

14-2018

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las doce horas y cuarenta minutos del veintiuno de abril de dos mil veintiuno.

Visto el expediente judicial, esta sala realiza las siguientes consideraciones:

I. Objeto de control.

En este proceso, se ha solicitado enjuiciar la constitucionalidad de la resolución pronunciada por el Tribunal Supremo Electoral (TSE) a las once horas y quince minutos del 12 de diciembre de 2017, mediante la cual se inscribió al ciudadano José Luis Merino como candidato a diputado propietario del partido político Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN) por el departamento de San Salvador, para que pudiera ser votado en las elecciones de diputados para el período 2018-2021, por la supuesta violación del art. 127 ord. 1° Cn., se hacen las siguientes consideraciones:

II. Orden temático de esta resolución.

Esta resolución seguirá el orden temático que se detalla: (III) primero, se analizará la inelegibilidad del art. 127 ord. 1° Cn.; (IV) segundo, se examinará el objeto de este proceso; (V) tercero, se explicará la forma en que opera el sobreseimiento en el proceso de inconstitucionalidad y se pronunciará la decisión que corresponda; y finalmente (VI), por las circunstancias del caso, se efectuará una aclaración sobre el quórum de esta resolución.

III. Inelegibilidad del artículo 127 ordinal 1° de la Constitución.

1. En el auto de admisión de 26 de febrero de 2018 se estableció que se analizaría si el objeto de control viola el art. 127 ord. 1° Cn., porque el ciudadano José Luis Merino fue inscrito como candidato a diputado propietario por el partido FMLN para el departamento de San Salvador, no obstante que únicamente se le había otorgado un permiso sin goce de sueldo de su cargo como Viceministro para la Inversión y Financiamiento para el Desarrollo. Además, se afirmó que, en caso de estimarse la pretensión, todos los votos que le hubiesen sido asignados serían inválidos, para lo cual el TSE debía tomar las providencias necesarias para el caso en que se produjera ese escenario.

2. A. En consecuencia, el caso exigía un análisis acerca de la inelegibilidad que prevé el art. 127 ord. 1° Cn. Una inelegibilidad es un impedimento jurídico para el ejercicio del derecho fundamental al sufragio pasivo, es decir, el derecho a optar a un cargo público¹. Estos requisitos o condiciones negativas están dirigidas a la conservación de fines, bienes o intereses constitucionalmente relevantes, tales como la libertad del sufragio activo —que los electores decidan sin presiones o coacciones indebidas—, las competencias electorales

¹ Sentencia de 25 de junio de 2014, inconstitucionalidad 163-2013.

equitativas —con igualdad de oportunidades o sin ventajas discriminatorias— y la integridad de la función pública —al evitar los conflictos de intereses—.

Estos límites al ejercicio del sufragio pasivo están justificados por la misma Constitución², que establece que “[l]os derechos políticos del ciudadano son: [...] Optar a cargos públicos *cumpliendo con los requisitos que determinan esta Constitución y las leyes secundarias*” (art. 72 n° 3 Cn. Las itálicas son de este tribunal). En consecuencia, quien pretenda ejercer este derecho debe soportar determinadas cargas y deberes, como por ejemplo, las limitaciones temporales para el desarrollo de su campaña electoral (art. 81 Cn.), las excepciones subjetivas concernientes a la posición o cualidades de quien ejerce el derecho (art. 82 inc. 1° Cn.) y el cumplimiento de los requisitos constitucionalmente fijados para poder ostentar el cargo al que se aspira (arts. 126 y 151 Cn.).

B. El art. 127 ord. 1° Cn. establece que “[n]o podrán ser candidatos a Diputados: El Presidente y el Vicepresidente de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, el Presidente y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los funcionarios de los organismos electorales, los militares de alta, y en general, los funcionarios que ejerzan jurisdicción”. La inelegibilidad por haber sido ministro o viceministro de Estado es una incompatibilidad que afecta a quienes pretendan aspirar a una candidatura y que hayan desempeñado los cargos indicados dentro de los tres meses anteriores a la elección cuando se trate de elecciones de diputados (art. 127 inc. 2° Cn.), y dentro del último año del período presidencial inmediato anterior, cuando se trate de elecciones presidenciales (art. 152 ord. 4° Cn.).

Esta disposición tiene el fin de favorecer la separación orgánica de funciones (art. 86 inc. 1° Cn.), que implica que el poder soberano del Estado, siendo uno solo, consiste en varias funciones que deben siempre atribuirse a diferentes órganos, a fin de proscribir todo abuso del poder³. Esto se infiere del Informe Único de la Comisión de Estudio del Proyecto de Constitución, que es un documento fidedigno para su interpretación (art. 268 Cn.). En él se afirmó que “[el art. 129 Cn.] es [...] una de las varias disposiciones introducidas en el proyecto que contribuyen a disminuir la desmesurada influencia presidencialista en la actividad gubernamental”. Pues bien, la expresión “varias disposiciones” indica que hay otros

² En la doctrina se reconoce que no existe un enfoque unificado en las constituciones para poder restringir derechos fundamentales. Algunas, por ejemplo, no prevén restricción alguna para determinados derechos ni fijan los mecanismos que se han de utilizar para restringirlos —este es el caso de la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos—. Otras, por su parte, establecen “derechos absolutos” y prevén una cláusula restrictiva general aplicable a dichos derechos —ej., el caso de Canadá, Sudáfrica e Israel—. Algunas constituciones optan por cláusulas restrictivas particulares para cada derecho. Finalmente, ciertas constituciones prevén cláusulas restrictivas generales para todos los derechos y, además, particulares para algunos de ellos en especial. Nuestra Constitución encaja en las del último tipo, pues el art. 246 inc. 1° Cn. estatuye una cláusula general de restricción mediante leyes formales —que, en todo caso, deben ser proporcionales—, a la vez que prevé restricciones específicas aplicables a distintos derechos —ej., los arts. 5 inc. 2°, 6 inc. 1° y 7 inc. final Cn.—. El sufragio pasivo posee, entre otros, los que se detallan en el cuerpo principal de esta resolución. Sobre lo dicho, ver: Barak, Aharon, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, 1ª ed., traducción de Gonzalo Villa, Palestra, 2017, pp. 161-162.

³ Sentencia de 20 de enero de 2009, inconstitucionalidad 84-2006.

artículos de la Constitución que pretenden evitar dicha influencia. Uno de ellos es el art. 127 ord. 1º Cn.

Lo mismo se puede predicar de las inhabilidades para ser candidato a Presidente de la República. En el mismo Informe Único se estableció que “es en [la etapa de inscripción de la candidatura a Presidente de la República] en donde corresponderá al organismo correspondiente descalificar a las personas sobre las que se de alguna de las circunstancias de incompatibilidad o inhabilidad”. Con estas inelegibilidades —las relativas a haber desempeñado el cargo de ministro o viceministro— se busca garantizar la separación orgánica de funciones —en el caso de quien aspira a ser candidato a diputado— y la competencia electoral equitativa y la integridad de la función pública —en el caso de quien aspira a la presidencia—.

C. La cuestión controversial que surge es si un permiso sin goce de sueldo —o cualquier otro nombre que se le asigne a la acción de apartarse del cargo temporalmente sin recibir remuneración alguna— habilita a un funcionario para poder ser candidato a un cargo cuando la función pública por la que pide permiso es una inelegibilidad para ese cargo específico. En términos generales, una permisión es una habilitación jurídica al sujeto destinatario de la norma para hacer o no hacer algo bajo determinados supuestos⁴. Un permiso —licencia— sin goce de sueldo es un acto mediante el cual se autoriza a una persona para que se aparte temporalmente del cargo que ostenta, y cuando este es sin goce de sueldo implica, además, que no recibirá remuneración alguna durante su período de duración.

El texto del art. 162 Cn. ofrece los elementos esenciales para solventar la cuestión objeto de análisis. Esta disposición prescribe que “[c]orresponde al Presidente de la República nombrar, remover, aceptar renunciaciones y conceder licencias a los Ministros y Viceministros de Estado, así como al Jefe de Seguridad Pública y al de Inteligencia de Estado”. Hay una cuestión pragmática básica en esta disposición: la distinción entre nombramiento, remoción, renunciaciones y licencias significa que, para el constituyente, ninguna de estas categorías normativas es igual entre sí⁵. De lo contrario, los términos usados habrían sido menores, en tanto que se habría entendido que uno de ellos comprende al resto. En consecuencia, la licencia —permiso— no es equivalente a la remoción y la renuncia.

La diferencia que hay entre estas tres figuras —para lo que interesa al tema en cuestión— es que la licencia, a diferencia de las demás, no rompe con el vínculo que hay entre el funcionario y el órgano que representa, sino que solamente suspende el ejercicio de la función pública que exige su cargo. Esto implica que la vinculación funcionario-órgano no desaparece, ni se suspende —pues solo se interrumpe el ejercicio de la función, pero no la calidad de funcionario público que se tiene—. Por tanto, el fin perseguido por la disposición constitucional —separación orgánica de funciones o competencia electoral equitativa y

⁴ Resolución de 22 de noviembre de 2005, inconstitucionalidad 44-2005.

⁵ En la sentencia de 23 de enero de 2019, controversia 1-2018, se dijo que según el argumento pragmático “el constituyente y el legislador no hacen provisiones inútiles o destinadas a ser ineficaces”.

ejercicio óptimo de la función pública a la que se aspira— no se consigue. Este argumento es suficiente para afirmar categóricamente que una licencia o permiso, sea con o sin goce de sueldo, no habilita a los sujetos establecidos en el art. 127 ord. 1º Cn. para poder ser candidatos a diputado, pues la inelegibilidad no desaparece por este motivo.

D. Debe entenderse que en todos los supuestos en los que la Constitución prevé una inelegibilidad que tenga como fundamento el ejercicio de un cargo público, la licencia o permiso, con o sin goce de sueldo, no podrá servir nunca como acto o documento habilitante para hacerla desaparecer. Por el contrario, violaría la Constitución quien así pretenda ingresar en una función pública distinta de la que ya desempeña. Además, su candidatura estaría sujeta al control constitucional por parte de esta sala. No debe olvidarse que entre los deberes genéricos de todo funcionario figura el de adecuación al ordenamiento jurídico, en el cual podría decirse que se resumen el resto, y que consiste en la obligación del funcionario de cumplir las leyes y demás disposiciones jurídicas vigentes, que es manifestación directa de la vinculación constitucional de la administración a la ley y al Derecho⁶.

Por otro lado, el solicitar licencia o permiso, con o sin goce de sueldo, con un fin como el apuntado —“superar” un impase que deriva de una prohibición constitucional—, supone un fraude a la Constitución. El fraude a la Constitución implica al menos dos normas jurídicas —aunque puede tratarse de una sola disposición—: una que al parecer se respeta o se cumple con la conducta realizada (llamada norma de cobertura, que en este caso es la licencia o permiso) y otra (llamada norma defraudada, que en el caso en comento sería el art. 127 ord. 1º Cn.) cuyo contenido normativo es incompatible con el resultado alcanzado mediante dicha conducta⁷. En resumen, estos fraudes suponen que hay una regla que en principio justifica el acto, pero el resultado alcanzado, consideradas todas las circunstancias, se estiman prohibidos dados los principios que están en juego⁸.

IV. Examen del objeto de este proceso.

1. A. La subsistencia de este proceso solo cobraba pleno sentido porque, en caso de no realizarse el control de constitucionalidad sobre el acto impugnado, se podría haber producido una elección precedida por una inscripción viciada. Sin embargo, si dicha elección no se ha producido, no tendría sentido alguno analizar la constitucionalidad de la inscripción de la candidatura, pues el efecto que se pretende con el proceso de inconstitucionalidad no difiere en absoluto del producido por la falta de elección del ciudadano José Luis Merino⁹. En ambos casos, él no pasaría a formar parte del cuerpo de diputados de la Asamblea Legislativa.

⁶ Sentencia de inconstitucionalidad 84-2006, ya citada.

⁷ Véase la sentencia de inconstitucionalidad 163-2013, ya citada.

⁸ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Ilícitos atípicos*, 1ª ed., Trotta, 2000, p. 67.

⁹ De manera semejante, esto fue lo ocurrido en la resolución de 10 de abril de 2019, inconstitucionalidad 117-2018.

Estas consideraciones se vuelven relevantes porque el Tribunal Supremo Electoral, desde que acontecieron las elecciones de 4 de marzo de 2018, hizo pública el acta del escrutinio final¹⁰, en la que consta que el ciudadano José Luis Merino no fue electo como diputado. Este hecho está exento de prueba, por gozar de notoriedad general, según lo dispone el art. 314 n° 2 del Código Procesal Civil y Mercantil¹¹. Por tanto, corresponde analizar las consecuencias que ello produce en este proceso constitucional.

B. En la resolución de 13 de abril de 2018, inconstitucionalidad 19-2018, este tribunal sostuvo que la falta de elección como diputado del ciudadano José Luis Merino era un argumento válido para declarar improcedente la pretensión. Las razones en que se apoyó esta decisión fueron las siguientes: (i) la inscripción de la candidatura solo es relevante en el proceso de inconstitucionalidad en la medida en que es un acto habilitante para una eventual elección; es decir, la admisión de la demanda carecería de todo efecto práctico porque el resultado de no pasar a formar parte del cuerpo de diputados de la Asamblea Legislativa ya se ha producido; (ii) por razones de economía procesal, carecía de sentido admitir una demanda para luego sobreseer el proceso o llegar a una sentencia definitiva en la que no haya objeto sobre el cual pronunciarse; (iii) los efectos del acto de aplicación directa de la Constitución que se impugnaba ya habían cesado, debido a que la candidatura ya no tenía efecto jurídico una vez que el candidato participó en la elección y no resultó electo por los ciudadanos.

2. Lo expuesto en el párrafo precedente es relevante, porque este tribunal ha reconocido que una de las razones por las que una pretensión es improcedente es la existencia de cosa juzgada constitucional. En efecto, de acuerdo con el art. 17 Cn., ningún órgano, funcionario o autoridad podrá avocarse causas pendientes ni abrir juicios o procedimientos fenecidos. En el campo constitucional, esto significa que las resoluciones o sentencias que ponen fin a un proceso constitucional o que resuelven la pretensión no pueden modificarse porque el orden jurídico les atribuye efectos de cosa juzgada. Esta adquiere pleno sentido cuando se la relaciona con un proceso constitucional posterior, ya que hasta entonces es que la vinculación de carácter público en que consiste la cosa juzgada adquiere virtualidad. De esta vinculación se derivan dos efectos: la inmodificabilidad del precedente y la autovinculación a él. En principio, las exigencias derivadas de los principios de igualdad y de seguridad jurídica obligan a este tribunal a ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior, cuando haya de decidir sobre una pretensión respecto de la cual se encuentre en estrecha conexión¹².

¹⁰ Dicha acta estuvo disponible en la dirección web siguiente: <https://www.tse.gob.sv/elecciones-2018/acta-escrutinio-final-diputaciones>.

¹¹ Sobre el uso de recursos web para afirmar la existencia de hechos públicos y notorios: Resolución de 10 de febrero de 2020, inconstitucionalidad 6-2020.

¹² Resolución de 28 de septiembre de 2015, inconstitucionalidad 85-2015.

V. Sobreseimiento en el proceso de inconstitucionalidad y pronunciamiento de la decisión.

1. El argumento usado en la resolución antedicha para declarar improcedente la pretensión puede extenderse a este caso para sobreseerlo. En cuanto a lo expuesto, es necesario reiterar que el proceso de inconstitucionalidad persigue como resultado la invalidación de una disposición o acto que, como consecuencia de una confrontación normativa, resulte contrario a la Constitución. Así, el número 2 del art. 6 de la Ley de Procedimientos Constitucionales establece como requisito de la demanda la identificación de la ley, decreto o reglamento que se estime inconstitucional, lo que se denomina objeto de control de constitucionalidad, mientras que el número 3 del mismo artículo requiere que se citen los artículos pertinentes de la Constitución que se estimen vulnerados por la disposición o acto impugnado, lo que se denomina parámetro de control.

Por consiguiente, la tramitación y normal conclusión del proceso de inconstitucionalidad estará condicionada a la existencia del objeto de control¹³. En este sentido, si la disposición o cuerpo normativo impugnado ya ha sido derogado al momento de presentarse la demanda, se deroga durante el desarrollo del proceso o se expulsa del ordenamiento jurídico mediante el pronunciamiento general y obligatorio de este tribunal, el objeto de control deja de existir y el proceso carece de finalidad, terminando de forma anticipada, pues no habría un sustrato material respecto al cual pronunciarse. Al aplicar esta idea al caso en estudio se puede afirmar que también deja de existir el objeto de control, porque el ciudadano José Luis Merino no fue electo como diputado, por lo que el efecto jurídico de la resolución impugnada desaparece.

2. Ahora bien, debe aclararse que en el presente caso no se emite juicio alguno sobre la adecuación con la Constitución del objeto de control, sino que únicamente se constata que ya no existen razones para proseguir con su tramitación y para resolver el fondo del asunto. Esto es así porque el principio de economía procesal demanda evitar el dispendio innecesario de la actividad jurisdiccional y adoptar todas las medidas necesarias para la consecución de ese fin. Una de ellas es el sobreseimiento cuando ya no existe fundamento material en el proceso. Por todo lo dicho, en aplicación analógica de lo previsto en el art. 31 n° 5 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, relativo a la terminación anticipada de los procesos constitucionales por la cesación de los efectos del acto impugnado, este tribunal estima que es procedente sobreseer el presente proceso, dado que no existe objeto sobre el cual pronunciarse¹⁴.

VI. Aclaración sobre el cuórum de la resolución.

¹³ Sobre esto, resolución de 25 de noviembre de 2009, inconstitucionalidad 14-2008; y resolución de 15 de febrero de 2012, inconstitucionalidad 45-2011.

¹⁴ Esta aplicación analógica se ha hecho, por ejemplo, en la resolución de 25 de septiembre de 2001, inconstitucionalidad 17-98.

Esta sala estima necesario aclarar una circunstancia vinculada con el cuórum de esta decisión. Según consta en el expediente, el exmagistrado de este tribunal, Francisco Eliseo Ortiz Ruiz, fue llamado para conformar sala y resolver la excusa alegada por el doctor José Óscar Armando Pineda Navas, actual magistrado. Sin embargo, es un hecho público y notorio que el licenciado Ortiz Ruiz falleció¹⁵. Pero, todo lo descrito no impide que esta resolución de sobreseimiento pueda ser pronunciada, principalmente por dos razones: (i) el cuórum necesario para dictar un auto o sentencia en un proceso de inconstitucionalidad es de 4 votos (art. 14 inc. 1° de la Ley Orgánica Judicial), que son con los que cuenta la presente resolución —que, dicho sea de paso, no resuelve el fondo del caso, por tratarse de un sobreseimiento—; y (ii) el magistrado José Óscar Armando Pineda Navas no concurre en la firma de ella.

Por tales razones, *es innecesario resolver la abstención planteada por el magistrado Pineda Navas.*

En virtud de lo expuesto, de conformidad con el artículo 31 n° 5 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, esta sala **RESUELVE**:

1. *Sobreséese el presente proceso* por la supuesta inconstitucionalidad de la resolución pronunciada por el Tribunal Supremo Electoral a las once horas y quince minutos del doce de diciembre de dos mil diecisiete, mediante la cual se inscribió a José Luis Merino como candidato a diputado propietario del partido político Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional por el departamento de San Salvador, para que pudiera ser votado en las elecciones de diputados para el período 2018-2021, por la supuesta violación del artículo 127 ordinal 1° de la Constitución, debido a que el ciudadano José Luis Merino no fue electo como diputado, lo cual hace que el objeto de control ya no tenga efecto jurídico alguno y suprime el elemento material del proceso.

2. *Notifíquese.*

-----A. E. CÁDER CAMILOT-----C. S. AVILÉS-----M. DE J. M. DE T.-----J.A. QUINTEROS H.-----
-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----
-----E. SOCORRO C.-----RUBRICADAS-----”-----

¹⁵ <https://diario.elmundo.sv/fallece-exmagistrado-de-sala-de-lo-constitucional-eliseo-ortiz/>.