la fijación de hechos notorios, más cuando estas se refieran al internet. Estas tecnologías tienen distintos usos en el proceso judicial, por ejemplo: (i) son un instrumento de apoyo —por ej., las audiencias virtuales—; y (ii) son herramientas de administración de todo el proceso —por ej., las notificaciones por correo electrónico—. Pero también pueden llegar a ser instrumentos indispensables para que determinados hechos pasen a gozar de notoriedad general, como en los casos de "viralización" de declaraciones prestadas ante los medios de comunicación o en reuniones de particulares que no están protegidas por el derecho a la intimidad o privacidad. Claramente, en estos casos siempre cabe la posibilidad de rebatir la existencia del supuesto hecho notorio.

c. Por último, el interviniente asegura que nunca ha participado en una reunión de dirección o de proselitismo de ningún partido político. Al respecto, cabe advertir que en el argumento del abogado Rivas Sánchez debe diferenciarse las reuniones con las cúpulas de los partidos políticos y los actos proselitismo partidario. En torno a la primera parte de la negación, la demanda no hace referencia a reuniones de las cúpulas o cuadros directivos de ninguna entidad política, de modo que esta sala no hará ningún análisis al respecto. Pero, en lo referente a la participación del referido profesional en actos de proselitismo partidario, sí resulta útil determinar

si tomó parte en algún acto de proselitismo político electoral y si en él demostró afinidad con el proyecto político del partido FMLN, tal como lo ha alegado el demandante, según se dirá más adelante. Esto último con el propósito de indagar si la Asamblea Legislativa cumplió con su deber de argumentar y documentar la independencia político partidaria de la persona electa, tal como fue propuesto por el actor y como se delimitó al inicio de los considerandos V y XI de esta decisión.

Sobre esto último, cabe recordar que la atribución de funciones jurisdiccionales al TSE implica, en armonía con el art. 172 inc. 3° Cn., que todos sus magistrados debe ser independientes, es decir, deben estar obligados únicamente por la Constitución y a las leyes, de modo que no deben tener ningún tipo de identificación de compromiso político-partidario. Y como esta incompatibilidad opera como "inelegibilidad" antes del nombramiento, sobre la Asamblea Legislativa pesaba la carga de investigar y documentar la no vinculación partidaria del señor Jesús Ulises Rivas Sánchez antes de elegirlo como magistrado propietario del TSE. Y esto es con independencia de si la Corte Suprema de Justicia cumplió o no con su obligación de verificar su "no vinculación partidaria".

En la referida sentencia de inconstitucionalidad 56-2016, se entendió que el vínculo objetivo o material es toda situación que genere o constituya una relación de dependencia o subordinación con un partido político, así como la realización de conductas (acciones, omisiones o manifestaciones) que demuestren objetivamente una identificación de compromiso militante o defensa activa de un proyecto partidario —más allá de una mera afinidad o simpatía ideológica—, que sea capaz de fundar una duda razonable sobre la independencia de una persona y que no se refiera al ingreso formal al mismo (afiliación). Así, por ejemplo, es posible que exista vinculación material cuando una persona hace apología de las actividades de un partido o de sus miembros, la militancia política, el proselitismo en cualquiera de sus formas —por ej., requerir el voto o apoyar públicamente a una candidatura para un cargo de elección popular— u ostentar la calidad de financista de un partido político.

Sobre este último punto —el de ser financista de un partido político— conviene aclarar que la calidad de "financista" no es equivalente a la de donante, ya que esta es solo una de las formas que puede adoptar el financiamiento de partidos políticos de personas que coincidan con los proyectos políticos. El financista puede ser directo —ej., donaciones, emisión de certificados de ayuda, bonos, etc.— o indirecto —ej., la venta a bajo costo de productos necesarios para la

campana política a un partido en específico o la ausencia de cobros por la prestación de servicios útiles para promover un programa político, como los radiales, televisivos u otros—. Ambos pueden valorarse como posibles circunstancias que podrían, según el caso, generar un vínculo material con un partido político en específico, con la particularidad de que los financiados no se obligan a devolver lo que han recibido en concepto de financiamiento.

Como se ha explicado en los considerandos que anteceden, este tipo de vínculo debe ser advertido y considerado en última instancia por la Asamblea Legislativa en el desarrollo del procedimiento de elección de funcionarios a que se refiere el art. 131 ord. 19° Cn., particularmente de aquellos que ejercerán un cargo de índole jurisdiccional, en tanto que tal circunstancia podría implicar su subordinación a proyectos ideológicos partidarios o injerencias indebidas de tal función consustancial al Estado Constitucional de Derecho.

Por ello, como consecuencia del principio de independencia (art. 172 inc. 3° Cn.), y de los arts. 85 inc. 1°, 208 y 218 Cn., la existencia comprobada de un vínculo objetivo o material con un partido político por parte de los candidatos a magistrados del TSE constituye una causa de inelegibilidad para optar a dicho cargo que debe tomar en cuenta la Asamblea Legislativa en el respectivo procedimiento de elección; asimismo, constituye una incompatibilidad con su ejercicio si tal situación se advierte una vez electo el funcionario.

d. El actor ofreció como prueba de que la Asamblea Legislativa no se cercioró ni documentó la no vinculación partidaria del señor Rivas Sánchez las siguientes las publicaciones digitales: (i) "Magistrado del TSE apoyó fórmula presidencial del FMLN en 2013", disponible en <https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/147852/magistrado-del-tse-apoyo-formula-presidencial-del-fmln-en-2013/> (consultada el 24 de abril de 2019); (ii) "Magistrado TSE respaldó a la fórmula efemelenista", disponible en <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Magistrado-TSE-respaldo-a-la-formula-efemelenista-20140814-0104.html> (consultada el día 24 de abril de 2019); y (iii) un video denominado: "ADHESIÓN SECTOR DE ABOGADOS, UNAJUD A LA FÓRMULA DEL FMLN" (disponible desde el 20 de diciembre de 2013 en la cuenta de YouTube del canal Gentevé, disponible en <http://www.youtube.com/watch?t=71&v=VvvB5a-wX6o> –consultado el 24 de abril de 2019–).

Las noticias y la red social YouTube aluden a un video que fue publicado el día 20 de diciembre de 2013 en el canal de Gentevé. Dicho video documenta un acto de propaganda

política a favor de la entonces fórmula presidencial del partido político FMLN, en un lugar cuyo fondo está cubierto de banderas de dicho instituto político marcadas con una cruz y de los nombres de los candidatos a la presidencia y vicepresidencia de la República. Tras el inicio del acto, en el que aparece el abogado Rivas Sánchez aplaudiendo junto al entonces candidato presidencial Salvador Sánchez Cerén, el primero pronunció el siguiente discurso:

“Nos hemos reunido, en este bonito local, con la fórmula presidencial del FMLN: Salvador y Oscar, que quienes, todos sabemos, en estas elecciones, se van a convertir en Presidente y Vicepresidente de la república, respectivamente.

¿Quiénes somos nosotros? Somos un grupo de abogados que estamos interesados en que los cambios en nuestro país se den en beneficio de las grandes mayorías, en beneficio de aquellas personas excluidas y marginas eternamente e históricamente.

Nosotros, queremos decirle al profesor, hemos estudiado su programa de gobierno, lo hemos estudiado mucho y hemos visto que los objetivos estratégicos que ahí se plantean coinciden y nosotros los compartimos, porque queremos un país, un El Salvador, donde se respete el Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, donde los funcionarios públicos respeten y actúen apegados a la Constitución, a las leyes de la república y los tratados internacionales de Derechos Humanos.

Queremos que este país se cimente con la base de la igualdad de todas y todos, que hombres y mujeres, practicando los principios de la equidad, logremos, al fin, ser iguales.

También compartimos que se deben de desmontar aquellas estructuras que benefician solo a unos sectores. Queremos que nuestro El Salvador se profundicen los cambios, que sabemos que solo Salvador y Oscar lo pueden hacer; y esos cambios tienen que ir de la mano y a beneficiar a las grandes mayorías, como dije antes, a las personas eternamente discriminadas y marginadas, aquellas personas que no pueden salir de la pobreza, y sabemos que esos cambios, el profesor y Oscar los van a hacer, sin perjudicar a los sectores productivos, a los sectores económicos y a los sectores profesionales del país.

Como abogado, nos adherimos a los esfuerzos que otros sectores profesionales, políticos y gremiales del país le han dado para este próximo dos de febrero del dos mil catorce, para ganar las elecciones en primera vuelta.

El apoyo que le ofrecemos a Salvador y Oscar se va materializar con nuestros votos y los de nuestras familias, haciendo trabajo de persuasión y convencimiento en nuestros amigos que están indecisos en votar y que voten por la fórmula presidencial de Salvador y Oscar. Vamos a poner en práctica todos nuestros conocimientos teóricos y prácticos, nuestras destrezas y nuestras competencias para, el día de las elecciones, defender uno a uno los votos que se consigan y así asegurar el triunfo

Ese es el compromiso que nos llevamos ahora todas y todos. Nosotros, profesor, y dígaselo también a Oscar, los vamos a apoyar porque sabemos que van a gobernar muy bien. Muchas gracias” [itálicas del tribunal].

Tanto las publicaciones de los medios digitales de comunicación como del video antes referidos son constitutivas de prueba documental que ha estado a disposición de todos los intervinientes; y puesto que ninguno de ellos los ha controvertido ni ha demostrado su falsedad, deberán considerarse auténticos. Por ello, constituirán prueba fehaciente de los hechos, actos o

estado de cosas qué documenten y de las personas que hayan intervenido en los mismos.

En consecuencia, esta sala tiene por acreditado que el abogado Rivas Sánchez sí participó en un evento de proselitismo político organizado a favor del partido político FMLN, en el que, además de ofrecer la colaboración de la asociación gremial y adherirse al programa político partidario propuesto por que en ese entonces eran los candidatos presidenciales del FMLN, brindó su apoyo en la defensa del voto en las elecciones presidenciales del año 2014. Esta sala interpreta estas acciones como una adquisición voluntaria, directa, real y concreta de un compromiso del referido profesional con el proyecto partidario que en ese momento fue impulsado por la fórmula presidencial que ganó las elecciones. Y esto excede la mera ideología política que cada funcionario puede tener de acuerdo con una concepción política del gobierno. Por lo tanto, la vinculación política del abogado Rivas Sánchez es patente, dado el compromiso político adquirido por él en favor de los que entonces fueron candidatos a la presidencia y vicepresidencia del partido político FMLN.

4. A. Una vez descartados los argumentos de todos los intervinientes, el tribunal se centrará en el núcleo del problema jurídico propuesto por el ciudadano Vega Cruz: si la Asamblea Legislativa cumplió su obligación constitucional de documentar y justificar la falta de vinculación partidaria del abogado Jesús Ulises Rivas Sánchez, al elegirlo como magistrado propietario del TSE. Al respecto, cabe afirmar que el Órgano Legislativo reconoció que no documentó la no afiliación partidaria del abogado Rivas Sánchez, porque para ese Órgano de Estado la autoridad que debió haberlo hecho es la CSJ, tal como se desprende de su intervención en este proceso (folios 91 a 100). Este alegato, sin embargo, ha sido descartado antes. Según se dijo, la CSJ es la primera llamada a verificar la "no vinculación partidaria", pero es la asamblea quien debe controlar de forma definitiva la terna de nominados al cargo de magistrado del TSE por los partidos políticos y por la CSJ. Las razones que justifican esto último han sido expresadas arriba (considerando X 2), por lo que no es necesario insistir en ello.

En ese orden, paralelamente a esta declaración, tal como se infiere de la certificación del expediente legislativo número 1628-7-2014-1, remitida a esta sala por el segundo secretario de la Asamblea Legislativa, no existe en el expediente que documenta el trámite ante la CSJ ningún tipo de documentación que acredite que la Asamblea Legislativa cumplió con el deber de documentar y argumentar la ausencia de vinculación (formal o material) con algún partido

político por parte del abogado Jesús Ulises Rivas Sánchez (folios 324 al 379 de la pieza 2 del expediente administrativo, que a su vez, está en el expediente legislativo); tampoco existe ningún tipo de requerimiento por parte de la Asamblea Legislativa para que el referido profesional presentara la documentación sobre su independencia político partidaria.

Por lo anterior, existe un nexo entre el reconocimiento fáctico de la Asamblea Legislativa y la omisión probatoria que se extrae de la documentación aportada en este proceso que da sustento a la, inconstitucionalidad por vicio de forma alegada por del demandante. En consecuencia, dado que la Asamblea Legislativa no acreditó ni justificó la independencia político partidaria del referido profesional, esta sala concluye que dicha elección se realizó en contravención al principio de independencia judicial (art. 172 inc. 3° Cn.) y a los arts. 85 inc. 1° y 218 Cn., relativo a que los funcionarios públicos deben estar al servicio del Estado y no de una fracción política determinada.

El vicio es tal, que la Asamblea Legislativa no ha dado cuenta de que el abogado Jesús Ulises Rivas Sánchez, previo a someterse al procedimiento de elección de magistrados del TSE, realizó un acto de proselitismo partidario, mediante su adhesión al programa de gobierno del partido FMLN y su colaboración en la defensa del voto para la fórmula presidencial de ese partido político, en el año 2014. En consecuencia, deberá declararse la inconstitucionalidad del D. L. 765/2014, en lo relativo a la elección del referido profesional como magistrado propietario del TSE para el período 2014- 2019.

B. Debe aclararse que el derecho a optar a cargos públicos reconocido en el art. 72 inc. 3° Cn. no es un derecho absoluto. Esta misma disposición fija un límite expreso a su ejercicio: “[cumplir] con los requisitos que determinan esta Constitución y las leyes secundarias”. Y si entre estos requisitos figura la ausencia de inelegibilidades en el ciudadano que opte a ellos (entre ellas, la no afiliación o vinculación material con un partido político para quienes opten al cargo de magistrado del TSE), de ello se sigue que no encontrarse dentro de ninguna de estas es una condición necesaria para su ejercicio. Desde la teoría de los derechos fundamentales se podría afirmar que el contenido protegido por el derecho aludido abarca los supuestos en que se cumplen los requisitos constitucional y legalmente previstos, pero queda excluido de este cualquier supuesto en que estos no se cumplen, de manera que, al darse esta situación, no se está en presencia de un ámbito protegido. Lo antedicho es relevante para esta decisión, pues significa que ella no implica la violación de los derechos políticos del ciudadano Ulises Rivas, sino que es la

simple constatación de una situación Táctica que le volvía inelegible para el cargo de magistrado del TSE y la determinación de las consecuencias respectivas.

C. En conclusión, la Asamblea Legislativa no cumplió con la exigencia constitucional de verificar la ausencia de vinculación material con algún partido político del ciudadano Jesús Ulises Rivas Sánchez, como condición previa indispensable para su elección en el cargo de magistrado propietario del TSE. Al no haberlo hecho, se deberá declarar la inconstitucionalidad del D. L. 765/2014, mediante el cual fue realizada la elección mencionada.

XII. Efectos de la sentencia.

El efecto inmediato de la presente sentencia consiste en que, a partir de esta fecha, queda invalidada la elección del abogado Jesús Ulises Rivas Sánchez en el cargo de magistrado propietario del TSE. Y en vista de la proximidad de la fecha en que finalizará el período para el cual fue electa la actual configuración subjetiva del TSE, dicho órgano constitucional deberá integrarse con uno de los suplentes electos de las ternas enviadas por la CSJ. Por otra parte, para no perjudicar situaciones jurídicas consolidadas y efectos jurídicos ya producidos, de acuerdo con las exigencias derivadas de la seguridad jurídica (art. 1 inc. 1° Cn.), se aclara que esta sentencia no afectará de manera alguna la validez de los actos y resoluciones en los que haya intervenido dicho funcionario durante el período en que desempeñó su cargo.

POR TANTO, con base en las razones expuestas, disposiciones y jurisprudencia citadas, y en los artículos 183 de la Constitución y 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta sala **FALLA**:

1. *Declarase improcedente* la nulidad alegada por el abogado Jesús Ulises Rivas Sánchez contra la resolución de 24 de febrero de 2017, mediante la cual se decretó la medida cautelar vigente en este proceso. Las razones que justifican esta decisión son la omisión de argumentar por qué la nulidad se aplica al proceso de inconstitucionalidad y que el motivo de la impugnación ya está comprendido en el recurso de revocatoria interpuesto de modo simultáneo a la nulidad.

2. *Declarase sin lugar* el recurso de revocatoria interpuesto por el abogado Rivas Sánchez en contra del auto del 24 de febrero de 2017, en el cual se decretó la medida cautelar vigente en este proceso. Las razones que justifican esta decisión son que: (i) dicho profesional hizo una interpretación aislada del artículo 52 inciso 3° del Código Procesal Civil y Mercantil, es la propia sala la que resuelve las recusaciones planteadas contra uno de sus magistrados, (iii) la audiencia previa a la resolución de la recusación es para los interviniente distintos del que plantea la

recusación y (iv) los derechos de los posibles afectados con las medidas cautelares se garantizan con los recursos pertinentes contra la resolución emitida.

3. *Declarase improcedente* la solicitud de intervención formulada por la ciudadana Sonia Clementina Liévano de Lemus.

4. *Declarase* que la condena de responsabilidad institucional y personal contenida en la resolución emitida por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos a las 14:00 horas del 17 de mayo de 2019 en el expediente SS-0220-2017, no produce efecto jurídico constitucional alguno, porque se dirige a controlar las decisiones que este tribunal toma en el ámbito estrictamente jurisdiccional, cuando ello es incompatible con el reparto institucional del poder público previsto por la Constitución.

5. *Declarase inconstitucional*, de un modo general y obligatorio, el Decreto Legislativo número 765, de 31 de julio de 2014, publicado en el Diario Oficial número 147, tomo 404, de 13 de agosto de 2014, por medio del cual la Asamblea Legislativa eligió como magistrado propietario del Tribunal Supremo Electoral al abogado Jesús Ulises Rivas Sánchez, para el período que inició el 1 de agosto de 2014 y que concluirá el 31 de julio de 2019. La razón de la decisión es que la Asamblea Legislativa no investigó ni documentó la "no vinculación político-partidaria" del referido profesional con el partido político Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), lo cual contraviene el principio de independencia judicial (artículo 172 inciso 3° de la Constitución), el principio de la democracia representativa y republicana (artículo 85 inciso 1° de la Constitución) y el artículo 218 de la Constitución, relativo a que los funcionarios se encuentran al servicio del Estado y no de una fracción política determinada. Esta declaratoria de inconstitucionalidad producirá efectos inmediatos.

El efecto inmediato de la presente sentencia consiste en que, a partir de esta fecha, queda invalidada la elección del abogado Jesús Ulises Rivas Sánchez en el cargo de magistrado propietario del TSE. Y en vista de la proximidad de la fecha en que finalizará el período para el cual fue electa la actual configuración subjetiva del TSE, dicho órgano constitucional deberá integrarse con uno de los suplentes electos de las ternas enviadas por la CSJ. Por otra parte, para no perjudicar situaciones jurídicas consolidadas y efectos jurídicos ya producidos, de acuerdo con las exigencias derivadas de la seguridad jurídica (art. 1 inc. 1° Cn.), se aclara que esta sentencia no afectará de manera alguna la validez de los actos y resoluciones en los que haya intervenido dicho funcionario durante el período en que desempeñó su cargo.

6. *Cese* la medida cautelar decretada por medio de la resolución de 24 de febrero de 2017, debido a que el decreto legislativo descrito en el punto 5 de este fallo ha sido declarado inconstitucional y expulsado del ordenamiento jurídico salvadoreño.

7. *Notifíquese* la presente decisión a todos los sujetos procesales, incluido el abogado Jesús Ulises Rivas Sánchez.

8. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, para lo cual envíese copia al director de dicha institución.

A. E. CÁDER CAMILOT-----C. SÁNCHEZ ESCOBAR-----M. DE J. M. DE T.-----M. R. Z.-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----E. SOCORRO C.-----RUBRICADAS.

Voto particular disidente del magistrado Carlos Sergio Avilés Velásquez.

Aunque comparto muchas consideraciones efectuadas en la sentencia, disiento firmemente respecto a los siguientes aspectos:

I. Al parecer, lo resuelto en la sentencia se fundamenta en la idea de que la pertenencia o afinidad con un partido político ocurrida en cualquier momento, elimina o, cuando menos, disminuye intensamente la futura juridicidad de toda persona en el ejercicio de algún cargo público. A partir de esta infundada aseveración, la sola afiliación a un partido político – sin importar cuando sucedió ésta- de cualquier postulante a un cargo público que implique un ejercicio jurisdiccional, destruye de forma abstracta y automática su independencia e imparcialidad en todos los casos que a futuro podría conocer. Esta idea se ha asumido tácita e incontrovertiblemente en la sentencia, sin haberse fundamentado de manera alguna.

Ante lo señalado, debe decirse que dentro del régimen de incompatibilidades para el cargo de Magistrado del Tribunal Supremo Electoral se encuentra la afiliación partidaria, pues así lo dispone el artículo 208 de la Constitución en su parte final. Así, en la sentencia se consignó que dicho régimen “tiene como propósito fundamental preservar la probidad del funcionario judicial en el desempeño del cargo, *al impedirle ejercer simultáneamente* actividades o empleos que eventualmente pueden llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública jurisdiccional”.

Sin embargo, en la sentencia, la Sala dota de contenido a la incompatibilidad de afiliación

partidaria señalada en la Constitución para los Magistrados del Tribunal Supremo Electoral, sin ponderar aspectos esenciales como la temporalidad. En este aspecto, me refiero a que el contenido de la sentencia permite interpretar que si una persona alguna vez estuvo afiliada a un partido político, esa sola afiliación inhibe la posibilidad de participar en la elección a Magistrado del Tribunal Supremo Electoral o a cualquier otro cargo en el que se ejerza jurisdicción; es decir, la Sala no establece reglas de concreción temporal para aplicar dicha inhabilitación, por ejemplo, si al momento de la postulación la persona tendría determinados años de no pertenecer a un partido político, pues existe la posibilidad de que en un momento tenga afiliación partidaria pero con posterioridad se desafilie y permanezca así durante mucho tiempo previo a su postulación como candidato, o bien haya desaparecido el partido político u otras circunstancias.

De tal forma, sin bien la no afiliación partidaria para los Magistrados del Tribunal Supremo Electoral es una exigencia constitucional, la Sala no ha fijado una regla temporal clara, para la verificación de este requisito, por ejemplo si la no afiliación debe subsistir seis meses, uno, tres o cinco años previos a la elección, para que el elector tenga un rango cierto de verificación de ese requisito; por consiguiente, la Sala debió establecer el plazo razonable para ello, pues así lo hacen la Constitución y la ley cuando establecen requisitos cuyo cumplimiento debe verificarse antes de iniciar el ejercicio del cargo, como condición para ello. Por ejemplo, el artículo 177 de la Constitución regula cuánto tiempo previo ha de haberse ejercido una judicatura o la abogacía o cuánto tiempo previo debió estarse en ejercicio de los derechos ciudadanos.

Sin embargo, jurisprudencialmente se ha establecido un motivo de ineligibilidad que no tiene plazo, contrario a lo que atañe a los requisitos establecidos por la Constitución, todos los cuales, o son prohibiciones inmediatas, esto es, han de observarse durante el ejercicio del cargo, o, como se indicó, si son requisitos de cumplimiento previo, también tienen término, como –los ya citados– el goce de los derechos políticos o la autorización previa para el ejercicio de la abogacía. Significaría entonces que, en virtud del derecho a la seguridad jurídica, cualquier limitación ha de estar sujeta a un plazo legal, cuya razonabilidad debe tener a la base los derechos involucrados y los fines buscados. Con todo, es claro que tal como se manifestó en la sentencia de 14 de julio de 2010, inconstitucionalidad 13-2009, “ningún plazo puede ser indefinido de manera que su determinación se convierta en un capricho o arbitrariedad de la autoridad a la cual se encuentra sometida la decisión”.

II. Además de lo anterior, tampoco comparto el hecho de que en la sentencia se ha creado

un límite al derecho a optar a cargos públicos que no aparece en la Constitución ni en ninguna ley: la categoría de "no vinculación partidaria material".

Esta categoría no ha sido regulada en el ordenamiento jurídico; no obstante ello, sin expresar las razones, la Sala únicamente afirmó que "las personas que integren las ternas propuestas por la CSJ no deben tener ninguna 'afiliación partidista', es decir, que los candidatos [...] no deben tener ninguna vinculación formal o material con ninguno de los partidos políticos". De tal manera, el tribunal equiparó el límite que consiste en la "afiliación partidista" –sobre el cual hay claridad porque sus requisitos de acreditación sí están regulados por ley– con la "vinculación material", cuyo significado no es claro porque ninguno de esos términos aparece regulado; de manera que no hay certeza sobre los elementos que la configuran. Sin embargo, aunque el tribunal los muestre como sinónimos, el resultado es que creó una nueva categoría: "la vinculación material", a la cual le extendió el carácter de límite del derecho a optar a cargos públicos. Por tanto, jurisprudencialmente se ha creado otro límite sobre este derecho político. Ante esto, debe considerarse lo siguiente:

1. En las limitantes a derechos fundamentales, el estándar internacional de protección exige que los límites o restricciones a estos derechos estén regulados claramente en la ley; lo cual en el caso no sucede y tampoco la Sala en su jurisprudencia consigna parámetros claros.

En la inconstitucionalidad 77-2013 AC —utilizada como antecedente jurisprudencial de la sentencia—, se sostuvo que la "limitación o restricción al derecho de asociación política que establece la Constitución también está reconocida por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 16) y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22), que permiten tal restricción siempre que se haga por disposición de las leyes de los Estados partes, en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público o para proteger los derechos de los demás. Por lo tanto, la restricción que de manera excepcional hace la Constitución a ciertos ciudadanos sobre el derecho de asociación política, no constituye per se una violación o desconocimiento del tal derecho. Dicha restricción está justificada en una sociedad democrática ya que es necesaria para preservar la naturaleza misma de la función pública en materias tan delicadas como la seguridad pública y la defensa nacional, y evitar con ello la partidización de tan vitales funciones estatales, y a su vez, evitar que ciertos funcionarios se prevalezcan de sus cargos para hacer política partidista, especialmente si se trata de militares o policías. De ahí que son incompatibles dichas funciones con la afiliación partidaria. No es

compatible, entonces, ser miembro de la Fuerza Armada o de la Policía Nacional Civil, o ser ministro de un culto religioso, con la condición de afiliado a un partido político”.

Como puede apreciarse, la primera condición de la normativa internacional citada es que la restricción se haga, necesariamente, *“por disposición de las leyes de los Estados partes”*; sin embargo, *en las leyes salvadoreñas no ha sido regulado la afiliación material como motivo de inelegibilidad.*

Así, sobre límites a derechos, la Corte Interamericana de Derechos humanos ha señalado que la "Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos" (sentencia de 30 de noviembre de 2007, caso Castañeda Gutman Vs. México).

En dicha sentencia se estableció que “la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional, sino que está limitada por el derecho internacional que exige el cumplimiento de determinadas exigencias que de no ser respetadas transforma la restricción en ilegítima y contraria a la Convención Americana. Conforme a lo establecido en el artículo 29.a de dicho tratado ninguna norma de la Convención puede ser interpretada en sentido de limitar los derechos en mayor medida que la prevista en ella. La Corte ha precisado las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención”.

En ese sentido, se ha indicado que “El primer paso para evaluar si una restricción a un derecho establecido en la Convención Americana es permitida a la luz de dicho tratado consiste en examinar *si la medida limitativa cumple con el requisito de legalidad. Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material*” (itálicas añadidas, caso Castañeda Gutman Vs. México, ya citado).

Asimismo, la Corte Interamericana ha rechazado la posibilidad de incluir causales para limitar el ejercicio del cargo de Magistrado del Tribunal Supremo Electoral, “no establecidas como tal en la ley”, porque: “en virtud del artículo 2 de la Convención el Estado estaba obligado

a suprimir las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por tanto, existió una omisión del Estado al no tomar medidas para evitar que se aplicaran estos criterios desarrollados por la Sala de lo Constitucional, y así asegurar que no se realizaran destituciones de magistrados del TSE por razones no establecidas en la legislación ni mediante procesos de destitución ante órganos incompetentes y sin que existiera un procedimiento previamente establecido. Esta omisión conllevó a una violación del artículo 2 de la Convención y afectó la seguridad jurídica y los derechos de la presunta víctima al momento de determinarse su destitución” (sentencia caso Colindres Schonenberg Vs. El Salvador).

Dichos requisitos normativos se han soslayado en la sentencia de la que disiento, pues, reitero, la denominada afiliación partidaria material y los criterios para establecerla no están regulados ni en la Constitución ni en la ley.

2. Ahora bien, la Sala de lo Constitucional efectivamente tiene competencia para interpretar y dotar de contenido preceptos constitucionales, pero ante la falta de regulación normativa, los parámetros dispuestos por la Sala deben ser claros al crear límites a los derechos fundamentales.

En ese sentido, el presente voto no supone que esté en desacuerdo con todos los argumentos esgrimidos en la sentencia, en tanto que la afiliación o vinculación partidaria, puede, sin dudas, constituir una limitante para el ejercicio jurisdiccional independiente e imparcial de un cargo; sin embargo, no comparto que la Sala no establezca parámetros concretos y claros para acreditar dicha vinculación partidaria, específicamente la vinculación material.

Esa claridad es necesaria ante el carácter dinámico de la jurisprudencia, que pese al principio de respeto del autprecedente posee una innegable naturaleza evolutiva, lo que podría incidir negativamente en la seguridad jurídica —en el sentido de la previsibilidad— y en la igualdad en el trato a los destinatarios de las sentencias, a quienes podrían aplicárseles en el tiempo distintos criterios, aunque los hechos rebatidos sean análogos. Como ejemplo de esa naturaleza dinámica y evolutiva de la jurisprudencia puedo citar la modulación de efectos de las sentencias emitidas en las inconstitucionalidades 23-2012 y 3-2015/9-2015/22-2015, en las que, pese a que los nombramientos de magistrados —los primeros de la Corte Suprema de Justicia, los otros, de la Corte de Cuentas de la República— fueron declarados inconstitucionales, se determinó que continuaran fungiendo como tales hasta que la Asamblea Legislativa hiciera una nueva elección acorde con la Constitución. En cambio, en el caso que nos ocupa, se determinó

que el Tribunal Supremo Electoral se integrara con un magistrado suplente, luego de la medida cautelar emitida por la Sala en la que se ordenó separar al Magistrado Ulises Rivas Sánchez del cargo.

Entonces, para evitar disparidades acerca de la acreditación de la vinculación partidaria material, es preciso que se establezcan mediante ley los elementos de este tipo de vinculación; mientras tanto, la Sala en su jurisprudencia debe determinarlos claramente, de tal forma que se eviten limitaciones excesivas o criterios ambiguos.

Por ello, insisto, debe definirse con precisión lo que debe entenderse por vinculación partidaria material y circunscribirla a conductas trascendentales, tales como: los cargos de dirección dentro los partidos políticos, los actos de militancia o proselitistas expresos, notorios, relevantes, permanentes o continuados; aspectos que, estoy de acuerdo, pueden debilitar el ejercicio independiente e imparcial de un juez en casos concretos.

3. Finalmente, en el concepto de afiliación partidaria material, se debe considerar que el establecimiento de un límite absoluto en el ejercicio de un derecho en virtud del resguardo de otro, provoca que tales derechos se excluyan mutuamente, anulando a uno de los dos; esto constituye un efecto inadmisibles entre los derechos fundamentales. Por eso debo de reiterar que la sola afiliación a un partido político ocurrida en cualquier tiempo no puede limitar el ejercicio de ningún derecho fundamental, pues previo a una postulación estos derechos y libertades pueden ejercerse en toda su plenitud.

Contrario a ello, en la inconstitucionalidad 77-2013 AC –ya citada en esta sentencia– se indicó que “ningún derecho es absoluto y las disposiciones constitucionales que los reconocen, no pueden interpretarse aisladamente”. Sin embargo, respecto del derecho de afiliación partidaria en relación con el derecho a optar a cargos públicos, la jurisprudencia ha configurado límites que, como resultado, excluyen el ejercicio completo de alguno de los dos. Por un lado, como expuse, ha creado la figura de la *afiliación partidaria material*, cuya acreditación depende por completo del criterio que quiera adoptar el tribunal en cada caso concreto. Asimismo, no ha establecido un límite temporal para la exigibilidad de la no afiliación partidaria. Entonces, dado que los elementos para establecer la afiliación material dependen exclusivamente del criterio que a posteriori y en cada caso concreto establezca la Sala, y además porque el tribunal no ha establecido un límite temporal respecto de la no afiliación (formal o material) de una persona con algún partido político; en la práctica, implica *que la sola cercanía o interacción entre un*

individuo y algún partido político, ocurrida en cualquier tiempo, podría ser interpretada por el tribunal constitucional como una afiliación material, la cual provocaría la exclusión de toda jurisdicción y la indubitable parcialidad a favor del partido político con el que se le asocie; situación que resulta desproporcionada y conlleva a una exclusión definitiva del ejercicio de un derecho fundamental; lo que, en definitiva, no comparto.

III. Otros aspectos que no comparto están referidos al propio desarrollo del proceso.

1. En el auto de admisión se indicó que la demanda se admitía “a efecto de determinar si, de forma previa a su elección, el Órgano Legislativo cumplió la obligación de documentar y constatar la ausencia de vinculación formal y material del actual Magistrado Propietario del Tribunal Supremo Electoral Jesús Ulises Rivas Sánchez con el partido político Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional”. Del mismo modo, en la presente sentencia, en el considerando V se reiteró que se iba a “determinar *si la Asamblea Legislativa cumplió con su obligación constitucional de documentar y justificar la falta de vinculación partidaria del abogado Jesús Ulises Rivas Sánchez, al elegirlo como magistrado del TSE*”. Tal delimitación se reitera en el encabezado del considerando X de la sentencia.

De ello resulta claro que el análisis del tribunal había de ceñirse *al proceso de elección del abogado Rivas Sánchez*, documentado en el respectivo expediente, debiendo solo verificar si el elector había acreditado por sí mismo, según su criterio, el cumplimiento de los requisitos de elegibilidad. Entonces, la labor de la sala no consistiría en determinar por su propia cuenta si existía o no tal vinculación. En esas condiciones, tenía sentido se le dijese al aludido magistrado que lo discutido era si “la Asamblea Legislativa documentó la desvinculación partidaria”. Y por esa razón, también resultaba coherente que se sostuviera que “la constancia [de no afiliación partidaria] que ha sido incorporada en este proceso tuvo que haber sido presentada en realidad en el proceso de elección de magistrados del TSE ante la Corte Suprema de Justicia o ante la citada asamblea. De ahí que la prueba deba rechazarse”.

No obstante, en el apartado X 2 de la sentencia, al examinar los alegatos del fiscal general, sin exponer razones, el tribunal sostuvo que el asunto a resolver “en particular estriba en indagar si el referido profesional tuvo una vinculación con el proyecto político-partidario con el FMLN mediante un acto de proselitismo político previo al acto electivo”. También se consignó en la sentencia que se analizaría lo que “dicho órgano del Estado ha hecho o dejado de hacer en el proceso de elección; y, en concreto, si le era exigible saber y constatar la no afiliación partidaria”.

Así, “solo debe tomarse en consideración aquellos elementos probatorios que han sido incorporados al expediente, salvo el caso de los hechos evidentes y de los que gocen de notoriedad general”. Se añadió que era “útil determinar si tomó parte en algún acto de proselitismo político electoral y si en él demostró afinidad con [...] el partido FMLN [...] con el propósito de indagar si la Asamblea Legislativa cumplió con su deber de argumentar y documentar la independencia político partidaria de la persona electa”.

Entonces, se advierte que en estos puntos de la sentencia, el tribunal modificó el asunto a resolver y el sustrato probatorio a considerar. En cuanto a lo primero, *ya no sería únicamente la verificación formal de lo actuado por el ente elector*, sino que se trataría de acreditar por ella misma una cuestión material: la afiliación partidaria del licenciado Rivas Sánchez; circunstancia cuya decisión se había rechazado durante el proceso, e incluso en la misma sentencia. Respeto de lo segundo, amplió el material probatorio a considerar, incluyendo la categoría de *hechos evidentes o notorios*.

Al respecto, no puede sostenerse que las publicaciones en un sitio de internet tengan el carácter de hechos notorios, porque la mera posibilidad de acceder a su contenido no determina su conocimiento público, máxime si se toma en cuenta que no se trata del sitio web de alguna autoridad estatal, sino de un extenso espacio que aloja todo tipo de contenidos reales o ficticios, lo que dificulta el conocimiento de algún video en particular, incluso para las personas que habitualmente acceden a dicho sitio.

Por otra parte, a dichas publicaciones se les da en la sentencia el carácter de prueba documental y su admisión se justificó porque estuvo a disposición de todos los intervinientes y ninguno de ellos las controversió ni demostraron su falsedad. Ahora bien, en primer lugar, es preciso indicar que tales videos no guardaban relación con el hecho que se había admitido a examen, pues no se relacionaban con las actuaciones de la Asamblea Legislativa en el proceso de elección cuestionado, por lo que no era previsible su utilización en este proceso. Además, en cuanto a la no alegación o acreditación de la falsedad de dichos documentos, es preciso mencionar que la jurisprudencia de esta sala ha reiterado que un proceso constitucional no es la vía idónea para alegar la falsedad documental (autos de improcedencia de 19 de enero de 2015 y 4 de julio de 2018, amparos 855-2014 y 53-2018, respectivamente). Por tanto, la inactividad de los intervinientes respecto de dicha prueba no puede considerarse como una manifestación de su conformidad que justificara su admisión en juicio, dado que no se les advirtió sobre la posibilidad

de su utilización. Y por tales razones, es de concluir que los intervinientes no tuvieron posibilidades reales de controvertir dicho elemento probatorio. Ello puede ser considerado como un menoscabo del art. 11 Cn., que debió ser resguardado por el tribunal.

2. Aunque el proceso de inconstitucionalidad no busca la protección de derechos constitucionales desde la esfera jurídica individual, su tramitación ha de ser la de un proceso constitucionalmente configurado. En ese sentido, cuando lo dirimido vincule directa y particularmente a una autoridad, se le dará intervención en el proceso. Así, en auto de admisión de 16 de enero de 2017, se resolvió que “la pretensión del actor se relaciona de forma directa con una situación personal del ciudadano Jesús Ulises Rivas Sánchez”, por lo que era procedente “conferirle audiencia, con fundamento en el art. 11 Cn., para que se pronuncie sobre tales circunstancias”. Sin embargo, el tribunal no garantizó la posibilidad de que el señor Rivas Sánchez se pronunciara sobre la modificación del asunto a dirimir ni respecto de la prueba admitida.

3. Además, discrepo respecto de la forma en que se ha acreditado la vinculación partidaria del abogado Rivas Sánchez. En primer lugar –se reitera–, ello no era objeto de discusión, pues en el auto de admisión e incluso en esta sentencia se expresó que únicamente se examinaría si la *Asamblea Legislativa había verificado la no vinculación política del profesional*, para lo cual bastaba con el reconocimiento expreso hecho por el elector; y el pronunciamiento definitivo versaría sobre el cumplimiento de tal requisito, de manera que, aun en caso de una sentencia estimatoria, el fallo acreditaría la omisión de la Asamblea Legislativa, pero no la vinculación partidaria del mencionado abogado.

Sin embargo, en la sentencia se ha dicho que “la vinculación política del abogado Rivas Sánchez *es patente*, dado el compromiso político adquirido por él en favor de los que entonces fueron candidatos a la presidencia y vicepresidencia del partido político FMLN” (itálica agregada). Nótese que en la sentencia no se ha dicho que en aquella época el mencionado mostró una vinculación política, sino que la aseveración está en tiempo presente, de manera que implica su permanente vinculación política, pese a que se ha basado en una sola declaración, realizada hace más de cinco años, en un etapa anterior al inicio del proceso de elección impugnado. Tal afirmación implica en este momento para el licenciado Rivas Sánchez la exclusión indefinida del ejercicio de su derecho político de optar a cargos públicos, lo cual, en el marco de respeto a los derechos humanos, resulta completamente insostenible.

4. Finalmente, otro aspecto que, considero, soslaya la sentencia, es el referirse a la importancia de la intervención de la Corte Suprema de Justicia en el proceso de elección de los magistrados del TSE.

En este último aspecto, considero necesario resaltar la importancia que tiene la intervención de la Corte en este proceso de elección. En la sentencia se indicó que la designación de dichos funcionarios tiene un carácter cooperativo de doble instancia, que se articula en dos momentos específicos: la nominación y la designación (o selección), en los cuales la autoridad responsable de la nominación no puede desarrollar al mismo tiempo la labor de designación y viceversa. A la Corte le corresponde conformar dos de las ternas que se someterán a decisión por parte de la Asamblea Legislativa, ternas que “deben estar integradas también con personas sin ningún tipo de afiliación partidista”. Sin embargo, se ha establecido que el obligado último para cerciorarse del cumplimiento de los requisitos constitucionales es la Asamblea Legislativa.

Ante ello, es preciso determinar la necesidad de que la Corte Suprema de Justicia cumpla su cometido constitucional, pues su omisión puede llegar a frustrar los intereses que se persiguen mediante la denominada designación cooperativa de doble instancia. Por ello, sobre dicha Corte pesaba la responsabilidad originaria de verificación de los requisitos constitucionales correspondientes, pues su omisión podía, a la postre, entorpecer la actividad electora de la Asamblea Legislativa. Y así lo ha indicado la jurisprudencia constitucional, “no es suficiente separar las funciones estatales para evitar el abuso del poder. Además de ello se requiere de la existencia de mecanismos de colaboración (principio de colaboración [art. 86 inc. 1° Cn.] e, incluso, de controles recíprocos en el ejercicio de las funciones públicas por parte de los órganos del Gobierno y del Estado. Aquí es donde tiene sentido que el ordenamiento jurídico delimite claramente, por una parte, el ámbito de actuación de cada órgano o funcionario y, por el otro, los mecanismos de control, para evitar interferencias o invasiones en las competencias que atañen a una entidad. Para cumplir tal cometido, la Constitución establece al mismo tiempo el principio de legalidad, según el cual los funcionarios del Gobierno no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley (art. 86 inc. 3° Cn.)” (sentencia de 4 de diciembre de 2013, inconstitucionalidad).

Ahora bien, en este caso se ha acreditado que la Corte Suprema de Justicia incumplió el deber de verificar que las ternas por ella propuestas estaban conformadas por personas que cumplieran todos los requisitos constitucionales. Esa omisión tuvo repercusiones en la selección de

la Asamblea Legislativa, pero en la sentencia no ha habido pronunciamiento alguno sobre eso. Por ello, a efecto de prevenir que se repita tal situación, considero oportuno señalar que la Corte Suprema de Justicia en la configuración de las ternas deberá mostrar especial diligencia en la cuestión.

En ese sentido, estimo oportuno referir que en el procedimiento de conformación de ternas en la Corte, participaron 4 de los magistrados de la Sala de lo Constitucional, quienes, aunque al momento de realizar tal acto lo hacían conformando la Corte, seguían siendo magistrados de esta Sala y conocían el requisito de no afiliación partidaria, por cuanto ellos mismos lo habían advertido en otros casos sometidos a sus análisis. Por tanto, no puede dejarse de lado que dichos funcionarios debieron verificar que se cumpliera tal requisito respecto de cada uno de los profesionales por ellos elegidos para conformar las ternas que posteriormente serían propuestas para la elección definitiva de la Asamblea Legislativa.

No obstante, en esta sentencia se le objeta a la Asamblea Legislativa la misma omisión en que incurrió la Corte Suprema, incluso magistrados de la Sala de lo Constitucional, y por ello se declara inconstitucional el nombramiento del magistrado Rivas Sánchez.

Sobre ello quiero señalar que es impropio que quien colige un mandato constitucional, el guardián principal de dicho mandato, lo incumpla y posteriormente le objete ese mismo comportamiento a otra autoridad, alegando que era ésta la última obligada a cumplir dicha regla.

Entonces, si bien, la actual configuración subjetiva de la Sala de lo Constitucional no incurrió en dicho comportamiento, estimo que tal circunstancia debió ponderarse en este caso concreto, y *exigirse que a futuro la Corte Suprema de Justicia verifique el cumplimiento de los respectivos requisitos constitucionales*, pues, dado que dicha omisión implica una vulneración constitucional, esta fue iniciada en el seno de esta misma Corte, incluso con el aval de magistrados de la Sala de lo Constitucional, el órgano técnico jurídico a quien le compete la defensa del ordenamiento jurídico y de la Constitución.

C. S. AVILÉS-----PROVEÍDO POR EL SEÑOR MAGISTRADO QUE LO SUSCRIBE--
-----E. SOCORRO C.-----RUBRICADAS.