

Inconstitucionalidad.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las trece horas del día veintitrés de enero de dos mil trece.

El presente proceso fue promovido por la ciudadana María Olimpia Jirón Hillebrandt, conocida por María Olimpia Jirón Hillebrandt, para que se declare la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo n° 762, de 16-VI-2011, publicado el Diario Oficial n° 115, tomo 391, de 21-VI-2011 (en lo sucesivo, “D.L. 762/2011”), mediante el cual la Asamblea Legislativa eligió Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República (en adelante, “CCR”); petición que se basa en la supuesta transgresión a los arts. 2, 3, 11, 72 ord. 3° y 198 de la Constitución (en adelante: “Cn.”)

El Decreto impugnado prescribe lo siguiente:

“ARTÍCULO ÚNICO.- Elígense en los cargos de: Presidente de la Corte de Cuentas de la República, al Abogado Marcos Gregorio Sánchez Trejo, Primer Magistrado de la Corte de Cuentas de la República, al Abogado Javier Tránsito Bernal Granados, y Segundo Magistrado de la Corte de Cuentas de la República, al Licenciado en Administración de Empresas José Andrés Rovira Canales.

El Presidente y Primer Magistrado han sido electos, para el período comprendido, del 29 de junio del 2011, al 28 de junio del 2014; y el Segundo Magistrado ha sido electo, para el período comprendido, del 9 de julio del 2011, al 8 de julio del 2014.

Los funcionarios electos, rindieron ante esta Asamblea, la protesta que establece el artículo 235 de la Constitución, antes de tomar posesión de sus cargos”.

En el proceso han intervenido la demandante, la Asamblea Legislativa como autoridad demandada y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos y considerando:

I. 1. A. Entre otros motivos que no fueron admitidos a examen, la actora manifestó que el D.L. 762/2011 vulnera el art. 198 Cn. por carencia manifiesta de parámetros que doten de contenido a los conceptos jurídicos indeterminados aludidos en la disposición constitucional citada; pues entre los requisitos que establece para ser Presidente y Magistrado de la CCR se encuentran la *honradez* y la *competencia notorias*. Si bien –dijo–, no hay precepto normativo alguno que establezca qué se entenderá por tales términos, para cumplir con el principio de legalidad en su vertiente positiva (art. 86 Cn.), es preciso establecer cánones objetivos que hagan previsible la aplicación de conceptos de esa naturaleza.

Así –agregó–, pese a la amplitud y vaguedad de las normas abiertas, ello puede subsanarse mediante la exteriorización de cómo y a partir de qué puntos referenciales se ha aplicado un concepto jurídico indeterminado a la realidad. Entonces, la exigencia de

motivación legislativa cumple una doble función: (i) desde una perspectiva social se intenta erradicar la arbitrariedad y fortalecer la confianza de los ciudadanos en la sujeción de la actividad pública al derecho; y (ii) desde un punto de vista individual, permite conocer las razones o motivos por los cuales ha resultado afectado negativa o positivamente en su esfera jurídica.

Ahora bien, en el presente caso –señaló–, los conceptos jurídicos indeterminados de *honradez* y *competencia notorias* utilizados por el Constituyente debieron ser dotados de un contenido mínimo demostrable que los hiciera objetivables; circunstancia que no se ha llevado a cabo en el acto de elección por parte de la Asamblea Legislativa.

De esta forma –agregó–, el acto de elección cuestionado no cumplió uno de los presupuestos básicos necesarios, pues no se establecieron los elementos a partir de los cuales se tuvieron por acreditados los conceptos de *honradez* y *competencia notorias en las personas que resultaron electas*.

Y es que –aseveró–, sorprende que las personas elegidas hayan sido consideradas por la Asamblea Legislativa como honradas y de competencia notoria; ello, en tanto que, por un lado, según lo manifestaron los respectivos informes de la Procuraduría General de la República (PGR), Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH), Fiscalía General de la República (FGR), y otras entidades, aquellas tenían, al momento de la elección, investigaciones abiertas en su contra, por diferentes motivos; y por otro lado, sus hojas de vida profesionales y académicas se encuentran muy por debajo de otras que fueron sometidas a consideración por el Pleno Legislativo.

En ese sentido –acotó–, la Asamblea Legislativa omitió deliberadamente calificar las cualidades de honradez y competencia notorias en las personas electas, con lo cual *vulneró el mandato constitucional* del art. 198 Cn.

B. Por otro lado, la demandante solicitó la suspensión del decreto impugnado, en tanto que, a su criterio, se cumplían los presupuestos contemplados en la Ley de Procedimientos Constitucionales (L. Pr. Cn., en lo sucesivo) previstos al efecto.

a. En ese orden, alegó que el presupuesto de *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho) se configuraba mediante las actuaciones inconstitucionales aludidas, es decir, la elección de tres personas para los cargos de Presidente, Primero y Segundo Magistrados, todos de la CCR, sin cumplir las condiciones establecidas por la Constitución.

b. En cuanto al presupuesto de *periculum in mora* (peligro en la demora), sostuvo que, de no otorgar la medida cautelar solicitada, se anularía la posibilidad de proceder a una elección conforme con los parámetros constitucionales; consecuentemente, se le negaría –a la peticionaria– la oportunidad de participar en la tal elección. Además, habría tres personas que ostentarían un cargo de elección de segundo grado sin satisfacer los requisitos constitucionales para ello.

Por otro lado –afirmó–, al no tener experiencia en la materia para la cual se lanzó el concurso, las personas escogidas realizarían un papel no apto para el cargo al cual se han inscrito, porque no tenían, al momento de su elección, el conocimiento referido al desempeño de sus funciones, lo que requerirá del Estado la erogación de salarios para personas no competentes para su nombramiento; quienes, asimismo, por haber sido puestas por partidos políticos, dictarían resoluciones que beneficiarían a aquellos que obviaron la Constitución para nombrarlos, y emitirían actos administrativos y jurisdiccionales irreproducibles que irían en detrimento de la gestión futura de los nuevos designados mediante un procedimiento de elección conforme con la Constitución.

2. A. Por resolución de fecha 14-IX-2011 se previno a la solicitante que aclarara si pretendía cuestionar la inconstitucionalidad del D.L. 762/2011 también por la supuesta violación al derecho de optar a un cargo público por concurso, debiendo en tal caso indicar cuál o cuáles eran las disposiciones constitucionales que lo establecían, así como los respectivos motivos de inconstitucionalidad que justificaban el contraste normativo propuesto para el análisis de esta Sala.

Mientras que, en relación con los puntos de la demanda que no fueron prevenidos, por resolución de 28-III-2012, *se declararon improcedentes* los argumentos referidos a las supuestas lesiones al derecho a una resolución motivada como manifestación del derecho de defensa (arts. 2 y 11 Cn.), a la seguridad jurídica (arts. 1 y 2 Cn.) y al derecho fundamental de “igualdad de oportunidades” (art. 3 Cn.)

B. Con respecto a lo anterior, en el escrito mediante el cual intentó evacuar la prevención formulada, la actora adujo que, efectivamente, invocaba el derecho de acceso al cargo público, previsto en el art. 72 ord. 3° Cn., en concordancia con el art. 198 del citado cuerpo normativo.

Sin embargo, de los argumentos propuestos no se pudo establecer el contraste normativo entre el objeto y parámetro de control, dado que la demandante se decantó en fundamentar una vulneración constitucional en *su esfera jurídica individual*, circunstancia que no puede ser dirimida mediante el proceso de inconstitucionalidad. En ese sentido, por medio de la mencionada resolución de fecha 28-III-2012, se consideró que no podía tenerse por evacuada la citada prevención, por lo que ese alegato se *declaró inadmisibile*.

3. A. En relación con la petición particular de suspender “el acto reclamado”, se dijo que las medidas cautelares implican la idea de prevención, pues con su imposición se pretende evitar las posibles frustraciones, tanto de la tramitación del proceso como de la efectividad de la sentencia que lo culmina en caso de ser estimatoria; es decir, están orientadas a asegurar el cumplimiento de aquella –resolución de 16-IX-2003, Inc. 4-2003, Considerando II.1–.

De esta forma, dichos instrumentos son herramientas procesales mediante las cuales se persigue dotar de eficacia a la resolución que emita el órgano jurisdiccional encargado de decidir la pretensión sometida a su conocimiento.

B. Asimismo, es preciso señalar que, de acuerdo con la citada decisión –Inc. 4-2003, Considerando II.2– en toda clase de procesos, las medidas cautelares deben corresponderse con los efectos que se pretenden garantizar y que eventualmente han de concurrir mediante la sentencia que se provea.

En tal sentido, los presupuestos para la adopción de medidas cautelares, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, consisten en la probable existencia de un derecho amenazado (*fumus boni iuris*) y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso o procedimiento para darle cumplimiento a la sentencia, así como la frustración u obstaculización que ocasionaría en determinados procedimientos la falta de adopción de la medida (*periculum in mora*).

Por ello –se afirmó–, en un determinado proceso solamente procede emitir la respectiva medida cautelar cuando concurren ambos presupuestos, que en el proceso de inconstitucionalidad se traduce, por un lado, en el planteamiento, por parte del demandante, de motivos de inconstitucionalidad cuyos argumentos sean suficientemente convincentes para generar la apreciación que este Tribunal se encuentra ante la probable existencia de una disposición constitucional violada; y, por el otro, que tal apreciación sea acompañada de la posibilidad que la eficacia de la sentencia –en el caso eventual de ser estimatoria– resulta frustrada en la realidad.

C. En el proceso de inconstitucionalidad, una sentencia estimatoria implica una incidencia directa sobre la validez del objeto de control, debido a que el pronunciamiento potencialmente estimatorio de esta Sala encontraría su materialización en la expulsión de la disposición fuera del ordenamiento jurídico.

Así, la verdadera eficacia de la sentencia de inconstitucionalidad se manifiesta en la posibilidad de expulsar del ordenamiento jurídico la disposición declarada inconstitucional, y la adopción de medidas cautelares debe estar orientada a dotar de eficacia la sentencia respectiva.

D. De esta manera, la suspensión como medida cautelar puede utilizarse en los procesos de inconstitucionalidad, en aquellos casos en que el objeto de control del proceso lo constituye disposiciones de carácter *transitorio* o de vigencia temporal limitada a un espacio de tiempo que pueda agotarse durante el transcurso del proceso, efecto que pudiera volver ilusorio lo dispuesto en la sentencia definitiva, o cuya prolongación de la vigencia pudiera producir efectos irreparables.

a. En cuanto al primero de los presupuestos mencionados –*fumus boni iuris*–, se estimó que concurría en el caso analizado, ya que la pretensión de inconstitucionalidad

formulada contiene motivos suficientes para sostener que nos encontramos ante la probable existencia de violaciones constitucionales.

b. Ahora bien, en el caso del segundo de los aludidos requerimientos para la adopción de una medida cautelar –*periculum in mora*–, se advirtió que la demandante no había justificado ninguno de los tres supuestos aludidos.

(i) En efecto, desde el punto de vista argumentativo, no se justificaron los eventuales resultados perjudiciales a la posible sentencia, que podrían producirse como efecto de la falta de suspensión de los efectos del D.L. 762/2011. Al contrario, la actora se limitó a exponer los motivos que esgrime como base de la inconstitucionalidad; y sin embargo, la vigencia del Decreto Legislativo que impugna no revelaba la posibilidad de que los efectos de una eventual sentencia estimatoria se vieran frustrados.

Asimismo, se dijo que la expectativa de duración de la disposición impugnada no evidencia la posibilidad de que el eventual pronunciamiento definitivo sobre el ámbito de validez del objeto de control se vea imposibilitado para producir efectos materiales, pues no se ha comprobado argumentativamente que el objeto de control del presente proceso sea de carácter transitorio o de vigencia temporal limitada que pueda agotarse durante el transcurso del proceso.

(ii) De la misma forma, se advirtió que la peticionaria no había justificado que el decreto impugnado produzca efectos irreparables como resultado de la prolongación de su vigencia.

Básicamente –se acotó–, en el proceso de inconstitucionalidad, la disposición jurídica o acto de aplicación directa de la Constitución produce efectos irreparables cuando su eficacia provoca una grave afectación a los derechos fundamentales, cuyas restricciones provoquen una perniciosa incidencia en sus modalidades de ejercicio en términos colectivos.

c. Por tanto, las razones invocadas por la demandante –se concluyó– se traducen en el planteamiento de situaciones relacionadas con el *periculum in mora* cuya concurrencia en el presente proceso de inconstitucionalidad no ha sido comprobada ni justificada argumentalmente.

Lo anterior permitió concluir a esta Sala que los alegatos formulados no eran los idóneos para poner de manifiesto una real y efectiva frustración de la eficacia de la sentencia que en su oportunidad sea emitida, como efecto de la falta de adopción de la suspensión de los efectos del Decreto Legislativo impugnado.

4. La Asamblea Legislativa, como autoridad demandada en el presente proceso, rindió informe en el cual justificó la constitucionalidad del decreto impugnado de la siguiente manera:

A. Luego de reseñar brevemente el procedimiento de elección del Presidente y Magistrados de la CCR, señaló que conformó una subcomisión legislativa para estudiar las propuestas de los 76 candidatos para los cargos en mención.

Así, con respecto al requisito de *honradez notoria*, la Asamblea expresó que se solicitaron diversos informes, v. gr. a las instituciones que conforman el Ministerio Público, Sección de Investigación Profesional, Sección de Investigación Judicial y Sección de Probidad de la Corte Suprema de Justicia, Tribunal de Ética Gubernamental, Consejo Nacional de la Judicatura y a la CCR misma, con el fin de verificar si los aspirantes no poseían impedimento alguno para optar al cargo.

En los informes de la FGR y la CCR se detalló que han existido diversos juicios y sus respectivas condenas de la misma CCR –en su mayoría pendientes de revisión por el sistema de recursos– en contra de los candidatos que resultaron electos.

A pesar de ello, la Asamblea sostuvo que, luego de estudiar los citados informes, se determinó que *ninguno indicó que existiera alguna sentencia condenatoria ejecutoriada* en contra del Magistrado Presidente o de los otros Magistrados de la CCR que fueron electos. Ello, luego de haber reducido la lista de aspirantes a 15 profesionales.

Por tanto –aclaró–, si se aplicara el criterio sugerido por la ciudadana demandante –eliminar a cualquier aspirante a los cargos de la CCR por el hecho de contar con un expediente abierto en alguna institución pública–, la actora igualmente hubiera sido retirada de la lista de aspirantes, pues se constató que esta posee una investigación abierta en la Fiscalía General de la República, por el delito de lesiones, sin embargo, ella fue una de los 15 aspirantes entrevistados por la subcomisión política.

En consonancia con lo anterior, la Asamblea Legislativa, luego de exponer algunas consideraciones doctrinales y jurisprudenciales de naturaleza constitucional sobre el *derecho a la presunción de inocencia*, concluyó que tal derecho “...es una garantía de Derecho sancionador...” (*sic*) que impide todo prejuzgamiento o adelanto de sanción con el pretexto de la validez y efectiva aplicación de la ley disciplinaria y el aseguramiento de la verdad material, la cual debe extenderse a la rama del Derecho disciplinario de los servidores públicos, que proclama como principio la presunción de no existencia de responsabilidad disciplinaria mientras no se demuestre lo contrario.

B. En relación con el requisito de *competencia notoria*, la Asamblea Legislativa, luego de citar diversas definiciones de los términos “competencia” y “notoria”, concluyó que el actual Presidente de la CCR sí reúne tal requisito, pues “inclusive” ha sido Procurador General de la República, Magistrado Suplente de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y ha desempeñado “otros cargos que han demostrado su competencia notoria en el manejo de la administración pública”.

Además, sostuvo que el Primer Magistrado fue gerente de la Unidad de Adquisiciones de Bienes y Servicios del Fondo de Conservación Vial, y el Segundo Magistrado ha sido Presidente del Fondo de Inversión Social para el Desarrollo Local.

C. Finalmente, con el propósito de justificar la comprobación del requisito de *honradez y competencia notorias*, la Asamblea agregó al presente proceso la certificación de los informes proporcionados por el Ministerio Público, Secciones de Investigación Profesional, Judicial y Probidad de la Corte Suprema de Justicia, Tribunal de Ética Gubernamental, Consejo Nacional de la Judicatura y la CCR.

5. De conformidad con el art. 8 de la L. Pr. Cn., el Fiscal General de la República rindió el informe respectivo en los siguientes términos:

Luego de esbozar detalladamente el marco normativo que habilita a la Asamblea Legislativa para proceder a la elección de segundo grado de funcionarios públicos y, además, definir los conceptos de *honradez y capacidad*, el Fiscal General de la República alego que, a la luz del principio de legalidad, vinculado a la administración, la actuación de la autoridad demandada se ha enmarcado dentro de la observancia de dicho principio en lo que a la elección de los funcionarios de la CCR respecta, pues se han cumplido con los requisitos establecidos por la Constitución y las leyes secundarias.

En esa perspectiva –sostuvo–, resulta claro que la Asamblea Legislativa, al valorar la lista de candidatos a magistrados de la CCR, adoptó decisiones distintas en asuntos que podrían ser clasificados como similares, puesto que la actora del proceso de inconstitucionalidad figuró en la lista de los quince profesionales elegibles a optar a dicho cargo, no obstante estar en igualdad de condiciones al contar con una investigación abierta, según consta en los documentos agregados al presente proceso por la Asamblea Legislativa.

Finalmente, señaló que no debe confundirse la atribución de la Asamblea Legislativa para elegir por votación nominal y pública a determinados funcionarios, según el art. 131 ord. 19° Cn. –la cual está limitada por la ley y el art. 86 Cn.–, con la elección de los funcionarios de primer grado, que son por votación popular y en la que los electores participan de manera inmediata en la designación.

6. Por medio de la resolución de fecha 19-X-2012, se autorizó la intervención en el presente proceso de los abogados Marcos Gregorio Sánchez Trejo y Javier Tránsito Bernal Granados; el primero actuó por medio de su apoderado, licenciado José Ángel Pérez Chacón, y el segundo actuó personalmente.

II. 1. Luego de expuestos los motivos de inconstitucionalidad argumentados por la demandante, las razones aducidas por la Asamblea Legislativa para justificar la actuación concreta impugnada y la opinión del Fiscal General de la República, se advierte que el objeto de control del presente proceso constitucional recae sobre la elección del Presidente y Magistrados de la CCR para el período 2011-2014, formalizada mediante el citado D. L. 762/2011, impugnado por inconstitucional.

Según los términos de la impugnación y las delimitaciones hechas en la admisión de la demanda, el análisis debe centrarse en la verificación relativa a si la Asamblea Legislativa estableció y documentó las razones por las cuales concurrían las cualidades de *honradez y competencia notorias* requeridas por la Constitución para efectuar el nombramiento, cuya ausencia supuestamente vulnera al art. 198 Cn.

A. Dadas las peculiaridades del objeto de control, es necesario exponer algunas consideraciones sobre las razones jurídico-normativas que habilitan el conocimiento de su control de constitucionalidad. En efecto, no hay que perder de vista que se ha solicitado el control de constitucionalidad de un decreto legislativo que no reúne los caracteres de generalidad y abstracción propios de las leyes materiales; sin embargo, debe reafirmarse que *los actos concretos también son objeto de control constitucional*.

Los actos de aplicación directa de la Constitución, aunque no contengan pautas de conducta generalizables a través de disposiciones jurídicas impersonales y abstractas, sí constituyen normas individuales, cuya regularidad jurídica está directamente determinada, sin intermediación de otra fuente, por la Constitución; por tanto, las condiciones, requisitos –formales o materiales– y procedimientos para su producción son prescritos únicamente por la Ley Suprema.

La actividad que la Sala de lo Constitucional realiza para efectivizar estos límites constitucionales implica también el control de dichos actos. Lo determinante –en efecto– es el establecimiento de límites constitucionales que, ante su posible infracción, sean actualizados por la jurisdicción constitucional. Esto robustece la idea de que no es la Sala la que limita al poder político del Estado, sino la que lo controla legítimamente por mandato constitucional.

Precisamente, los límites al actuar público se establecen para todos los órganos del Estado, entes y funcionarios públicos sin excepciones, independientemente del alcance o las dimensiones cuantitativas de sus actos –individuales o generales–. Admitir lo contrario significaría que los actos individuales son inimpugnables y que los límites constitucionales previstos al efecto no vinculan al ente competente para emitirlos.

El acto que se impugna en el presente proceso, si bien no goza de las características de generalidad y abstracción, no puede excluirse del concepto de *objeto de control constitucional*, ya que entender que solo puede estar constituido por disposiciones creadoras de situaciones jurídicas abstractas y generales con carácter coercitivo y obligatorio –que excluya de dicho control a los actos de contenido concreto– podría permitir la existencia de actuaciones de los gobernantes que devendrían en zonas exentas de control, con el consecuente desconocimiento de la Constitución.

Ya que no se pueden dejar zonas exentas de control, este Tribunal ha afirmado su competencia y fallado en casos como las elecciones de segundo grado relativas al Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos y a un Magistrado del Tribunal

Supremo Electoral, que fueron juzgadas en los procesos de Inc. 2-99 y Inc. 7-2011, respectivamente; las elecciones de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que fueron invalidadas en las sentencias del 5-VI-2012, pronunciadas en los procesos de Inc. 19-2012 y 23-2012; y la elección del Fiscal General de la República, invalidada en la sentencia de 9-VII-2012, Inc. 29-2012.

En efecto, si la Constitución determina tanto los modos de producción como los contenidos y requisitos materiales del Derecho, en cualquier escala de las jerarquías y competencias normativas, una Ley o Decreto que no satisfaga lo que la Constitución establece no puede pertenecer válidamente al ordenamiento jurídico.

B. En lo referente a la Asamblea Legislativa, al ejercer su función de legislar y también cuando procede a las elecciones de segundo grado, debe acomodarse a los parámetros constitucionales, según el art. 246 Cn. De igual forma, los demás órganos del Estado están incluidos potencialmente en los procesos de interpretación constitucional para efectos de aplicar adecuadamente la Constitución, así como todos los ciudadanos y grupos sociales, que están incluidos como *intérpretes previos*, para efectos de cumplirla.

Sin embargo, la responsabilidad de interpretar y clarificar la extensión de las disposiciones constitucionales permanece en la jurisdicción especializada –Sala de lo Constitucional– como intérprete vinculante de *última instancia* (Improcedencia de 27-IV-2011, pronunciada en el proceso de Inc. 16-2011).

C. Por lo antes dicho, y dado que la Constitución representa el momento originario del Estado, valga decir, el punto a partir del cual se establece la orientación que han de seguir los sujetos encargados de ejercer las atribuciones por ella conferidas, *cualquier expresión de los poderes constituidos que contraría el contenido que mediante la misma se ha establecido, es susceptible de invalidación, independientemente de su naturaleza concreta o abstracta*, pues se estaría dictando en contra de los parámetros básicos establecidos por la comunidad para alcanzar el ideal de convivencia trazado en la Ley Suprema.

D. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en el presente caso, la pretensión a dirimir no puede consistir en la *valoración de aspectos fácticos del cumplimiento* de los requisitos establecidos por la Constitución, pues este tribunal está imposibilitado para examinar las cualidades personales de quien ha sido electo para un cargo público en elección de segundo grado, ya que ello corresponde exclusivamente al criterio de selección adoptado por la Asamblea Legislativa.

Y es que no debe soslayarse que, por la naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, el control sobre la legitimidad constitucional de los actos de aplicación directa de la Constitución es de carácter puramente objetivo. De lo contrario, implicaría para esta Sala la emisión de juicios de valor sobre los motivos que sirvieron de

base a la Asamblea Legislativa para la elección de segundo grado de una persona determinada, lo cual escapa de la competencia de este tribunal.

En ese sentido, si bien no se puede entrar a conocer sobre valoraciones de otros órganos en el ejercicio de las atribuciones directas de la Constitución, sí es posible un examen sobre *el cumplimiento o incumplimiento –por parte de la autoridad competente– de ciertas condiciones concretas que la Constitución exige a las autoridades demandadas para la elección de diversas alternativas –Sentencias de 9-VII-2010, 7-X-2011 y 5-VI-2012, Incs. 35-2009, 20-2006 y 19-2012, respectivamente–.*

2. Con el fin de establecer un marco conceptual adecuado para decidir si es constitucional la elección del Presidente y Magistrados de la CCR, al haberse establecido o documentado las razones por las cuales, a criterio de la Asamblea Legislativa, concurrían las cualidades de *honradez y competencia notorias* requeridas por la Constitución para efectuar el nombramiento relacionado, se abordarán a continuación los siguientes aspectos relevantes: (III) en una primera acotación, se hará una introducción sobre la manera constitucional de comprender el régimen de los funcionarios públicos a partir del reparto de atribuciones y competencias que el Constituyente hace a las instituciones públicas; (IV) posteriormente, se analizará el rol constitucional de la CCR, en relación con la legitimidad democrática de los funcionarios electos para desempeñar los cargos de Presidente y Magistrados de la misma; (V) luego, se analizará el deber de documentar transparentemente los procesos de selección de funcionarios objetivamente idóneos con legitimidad democrática derivada; (VI) se verificará en el caso concreto el respeto del deber de documentar transparentemente los procesos de selección del Presidente y los Magistrados de la CCR; y finalmente (VII) se determinarán el fallo y los efectos de esta sentencia.

III. 1. El ordenamiento jurídico y los fines de las instituciones son un primer condicionamiento en el ejercicio de los cargos públicos de dirección de las mismas, que no otorgan derechos ni privilegios sobre la función pública, sino un deber de servicio legítimo a los intereses generales. Con esta noción adquiere un sentido más preciso la prescripción constitucional del art. 86 inc. 3° Cn.: “Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”.

2. A. Ahora bien, 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. Al contrario, sólo se puede ejercer la competencia de “elegir”, una vez que se hayan verificado los requisitos constitucionales prescritos al*

efecto por el ente encargado para ello por la Constitución, en este caso la Asamblea Legislativa.

En ese contexto condicionado, *las atribuciones y competencias, tanto de la Asamblea como del funcionario electo por esta, no constituyen “derechos” o “privilegios” de la persona electa, ni implican permisos ilimitados que les concedan dominio absoluto de la institución a la que representan.*

B. Así, debe resaltarse que los Diputados y los funcionarios públicos en general, 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 o particulares, sino objetivos e impersonales, cumpliendo las leyes y la Constitución –arts. 125, 218 y 235 Cn.– en el marco de una Administración Pública profesional y eficaz.

En ese sentido, la Constitución ordena que la elección de funcionarios públicos se haga con la finalidad de garantizar que las personas electas sean las idóneas para cumplir con las atribuciones u obligaciones asignadas –según un determinado cargo público–, para realizar el interés general y para hacer efectivos los derechos fundamentales de la persona humana.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la garantía de una mayor calidad de los servicios públicos prestados a los ciudadanos, reside en la profesionalidad y honradez de los funcionarios públicos y de los recursos humanos al servicio de la Administración Pública. En razón de ello, para el adecuado cumplimiento de las funciones asignadas, es necesaria la exigencia de una cualificación profesional precisa para el desempeño de los cargos correspondientes, lo que implica que los requisitos de acceso al cargo garantizan la profesionalidad mediante la utilización de criterios de honradez y competencia, situación que hace posible anticipar el nivel de confianza ciudadana requerido en cada caso por la naturaleza de la función.

C. En consecuencia, el régimen de los funcionarios públicos postula las garantías del ejercicio independiente de las funciones de cada institución, pero delimitadas por la *legalidad y racionalidad* que impone el interés general que subyace en la competencia que se atribuye; pues, ciertamente la Constitución atribuye cada competencia a los delegados o representantes del pueblo para la consecución material de un bien constitucionalmente prescrito como relevante –v. gr. administrar justicia, crear políticas públicas, satisfacer necesidades básicas, fiscalizar el gasto público, ejercitar la acción penal, desarrollar procesos electorales, entre otros–.

Esa racionalidad se persigue y garantiza a través del carácter personalista del Estado –art. 1 Cn.–, el principio de constitucionalidad y legalidad –arts. 86 inc. 1º y 235 Cn.–, la primacía del interés general sobre el particular –art. 246 inc. 2º Cn.–, el ejercicio de la

Soberanía por parte del pueblo –art. 83 Cn.–, y el carácter pluralista del sistema político –art. 85 inc. 2º Cn.–

IV. 1. A. Según lo prescrito en el art. 195 Cn., entre otras atribuciones, la CCR tiene a su cargo la fiscalización de la Hacienda Pública –en general– y de la ejecución del Presupuesto –en particular–.

Esta función surge ante la necesidad de defender el patrimonio público, entendiendo por tal todo aquel que está integrado por recursos y bienes que, en el más amplio sentido, pertenecen al Estado, ya sea que para efectos administrativos se estructure éste en organismos de la Administración central, funcionalmente descentralizadas sobre la base de entidades autónomas o empresas públicas, o territorialmente descentralizada –Municipios–.

Si por *fiscalización* entendemos la práctica encaminada a revisar con claridad que una actividad –en este caso gubernamental– sea realizada conforme a criterios de legalidad, eficiencia y transparencia, la realización de esa función impone como necesidad lógica e ineludible que *dicho órgano de control esté rodeado de los máximos atributos de independencia para que su cometido sea efectivo y eficiente*.

En ese sentido, tal independencia debe asegurarse –principalmente– frente al *Órgano Ejecutivo*, pues de él dependen la mayor parte de las entidades administrativas que dicho órgano de control está llamado a fiscalizar. Y es que, no debe olvidarse que al Ejecutivo le compete la administración de la mayor parte de los recursos del Estado, por lo que debe proveer a su cabal recaudación, disponer de su inversión y buscar, en todo momento, la satisfacción de los requerimientos de la comunidad por medio de obras de progreso colectivo, encaminadas hacia el logro del bien común –arts. 1 y 226 Cn.–.

Asimismo, esa independencia debe afirmarse frente al propio *Órgano Legislativo*, pues la exigencia de sometimiento al ordenamiento jurídico formulada en el inc. 3º del art. 86 Cn., no conlleva sumisión a actos del mencionado órgano, diferentes a la producción de la ley (Sentencia de 16-VII-2002, Inc. 11-97), ni a un vínculo jurídico con los partidos políticos representados en la Asamblea Legislativa, que pudiera generar nexos de dependencia ideológica en su actuar.

B. Esa independencia –reconocida en el art. 195 Cn.– se proyecta tanto en el ámbito funcional como económico, tal como lo dispone el art. 2 de la Ley de la Corte de Cuentas de la República (LCCR).

a. En el campo funcional, la independencia e imparcialidad se manifiesta en la subordinación del órgano fiscalizador (CCR) únicamente a la Constitución y a la ley. De esta manera, la autonomía funcional le permite a la CCR adoptar aquellas modalidades de estructura que mejor encajen con el adecuado ejercicio de sus facultades –v. gr., potestad reglamentaria (arts. 195 atribución 6ª Cn., y arts. 5 n° 17 y 18, y 17 ord. 3º de la LCCR) para articular su organización interna y elaborar las normas técnicas tanto de dirección y acción, en relación a su función fiscalizadora, como para el enjuiciamiento de cuentas–.

En ese sentido, el ente controlador, en virtud de su independencia, goza de ciertos márgenes de acción para estructurar la composición interna que le permita desarrollar sus cometidos con una flexibilidad acorde a la agilidad, dinamismo y eficacia con que debe ejercer su función, como en la dirección de su actividad interna –conducción administrativa– y externa –aquella que se proyecta hacia los fiscalizados–.

Tómese en cuenta que *los tres Magistrados de la CCR forman parte de la Cámara de Segunda Instancia, por mandato constitucional y, por lo tanto, ejercen jurisdicción –art. 196 inc. 2º Cn.–; en consecuencia, los Magistrados de la CCR, en razón de su independencia funcional, deben garantizar que sus fallos sean imparciales.*

b. La independencia económica implica dos aspectos bien definidos: primero, la disposición de recursos propios que le posibiliten quedar al margen de la intervención de otros órganos a los que debe fiscalizar en la ejecución de sus presupuestos, evitando, de esa forma, que los recursos puedan verse disminuidos con espíritu persecutorio; y, segundo, vinculado a la libertad de disposición de los bienes que se le asignan sin otra limitación que los fines contenidos en la normativa que regula su funcionamiento. Es decir, que una vez aprobado el presupuesto por la Asamblea Legislativa, sólo compete a la CCR la ejecución del monto asignado a ésta. Así, esa autonomía económica tanto en la elaboración como en la ejecución de su presupuesto se encuentra recogida en el inc. 3º del art. 2 de la LCCR.

c. En suma, puede sostenerse que la independencia otorgada a la CCR no es un privilegio, sino más bien una garantía de la propia función debido a su carácter técnico.

2. Ahora bien, la fiscalización –cuya principal responsabilidad estriba en el control del gasto público y la detección de desviaciones, ocultamientos, ineficiencias o malversaciones, con el objeto de ser castigadas o corregidas– se desarrolla mediante dos funciones básicas: la fiscalizadora –en sentido estricto– y el enjuiciamiento contable, tal como puede inferirse de las atribuciones contenidas en el art. 195 Cn (Inc. 11-97).

A. Así, por *función fiscalizadora propiamente dicha* se alude a la comprobación del sometimiento de la actividad económico-financiera de quienes manejen los fondos públicos y administren los bienes del Estado, a los principios de legalidad, eficiencia, efectividad y economía de la gestión, pues por medio de la fiscalización se examinan todas las cuentas del dinero proveniente del Estado.

En razón de ello, y según el art. 5 de la LCCR –en relación con el art. 195 Cn.–, la función fiscalizadora no se reduce meramente a la legalidad de las actuaciones, sino que supone un conocimiento completo, desde cualquier perspectiva, de la gestión financiera del Estado. Por tanto, por medio de la CCR, se pretende que se pueda contar con una exacta evaluación del manejo del presupuesto y la administración de bienes y servicios, y no solo en su aspecto de sujeción a la legalidad sino, en el aspecto de “buena gestión”, es decir, de eficiencia, de racionalidad y de máximo provecho institucional de los recursos estatales.

En coherencia con dicha finalidad, el art. 195 Cn. le atribuye a la CCR el examen y comprobación de la cuenta de la gestión de la Hacienda Pública, pero también el de toda actividad económico-financiera del sector público, incluyendo la ejecución del presupuesto, la aprobación de salida de fondos del Tesoro Público y, en particular, la gestión económica de las instituciones y empresas estatales de carácter autónomo, la participación en todo acto que de manera directa o indirecta afecte el patrimonio del Estado y la refrenda de los actos y contratos relativos a la deuda pública. Asimismo, su competencia se extiende no solo al sector estatal central –art. 195 inc. 1º ords. 1º y 2º Cn.–, sino también a los Municipios –incs. 4º y 5º del art. 207 Cn.–, a las instituciones y empresas estatales de carácter autónomo y, por último, a las entidades que se costeen con fondos del erario o que reciben subvenciones o subsidios del Estado –art. 195 ord. 4º Cn.–.

Finalmente, cabe señalar que esta función fiscalizadora se caracteriza por ser una actividad administrativa, cuyo ejercicio está encomendado al Presidente de la CCR, según lo establece el inc. 2º del art. 6 de la LCCR.

B. a. Por su parte, el *enjuiciamiento contable* –juicio de cuentas–, de conformidad con el art. 15 de la LCCR, tiene por finalidad conocer de los supuestos que originan la llamada responsabilidad patrimonial, para obtener –en último término– el reintegro del dinero que se gastó inadecuadamente o del que no ingresaron oportunamente por la deficiente o ilegal determinación, liquidación o calificación del ingreso. Así, mediante este proceso se determina la existencia o no de una acción u omisión que conlleva a una responsabilidad patrimonial, la cual –originalmente– ha sido detectada como consecuencia del examen a profundidad efectuado en la fase administrativa fiscalizadora.

El ámbito objetivo del enjuiciamiento contable abarca todas las cuentas del sector público, incluyendo las de las instituciones y empresas estatales de carácter autónomo, las de las entidades que se costeen con fondos del Estado o que reciban subvención de éste y las de los Municipios –arts. 195 ords. 3º y 4º y 207 Cn.–. Sin embargo, no le corresponde juzgar hechos sometidos a la jurisdicción del Órgano Judicial –como la penal– o ejercitar la acción penal, ya que, tal como lo prescriben los arts. 56 de la LCCR y 23 del Reglamento para la Determinación de Responsabilidades (RDR), si de los resultados de la fiscalización aparecieren indicios precisos y concordantes de actos penados por la ley, el Presidente de la CCR deberá hacerlos del conocimiento del Fiscal General de la República para que éste inicie el proceso penal correspondiente.

Subjetivamente, la competencia de las Cámaras de la CCR se extiende a todos aquellos –funcionarios, servidores públicos o no– que recauden, intervengan, manejen, custodien, utilicen o administren caudales públicos –arts. 195 ord. 3º Cn., 3 de la LCCR y art. 1 del Reglamento para el Cumplimiento de la Función Jurisdiccional (RCFJ)–.

b. Ahora bien, debe puntualizarse que el juicio de cuentas se encuentra estructurado e inspirado por sus principios rectores, con instancias y recursos o medios impugnativos;

ello implica que constituye un instrumento en el cual actúan como partes: (i) el funcionario o persona quien rinde la cuenta y (ii) el Fiscal General de la República en representación de los intereses del Estado y de la sociedad –art. 193 ord. 1º Cn.–.

Bajo ese orden de ideas, puede afirmarse que el enjuiciamiento de cuentas constituye claramente una actividad equivalente a la jurisdiccional, ejercitada por las Cámaras de Primera y Segunda Instancia de la Corte de Cuentas –de acuerdo con lo establecido en los arts. 196 Cn., 13 y 16 de la LCCR–.

3. En síntesis, la CCR es un órgano constitucional independiente –en lo funcional y económico– del resto de los órganos estatales, erigido como ente fiscalizador de la actividad económico-financiera del Estado que, para el cumplimiento de tal misión, realiza auditorías administrativas y enjuiciamientos contables.

A. Así, la CCR ejerce sus funciones por medio del Presidente y del Primer y Segundo Magistrado, según lo establecen el art. 196 Cn., y arts. 6, 8, 9, 13, 14 y 17 de la LCCR, quienes –en suma– son responsables de analizar y controlar los ingresos y gastos gubernamentales, por lo que deben fungir como guardianes de la integridad financiera y la fidelidad de la información que se proporciona, ya que sus cargos se consideran como mecanismos independientes y transparentes para salvaguardar la rendición de cuentas en materia financiera.

Aunado a ello, para garantizar tal independencia, imparcialidad y transparencia por parte de los funcionarios electos en los Órganos o entidades donde ejercen potestades públicas y cuya finalidad esencial es la fiscalización de la hacienda pública y el presupuesto, es imperativo que aquellos *no tengan ninguna afiliación partidaria*, pues la existencia de tal vinculación podría significar un obstáculo para la realización del interés general implícito en su principal función, ya sea por favorecer a las entidades de sus mismos partidos o ejercer deficientemente las competencias que se atribuyen, y como bien expresa el inc. 2º del art. 2 de la LCCR: “La independencia de la Corte se fundamenta en su carácter técnico y sus actuaciones son totalmente independientes de cualquier interés particular”.

Ello se reafirma en la Convención Interamericana contra la Corrupción, que –entre otros– incluye dentro de los actos de corrupción: “La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto y omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para él mismo o para un tercero”.

Como queda dicho, según la Constitución, la fiscalización del manejo de los fondos y bienes de la Hacienda Pública –en general– y de la ejecución del presupuesto –en particular–, estará a cargo de un organismo *independiente* de los otros Órganos del Estado: la CCR –art. 2 inc. 2º LCCR–.

Esto significa que, para realizar el *control administrativo y contable*, los Magistrados que integren dicha institución, además de poseer la experiencia académica y profesional para ello, no deben estar supeditados a intereses particulares o presiones políticas, porque ello conllevaría a tolerar una manera de operar comprometida con otros órganos del Estado, es decir, mermando su condición de órgano independiente y de guardián de la Hacienda Pública y del Presupuesto de la Nación.

Al respecto, la Convención mencionada previamente contiene el compromiso de los Estados Parte, para promover y fortalecer los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción. En ese sentido, entre las medidas preventivas, El Salvador se ha obligado a promover la aplicabilidad de medidas dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer normas de conducta para el correcto, honorable, probo y adecuado cumplimiento de las funciones públicas, las cuales deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Las normas de conducta deberán establecer las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública – art. III. 1 de la citada Convención–.

Esa razón también impide que personas con una *afiliación partidista* –vínculo jurídico que determina una relación de derechos y obligaciones entre el afiliado y la institución a la que se afilia [Sentencias de 26-VI-2000 y 29-VII-2010, Inc. 16-99 y 61-2009, respectivamente]–, puedan optar y ser nombrados como Magistrados de la CCR; pues, sin duda, el riesgo de la pérdida de independencia se intensifica objetivamente en los posibles casos de colisión entre los intereses del Estado y los del funcionario sujeto a control de cuentas, por pertenecer al mismo partido político.

Actualmente, la regulación de esta dinámica entre afiliado y partido político ha sido atribuida a los estatutos de cada instituto político, pues el Código Electoral reconoce que éstos deben contener –entre otros aspectos– los *derechos, deberes y sanciones* de sus miembros (art. 172 n° 7 Código Electoral). En efecto, la afiliación partidista significa 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 ideológicos y el segundo tiene la potencialidad normativa de sancionar su incumplimiento a sus afiliados.

Sobre este aspecto, la sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009, evidenció las desventajas de la afiliación partidaria para el ejercicio independiente de la función pública y sostuvo que si la vinculación con un partido político disminuye, el funcionario podrá tomar sus decisiones con mayor libertad.

Ya esta Sala ha advertido sobre la necesidad de independizar a las instituciones de la política partidista, especialmente aquellas que ejercen atribuciones de control –v. gr. Corte de Cuentas, Fiscalía General de la República, Corte Suprema de Justicia, Consejo Nacional de la Judicatura, e incluso, Tribunal Supremo Electoral [Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 7-2011]–; y es que, según el art. 218 Cn.: “Los funcionarios y empleados públicos están al servicio del Estado y no de una fracción política determinada. No podrán prevalerse de sus cargos para hacer política partidista”.

Por ejemplo, la Ley de Ética Gubernamental establece en su arts. 15 letra a) y 16 que el desempeño de cargos en los órganos de dirección o de representación de partidos políticos es incompatible con el ejercicio del cargo de miembro del Tribunal de Ética Gubernamental –y, en su caso, causa de remoción–, por ser éste un ente de control estatal; por cuanto, en esencia, el expresado Tribunal tiene a su cargo la prevención y sanción de las acciones contrarias a la ética pública y ha sido establecido para dotar a El Salvador de un adecuado régimen de ética para el desarrollo de la institucionalidad democrática del país, la correcta administración del patrimonio público, el combate a la corrupción y la eficiencia de la Administración pública, tal como lo mencionan los considerandos que motivan la expresada ley.

Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que el funcionariado público, profesional y responsable penal, administrativa y patrimonialmente, se debe al servicio del interés general por el cual se crea la institución a la que representa y no un partido político determinado. La elección que haga la Asamblea Legislativa puede condicionar el desempeño de las funciones del ente encargado del control del gasto público, por lo tanto no debe permitirse la vinculación jurídica con un partido a través de la afiliación.

B. Al valorar la “honradez y competencia notorias” de los candidatos para la elección del Presidente y Magistrados de la CCR, la Asamblea Legislativa debe considerar aquellas particularidades de los mismos que resulten incompatibles –por la naturaleza de la función a desempeñar en la respectiva institución–, para garantizar el ejercicio ético de la alta función pública a encomendarse al interior del ente contralor de la actividad financiera del Estado.

Por las consideraciones expresadas, puede afirmarse que existe un impedimento, no sólo de naturaleza ética sino también constitucional, para que las personas que desempeñen cargos en los órganos de dirección o de representación de partidos políticos puedan ser Magistrados de la CCR. Y por ello, la Asamblea debe aplicar al escrutinio de la elección de esta naturaleza de funcionarios, la incompatibilidad mencionada y descartar aquellos candidatos que reúnan estas circunstancias.

C. En ese sentido, los funcionarios en mención son electos, mediante votación nominal y pública, *por la Asamblea Legislativa* –art. 131 ord. 19° Cn.–; ello implica que sus nombramientos son producto de una *elección indirecta o de segundo grado*, según la

cual los ciudadanos designan a sus representantes en la elección de diputados, y éstos a su vez eligen a otros funcionarios para el ejercicio de determinados cargos –en contraposición a la *elección directa o de primer grado*, en la que se elige a los representantes por medio de una votación libre y directa, es decir, en la que *los electores participan de manera inmediata en la designación de los funcionarios del gobierno*–.

Así, las elecciones de segundo grado son anteceditas por otra, en este caso de un cuerpo de elección popular, el cual cuenta con atribuciones para designar a otros representantes, siendo ésta clase de elección la relevante para el tema que ahora nos ocupa. La designación de funcionarios de elección de segundo grado –por tanto– puede realizarse: (i) por medio de nombramiento efectuado por el Presidente de la República; y (ii) mediante elección realizada por la Asamblea Legislativa. En la presente decisión solamente interesa abordar el segundo modo de designación de funcionarios.

Y es que este tipo de elecciones indirectas, además de reducir el número de electores mediante votaciones escalonadas en estratos o grupos cada vez más pequeños, exige del Legislativo *mejores criterios de selección y un mayor grado de reflexión en la designación de los funcionarios*.

V. 1. El art. 131 ord. 19° Cn. establece que le corresponde a la Asamblea Legislativa elegir por votación nominal y pública al Presidente y Magistrados de la CCR –entre otros–. Dicha disposición constitucional contiene una prescripción habilitante para el Legislativo, es decir, que cuenta con el margen estructural que la Constitución le ha conferido para la concreción de sus preceptos –Sentencia de 7-X-2011, Inc. 20-2006–.

Lo anterior implica que la Asamblea Legislativa posee la atribución de concretar el mandato establecido en el art. 131 ord. 19° Cn.; y ello implica que forma parte de los márgenes estructurales de acción del legislador elegir, de entre una lista de candidatos, al funcionario que corresponda y que reúna los requisitos para serlo.

2. Ahora bien, a pesar de que a la Asamblea Legislativa le corresponde realizar elecciones de segundo grado, dicha atribución no es absoluta, ya que la Constitución y las leyes establecen límites que deben ser respetados al momento de designar a una persona en un cargo público.

En ese sentido, la Constitución prescribe cuáles son los requisitos que deben cumplir las personas que quieran ser electas como funcionarios públicos; por ello –para el caso de las elecciones de segundo grado–, determina los requisitos para optar a los cargos de: Magistrados de la CSJ –art. 176 Cn.–, Fiscal General de la República –art. 192 inc. 3°, en relación con el art. 177 Cn.–, Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República –art. 198 Cn.–, entre otros.

Ahora bien, para que estas disposiciones no pierdan el mismo carácter normativo que el resto del articulado constitucional y la supremacía que las caracteriza, debe asumirse

que también son susceptibles de ser actualizadas por la jurisdicción constitucional, ante sus posibles infracciones por parte del Legislativo.

La manera en cómo se determina la infracción legislativa es a través de la verificación de un *modo de proceder* prescrito por la Constitución: la discusión y deliberación parlamentaria –art. 135 Cn.–. En efecto, si cada una de las disposiciones mencionadas prescribe determinados requisitos, cada uno de ellos implica para el Legislativo la carga argumental de –por un lado– demostrar su cabal cumplimiento y –por el otro–, en aquellos requisitos previstos mediante conceptos jurídicos indeterminados, motivar su acreditación respecto de los candidatos electos.

Por tanto, *es obligación de la Asamblea Legislativa verificar tales requisitos de manera previa, pues solo mediante su cumplimiento y debida acreditación documentada, se encuentra habilitada para elegir a una determinada persona, a fin de que desempeñe un cargo público. Según lo anterior, 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.*

3. Así, debe tenerse en cuenta que la exigencia de ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función pública se efectúa en forma acorde con los intereses que se quiere alcanzar con ese desempeño. Ello implica que, mediante tales exigencias, se pretende asegurar el cumplimiento del interés general para el cual dicho cargo o función fueron establecidos, por encima del interés particular que dicha persona pueda tener en ese ejercicio.

Si bien el derecho a optar a cargos públicos –art. 72 ord. 3º Cn.– consiste en la posibilidad de que todos los ciudadanos, sin distinción alguna, sean elegibles para un cargo como funcionario público, debe entenderse que su ejercicio está sometido a ciertos requisitos y condiciones que pueden encontrarse en las disposiciones constitucionales o en la ley secundaria. Esto significa que –al igual que el resto de derechos fundamentales– el derecho en cuestión no es absoluto, sino que puede ser objeto de limitaciones y regulaciones por parte del mismo constituyente o del legislador.

En efecto, no resulta ponderado llevar al extremo el ejercicio y la protección que dicho derecho ampara, cuando ello significa deteriorar la necesaria rendición de cuentas sobre el actuar legislativo e irrespetar los parámetros constitucionales que delimitan las competencias legislativas –requisitos de funcionarios, procedimiento legislativo deliberativo, público y transparente–; principalmente en aquellas que –en abstracto– demuestran la potencialidad de pérdida de independencia e imparcialidad del funcionario que decide elegir.

4. En el contexto apuntado se encuentran los requisitos exigidos de *honradez y competencia notorias*, los cuales son conceptos jurídicos indeterminados, es decir, conceptos que requieren ser llenados de contenido por la legislación o la jurisprudencia. En ese sentido, para determinar el contenido de este tipo de exigencia constitucional se deben tomar en consideración las características inherentes al régimen de los funcionarios públicos y al rol constitucional de la CCR –detalladas en los Considerandos III y IV de esta sentencia–.

Así, los requisitos de “*honradez y competencia notorias*” apuntan a asegurar en el candidato, respectivamente: a) la probidad, honestidad, vocación de servicio, compromiso institucional, independencia –que implica separación de los diversos órganos e instituciones, así como de los partidos políticos– y rectitud requeridas para desempeñar con dignidad la investidura; y b) la cualificación técnica y profesional –empírica o académica– requeridas para el idóneo desempeño de las responsabilidades y funciones inherentes al cargo o empleo.

Consecuentemente, debe afirmarse que –en una primera exigencia– aquellos candidatos respecto de los cuales la Asamblea no constate comprobadamente el cumplimiento de los requisitos constitucionales o ignore los elementos objetivos que acreditan su incumplimiento o contradicción, no pueden ser electos como funcionarios públicos, ya que dejarían de ofrecer la garantía necesaria del cumplimiento independiente y efectivo de las respectivas funciones asignadas.

Y, posteriormente, en una segunda exigencia constitucional que se impone a partir del principio de razonabilidad, ante las diversas alternativas –como en el caso de ternas o listas de candidatos–, se debe justificar y exponer las razones por las cuales se ha optado por determinadas personas, verificando la adecuada aptitud e idoneidad objetiva en relación con la función de que se trate.

En efecto, la naturaleza de la institución a la que se designan, así como sus funciones, condicionan de manera importante la “*honradez y competencia notorias*”, pues a partir de este contexto es que dichos conceptos se deben determinar, caso por caso, por parte del órgano elector. Como a continuación se analizará, con base en la pretensión que nos ocupa.

5. A. Dado que la Constitución establece la competencia de la Asamblea Legislativa para elegir al Presidente y Magistrados de la CCR –art. 131 ord. 19° Cn.–, quienes deben reunir los requisitos establecidos en el art. 198 Cn., se advierte que le corresponde a la primera verificar fehacientemente el cumplimiento de cada uno de dichos requisitos y demostrarlo así, ya sea en el Dictamen de la comisión o en el Decreto Legislativo que culmine el proceso de selección.

Así, la Asamblea Legislativa, previo a la elección de un funcionario público, debe acreditar que los candidatos seleccionados cumplen con los requisitos previamente

establecidos. Para ello, tiene la obligación de documentarse y comprobar su cumplimiento a satisfacción.

B. a. El deber u obligación de documentarse implica que el Órgano encargado de determinada producción jurídica o de ejecutar actos de aplicación directa de la Constitución, tiene que contar con los elementos objetivos, necesarios y suficientes que permitan adoptar una decisión racional que refleje el fiel cumplimiento que exige la Constitución y valorar aquellos que demuestren lo contrario, cuando esta impone determinadas condiciones y requisitos en el producto legislativo.

Así, para el caso de elecciones de segundo grado –actos de aplicación directa de la Constitución–, el Órgano encargado de la elección debe contar con la documentación que permita acreditar que los candidatos a determinado cargo son objetiva y comprobadamente idóneos para desempeñarse en el mismo, por contar con la cualificación técnica, profesional y personal requeridas. Ello implica que dicha obligación cobra especial importancia para el establecimiento de los requisitos específicos de *honradez y competencia notorias* que exige la Constitución.

Por ello, para la elección de funcionarios, y en virtud de tal deber de documentarse, el art. 99 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa (RIAL), establece que a las propuestas de los candidatos “... deberán agregarse los atestados en que se comprueben los requisitos constitucionales o legales...”, ya que las mismas “... pasarán a estudio de la Comisión Política, para que antes de la elección pueda determinarse, por cualquier medio, si las personas propuestas para el cargo reúnen los requisitos referidos...”. Asimismo, dicha disposición establece que la Comisión podrá solicitar a los funcionarios que estime conveniente, un informe de los antecedentes de los candidatos en cuestión.

Y es que la forma adecuada para poder acreditar que los candidatos a un cargo público son idóneos o no es la documentación o información que establece el cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales; es por ello que la disposición del RIAL antes aludida determina que la Comisión Política de la Asamblea Legislativa “... analizará las hojas de vida y *comprobará todos los atestados* y, si lo considera procedente, entrevistará a los candidatos que *cumplen los requisitos establecidos*...”.

b. Lo anterior implica que la Asamblea Legislativa, por medio de la Comisión Política –o de la Subcomisión creada para tal efecto (art. 100 del RIAL)–, necesariamente debe completar y *analizar* la documentación pertinente que establezca o demuestre que determinados candidatos cumplen con los requisitos constitucionales y legales para optar a un cargo público, lo que, además, posibilitará que la lista de postulantes sea depurada en relación con los candidatos no cumplen con las exigencias constitucionales, y que se pueda tomar la decisión que corresponda, conforme con el dictamen presentado, a fin de garantizar a la población salvadoreña el nombramiento de funcionarios públicos idóneos para el cargo sujeto a elección de segundo grado.

C. Además de la exigencia reglamentaria señalada, la Asamblea Legislativa debe dar cumplimiento a los principios que estructuran el procedimiento legislativo –ya sea para la producción de normas generales y abstractas o para la elección de funcionarios–.

a. Debe tenerse en cuenta, además, que el art. 125 frase 1ª Cn. establece un *mandato representativo* para los Diputados, al establecer que: “Los Diputados representan al pueblo entero y no están ligados por ningún mandato imperativo”. Ello implica que estos son los representantes de los ciudadanos, del pueblo y sus intereses, no de una persona, entidad o institución en particular.

De conformidad con el *principio democrático*, el cual se constituye en el principio rector y orientador de la actividad legislativa –v. gr., la producción normativa y la elección de segundo grado de funcionarios públicos– debe ser siempre la expresión de la voluntad soberana que surge de un proceso en el que se ha escuchado diversidad de opiniones –pluralismo–, se ha permitido la participación de personas naturales o jurídicas que tengan interés o de alguna manera se puedan ver afectados con el nuevo ordenamiento –participación–, ha sido aprobada por la mayoría correspondiente –con la participación de las minorías–, y tramitada respetando el principio de publicidad.

b. En cuanto al *principio de publicidad*, este opera en una doble dirección: *desde la Asamblea Legislativa hacia los ciudadanos* –que se concreta en el marco del derecho de acceso a la información de interés público, en la publicidad de agendas, debates, votaciones y decisiones legislativas–; y *desde los ciudadanos hacia el Órgano Legislativo*, que se concreta en la participación de individuos, grupos sociales y organizaciones de la sociedad a las Comisiones o al Pleno Legislativo, no solo para exponer puntos de vista, requerimientos o necesidades sino, incluso, propuestas concretas que requieran la actividad legislativa –Sentencia de 21-VIII-2009, Inc. 24-2003–.

c. Teniendo en cuenta los principios antes mencionados, debe afirmarse que, por regla general, todo procedimiento legislativo debe garantizar las actividades que potencien el debate, la contradicción y la toma de decisiones tan esenciales en la actividad legislativa –Sentencias de 6-IX-2001 y 29-VIII-2009, pronunciadas en los procesos de Inc. 27-99 y 24-2003, respectivamente–.

D. La Asamblea Legislativa, además de tener la obligación de documentarse, de comprobar la veracidad de la información documentada y de seguir el procedimiento legislativo idóneo, *no está habilitada para elegir a funcionarios que no reúnan los requisitos constitucionales y legales establecidos para optar a un determinado cargo público*; pues –como se dijo– las prescripciones habilitantes no pueden interpretarse en el sentido de que le otorgan al Legislativo potestades discrecionales ilimitadas; sino, por el contrario, *le imponen el deber de documentar, comprobar el cumplimiento de requisitos y exponer las razones fundadas por las que considera que una persona concreta es la idónea para ser electa en un cargo público determinado por la Constitución*.

Dicha obligación también se encuentra establecida en el RIAL, específicamente en el art. 52, el cual prescribe que: “...[l]as comisiones emitirán dictámenes por resolución de la mayoría de sus miembros, *razonando sus acuerdos y propuestas*”. Tal afirmación tiene sustento en que, como se sostuvo anteriormente, la Comisión Política es la encargada de analizar las propuestas de los candidatos a funcionarios públicos y, además, emitir el dictamen correspondiente, con base en el cual la Asamblea Legislativa podrá elegir a la persona o personas propuestas, en caso de aprobarse el mismo.

En ese sentido, tal como lo establece la disposición mencionada, y para el caso del dictamen emitido por la Comisión Política con motivo de la elección de funcionarios públicos, se debe cumplir, además de ciertos requisitos mínimos, con la expresión de las “...razones por las que se dictamina”. Ello implica que es obligatorio que en el correspondiente dictamen se justifique por qué se estima que una determinada persona reúne los requisitos esenciales para ejercer un cargo público y qué sustenta tal conclusión, ya que el mismo es vital para la elección definitiva del funcionario en los términos que lo exige la Constitución.

Si bien respecto al requisito de honradez y competencia notorias el legislador posee discrecionalidad para elegir al funcionario que tenga la cualificación técnica, profesional y personal necesaria para el ejercicio de un cargo público, se deben expresar las razones y justificar los motivos por los cuales una determinada persona es idónea para desempeñar una función pública, con base en la documentación recabada y debidamente comprobada por el órgano elector, si en esta aparecen elementos negativos que sustentan una conclusión contraria a los requisitos exigidos constitucionalmente. Todo ello después de un procedimiento revestido de publicidad y transparencia, en la doble dirección que se ha señalado.

En consecuencia, la Asamblea Legislativa debe tener en cuenta, durante la realización del procedimiento establecido en el RIAL para la elección de funcionarios, *toda la documentación* –favorable y desfavorable– presentada por las instituciones respectivas y por los postulantes para un cargo público y, con base en ella, elegir a la persona o personas que posean las credenciales técnicas, profesionales y personales idóneas para el ejercicio de la función que le corresponda, explicando las razones y la fundamentación objetiva de tal decisión.

VI. Teniendo en cuenta lo establecido en los considerandos anteriores, procede en este punto resolver la infracción constitucional alegada.

1. En el presente caso, según la peticionaria, la Asamblea Legislativa no cumplió uno de los presupuestos constitucionales básicos necesarios para la elección del Presidente y los Magistrados de la CCR, ya que no estableció los elementos a partir de los cuales se tuvieron por acreditados los requisitos de *honradez y competencia notorias* de las personas electas, exigidos en el art. 198 Cn.

Ahora bien, es preciso subrayar que existen algunos casos en los que resulta necesario acreditar en los procesos de inconstitucionalidad –que tienen carácter abstracto–, algunos elementos fácticos, sobre todo cuando el motivo de impugnación descansa en la infracción a las condiciones formales o procedimentales de los decretos legislativos.

2. Con el fin de verificar si la Asamblea Legislativa estableció y documentó las razones por las cuales, a su criterio, concurrían las cualidades de *honradez y competencia notorias* requeridas por la Constitución para efectuar el nombramiento materializado en el D.L. 762/2011, se han analizado los siguientes documentos incorporados legalmente al presente proceso constitucional:

A. Certificación proporcionada por la autoridad demandada de los informes emitidos por el Ministerio Público, Secciones de Investigación Profesional, Judicial y Probidad de la Corte Suprema de Justicia (CSJ), Tribunal de Ética Gubernamental (TEG), Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ) y de la Corte de Cuentas de la República (CCR), que detallan:

a. i. En cuanto al Magistrado electo *Marcos Gregorio Sánchez Trejo*, se ha constatado en los informes relacionados anteriormente que *no* poseía ninguna denuncia, expediente o registro en: la CSJ, la Procuraduría General de la República (PGR) y el CNJ.

ii. A pesar de ello, se advierte que, según informe de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH), el mencionado profesional tenía –a la fecha de presentado el informe– tres expedientes: a) 01-0589-04, por vulneración a derecho de “petición y respuesta”, en el cual la recomendación fue cumplida; b) 01-0336-05, por vulneración a derecho de “petición y respuesta”, en el que la recomendación emitida fue cumplida; y c) LU-0089-08, por vulneración del derecho al trabajo, el cual se encontraba pendiente de resolución final.

iii. Por otra parte, el TEG comunicó que el licenciado Sánchez Trejo tenía los siguientes procedimientos administrativos sancionadores en su contra: a) Ref.: 90-TEG-2009, en el cual fue denunciado por supuesta vulneración a los deberes éticos de cumplimiento y de veracidad (art. 5 letras “b” y “e” de la Ley de Ética Gubernamental [LEG]), pero se declaró improcedente la denuncia, por lo que el expediente se encontraba archivado; y b) Ref.: 64-TEG-08 y 84-TEG-2008, en los que fue denunciado por el supuesto incumplimiento a la prohibición ética de “retardar sin motivo alguno los trámites o la prestación de servicios” (art. 6 letra “i” de la LEG), en el que se declaró el sobreseimiento por desistimiento, por lo que el expediente se encontraba archivado.

iv. Asimismo, la CCR informó que el licenciado Sánchez Trejo se encontraba relacionado en varios Juicios de Cuentas:

La Cámara de Segunda Instancia comunicó que se encontraba relacionado en dos procedimientos ante ella: a) examen especial II-IA-50-2005, relativo a un proceso de licitación y adjudicación relacionado con la PGR, el cual no se convirtió en Juicio de

Cuentas y se halló solvente de toda responsabilidad; y *b*) juicio de cuentas II-JC-03-2008, con sentencia ejecutoriada absolutoria, que se encontraba en archivo definitivo.

La Cámara Tercera de Primera Instancia informó que se encontró relacionado en el expediente CAM-III-I.A.-001-2011, el cual a la fecha del informe no tenía sentencia condenatoria ejecutoriada.

La Cámara Cuarta de Primera Instancia manifestó que aparecía relacionado en dos Juicio de Cuentas: *a*) JC-21-2010-5, el cual se encontraba con proyecto de pliego de reparos, sin que se le encontrara determinada responsabilidad alguna; y *b*) JC-110-2009-2, el cual estaba en etapa de pliego reparos, pero no le aparecía determinada ninguna responsabilidad en su contra.

Además, la Dirección de Auditoría Tres comunicó que se estaba ejecutando un Examen Especial al Fideicomiso para la Inversión en Educación, Paz Social y Seguridad Ciudadana en la PGR, el cual se encontraba en trámite.

v. Finalmente, la Fiscalía General de la República (FGR) informó que no se encontraron causas penales en contra del licenciado Sánchez Trejo. No obstante, la Unidad de Juicios de Cuentas y Multas manifestó que existían 2 juicios en su contra: en uno se le exoneró de responsabilidad administrativa y, en el otro, fue declarado libre y solvente de toda responsabilidad por sentencia definitiva.

b. *i.* Respecto al Magistrado electo *Javier Transito Bernal Granados*, se ha constatado que *no* tenía ninguna denuncia, expediente o registro en: la PGR, la PDDH, el CNJ, el TEG y las Secciones de Investigación Profesional y Judicial de la CSJ.

ii. Sin embargo, se verifica que la Sección de Probidad de la CSJ informó: *a*) que en sus registros constaba que no presentó la declaración jurada correspondiente a la toma de posesión del cargo de subgerente de la Unidad Jurídica de la Administración Nacional de Acueductos y Alcantarillados (ANDA), en el año 2009, ni presentó la correspondiente al cese en dicho cargo en el año 2010; *b*) que no presentó la declaración de patrimonio cuando tomó posesión del cargo de Director Propietario en el Registro Nacional de las Personas Naturales (RNPN) –cargo que supuestamente aun ejercía al momento de rendirse el informe–; y *c*) que sí se presentó la declaración de toma de posesión del cargo de gerente de la Unidad de Adquisiciones de Bienes y Servicios del Fondo de Conservación Vial.

iii. Asimismo, según informe de la CCR, el licenciado Bernal Granados se encontraba relacionado en diversos Juicios de Cuentas. Así, por un lado, la Secretaría de la Cámara de Segunda Instancia comunicó que se encontraba relacionado en el Juicio de Cuentas JC-CI-018-2007, en el que se le determinó responsabilidad administrativa en primera instancia, se apeló y a la fecha del informe, se encontraba en sustanciación; y, por el otro, la Cámara Tercera de Primera Instancia informó que se encuentra relacionado en dos Juicios de Cuentas: *a*) JC-III-011-2011, correspondiente al RNPN, el cual no tenía sentencia condenatoria ejecutoriada; y *b*) JC-III-010-2010, relativo a la Alcaldía Municipal

de San Salvador, el que se encontraba en trámite y no tenía sentencia condenatoria ejecutoriada.

iv. Finalmente, la FGR informó que no se encontraron causas penales en contra del licenciado Bernal Granados. No obstante, la Unidad de Juicios de Cuentas y Multas comunicó que existían tres juicios en su contra: fue condenado en responsabilidad administrativa en uno de ellos –en el cual se encuentra en trámite el recurso de apelación interpuesto– y en los restantes dos se le reclama responsabilidad administrativa, por lo que se encontraban pendientes de que se emitan las sentencias correspondientes.

c. i. Respecto al Magistrado electo *José Andrés Rovira Canales*, se ha verificado en los informes presentados por las instituciones requeridas que *no* tenía ninguna denuncia, expediente o registro en: la PGR, la PDDH, el CNJ, el TEG y la CSJ.

ii. Sin embargo, según el informe de la CCR, se ha corroborado que el licenciado Rovira Canales se encontraba relacionado en varios Juicios de Cuentas:

Así, la Secretaría de la Cámara de Segunda Instancia comunicó que aparecía relacionado en cuatro juicios: a) II-JC-10-2008, relacionado al FISDL, en el que fue absuelto en primera instancia, pero, dado que apelaron otros funcionarios, el expediente se encontraba en apelación; b) CAM-V-052-2008-4, relativo al MARN, en el que fue condenado con responsabilidad administrativa, decisión contra la que interpuso recurso de apelación, el cual se encontraba en trámite; c) CAM-V-JC-018-2007, relativo al FISDL, en el que se le determinó responsabilidad administrativa y se impuso multa, pero a la fecha del informe aún se encontraba en trámite el recurso de apelación; y d) JC-CI-015-2007, en el cual se le determinó responsabilidad administrativa y se impuso multa, decisión contra la cual interpuso recurso de apelación, que se encontraba en trámite.

La Dirección de Auditoría Cinco expresó que estaban en proceso dos auditorías: a) Examen Especial a la Ejecución de Obras Adicionales realizadas al Contrato FISDL/FANTEL 913-R/19919.0-2008; y b) Auditoría financiera al Comité Consultivo para el Área de Desarrollo Comunal FANTEL; sin embargo, se aclaró que a la fecha no aparecía relacionado.

La Cámara de Primera Instancia manifestó que se estaba relacionado en 2 juicios: uno con sentencia absolutoria (CI 080-2007) y el otro todavía estaba en análisis por dicha cámara (CI 069-2010).

La Cámara de Segunda Instancia informó que se encontraba relacionado en cuatro procedimientos: a) II-IA-13-2007, el cual no se convirtió en Juicio de Cuentas y se envió a archivo definitivo; b) II-JC-68-2007, en el que había sentencia ejecutoriada absolutoria y se encontraba en archivo definitivo; c) II-JC-10-2008, en el que resultó sin ninguna responsabilidad y estaba solvente; y d) II-IA-74-2010, el cual se encontraba en análisis el informe de auditoría respectivo.

La Cámara Tercera de Primera Instancia comunicó que se encontraba relacionado en cinco Juicios de Cuentas: a) JC-III-005-2007, b) PR-027-2006, c) JC-III-059-2007, d) JC-III-020-2008 y e) JC-III-037-2008, en todos los cuales se encuentra solvente.

La Cámara Cuarta de Primera Instancia manifestó que se encontraba relacionado en el Juicio de Cuentas JC-39-2009-3, en el cual existía sentencia definitiva absolutoria ejecutoriada.

Y, además, la Cámara Quinta de Primera Instancia expresó que se encontraba relacionado en el Juicio de Cuentas CAM-V-JC-035-2008-3, el cual tenía sentencia definitiva absolutoria.

iii. Finalmente, la FGR informó que se encontraron dos causas penales en contra del licenciado Rovira Canales: a) el expediente n° 555-DE-UP-2010, por el delito de Peculado, Malversación y Tráfico de Influencias, en perjuicio de la Administración Pública; b) el expediente n° 449-DE-UP-2010, por el delito de Actos Arbitrarios, en perjuicio de la Administración Pública; y c) 791-DE-UP-2-07. Los tres expedientes fueron enviados a archivo.

Asimismo, la Unidad de Juicios de Cuentas y Multas manifestó que se encontró once juicios en su contra: fue absuelto en ocho de ellos, condenado en responsabilidad administrativa en dos –en los cuales estaba en trámite el recurso de apelación interpuesto– y el juicio restante estaba en la fase de elaboración de pliego de reparos. Sin embargo, se advierte que existe otro memorando interno de esta institución en el que se establecía que los juicios en su contra eran doce.

B. Certificación emitida por la Quinta Secretaria Directiva de la Asamblea Legislativa el 3-X-2012, relativa al expediente n° 1375-3-2011-1 que contiene el proceso de elección del Presidente y Magistrados de la CCR.

3. Los anteriores elementos demuestran que la Asamblea Legislativa *logró obtener* la documentación necesaria para constatar la existencia o no de los requisitos constitucionales, y proceder a una elección apegada a la Constitución; es decir, fundamentada en criterios de idoneidad objetiva, con respecto a la cualificación técnica, profesional y personal de los candidatos y, principalmente, sobre los elementos negativos que pudieran dar lugar al incumplimiento de los requisitos exigidos por la Constitución. No obstante, la Asamblea hizo caso omiso de este segundo tipo de información y procedió a la elección de los funcionarios citados.

En ese sentido, es posible advertir que la autoridad demandada cumplió con la primera obligación constitucional para demostrar que concurrían los requisitos para optar a Magistrado y presidente de la CCR, pues agregó a las propuestas de los candidatos, los atestados con los que consideró se cumplían los requisitos constitucionales o legales exigidos a los funcionarios de la CCR, tal como lo regula el art. 99 del RIAL –el cual constituye un desarrollo de la prescripción habilitante para el Legislativo establecida en el

art. 131 ord. 19° Cn., y, además, que los mismos fueron sometidos a estudio en la Subcomisión creada para tal efecto por la Comisión Política –art. 100 del RIAL–, la cual también realizó las entrevistas que consideró pertinentes a los candidatos que cumplían los requisitos previamente establecidos.

Consecuentemente, la Asamblea Legislativa, por medio de la Comisión Política y de la Subcomisión creada para tal efecto, reunió la documentación que consideró pertinente para establecer que determinados candidatos cumplían con los requisitos constitucionales y legales para optar al cargo público de Presidente y Magistrados de la CCR, lo que, además, posibilitó que la lista de postulantes fuera depurada y que se pudiera tomar la decisión correspondiente.

4. A. Ahora bien, a pesar de que se advierte que la Asamblea Legislativa agregó toda la documentación sobre las credenciales de los postulantes, ello no implica necesariamente la justificación y exposición de las razones de la elección de 3 de los candidatos, como la segunda obligación del deber de documentarse lo exige cuando aparecen elementos negativos que podrían incidir en la acreditación de la honradez y competencia notorias.

En efecto, *la objetiva idoneidad de los candidatos no se acredita con la mera suma de “solvencias” y “atestados” en los registros de antecedentes de las respectivas instituciones; sino que la profesionalización del servicio público exige evidenciar la adecuación del perfil del candidato electo con las funciones y atribuciones propias del cargo a desempeñar.*

Asimismo, tampoco abona a la justificación de la elección que la autoridad demandada pretenda desacreditar a la demandante en este proceso; pues, no se puede ignorar que las elecciones de aquellos sobre quienes no se justifique su objetiva idoneidad, alcanza a restringir las iguales oportunidades de participación del resto de candidatos a un cargo, cuyo acceso debe basarse en el mérito y la capacidad –arts. 72 ord. 3° y 219 inc. 2° Cn.–.

Así, dado que la Comisión Política de la Asamblea Legislativa es la encargada de analizar las propuestas de los candidatos a funcionarios y, además, de emitir el dictamen correspondiente, con base en el cual se puede elegir a la persona propuesta, también debe dar fiel cumplimiento a lo establecido en los arts. 198 Cn y 52 del RIAL.

Sin embargo, se advierte, por un lado, que en el informe emitido por la “Subcomisión Para Estudiar las Propuestas de Candidatos a los Cargos de Presidente, Primer Magistrado y Segundo Magistrado de la [CCR]” el 14-VI-2011, *únicamente se realizó la descripción de las etapas del procedimiento* de elección efectuado y se presentó a la Comisión Política una lista reducida de quince candidatos para que se hiciera la propuesta correspondiente al Pleno legislativo; y, por el otro, que en el Dictamen n° 34, emitido por Comisión Política de la Asamblea Legislativa el 14-VI-2011, *solo se detalló el procedimiento realizado y se propuso, sin justificación, explicación o razón alguna, a los*

abogados Marcos Gregorio Sánchez Trejo y Javier Tránsito Bernal Granados y al licenciado en Administración de Empresas José Andrés Rovira Canales, como Presidente, Primer y Segundo Magistrados de la CCR –respectivamente–.

En ese sentido, se corrobora que la Asamblea Legislativa *no justificó ni expuso las razones por las que consideró que las personas propuestas –electas en votación nominal y pública por medio del D. L. 762/2011– eran idóneas para los cargos de Presidente y Magistrados de la CCR, a pesar de las denuncias contra todos y condenas sobre alguno de ellos con base en la información que brindaron otras instituciones, como la FGR y la misma CCR.*

En efecto, se advierte en los informes presentados oficialmente por diversas instituciones sobre los 76 candidatos a los cargos de la CCR, que las personas que finalmente resultaron electas tenían al momento de la elección diversas denuncias o procedimientos en su contra –algunos fenecidos y otros activos–, tal como se ha mencionado en el párrafo 2 de este considerando; y si bien, solo en algunos aparecen condenas o imposición de sanciones, *obligaban a la Asamblea Legislativa a exponer razones de mayor peso para justificar por qué, a pesar de ello, continuaban siendo las personas idóneas para desempeñarse en la entidad que por mandato constitucional fiscaliza la Hacienda Pública y la ejecución del Presupuesto.*

B. Ahora bien, dada la justificación legislativa plasmada en relación con el respeto a la presunción de inocencia de quienes resultaron electos a pesar de poseer diversas denuncias o procedimientos en su contra, es preciso aclarar que dicha garantía presenta diversas vertientes –Sentencia de 12-IV-2007, Inc. 28-2006–.

En ese sentido la presunción de inocencia ha sido calificada como una garantía básica del *debido proceso* –judicial y administrativo–, como regla de tratamiento del imputado durante el proceso y como regla relativa a la prueba. En estas tres dimensiones –vale aclarar– la presunción de inocencia opera ante el legislador y el aplicador del ordenamiento jurídico.

En efecto, esta Sala ha expresado que en ambos niveles operativos “ninguna persona –natural o jurídica– puede verse privada de algún derecho por aplicaciones automáticas y aisladas de ‘presunciones de culpabilidad’, sean legales o judiciales” –Sentencia de 10-II-1999, pronunciada en el proceso de Amp. 360-97–.

C. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el control de constitucionalidad realizado en esta oportunidad no toma como parámetro de validez de las elecciones respectivas las especiales características o circunstancias personales que concurren en las personas electas.

Existe una imposibilidad para esta Sala de examinar las cualidades personales de los Magistrados y Presidente de la CCR, a fin de determinar si cumplen o no con los requisitos

exigidos, ya que ello corresponde exclusivamente al criterio de selección adoptado por la Asamblea Legislativa.

No obstante lo expuesto –como se aclaró en la admisión del presente proceso–, la inconstitucionalidad alegada contra el D.L. 762/2011 ha sido delimitada como un *vicio en el procedimiento de elección*, por incumplimiento del art. 198 de la Constitución. Esto significa que el examen de constitucionalidad gira sobre el cumplimiento o incumplimiento de la Asamblea de aquellas actuaciones concretas que la Constitución le exige antes de elegir. Pues de lo contrario implicaría para esta Sala la emisión de juicios de valor sobre los funcionarios electos o los motivos de conveniencia u oportunidad que sirvieron de base a la Asamblea Legislativa para la determinación de una elección de segundo grado, lo cual escapa a la competencia de este Tribunal.

Nuevamente, al igual que en el caso del derecho de acceso a los cargos públicos hay que hacer notar a la autoridad demandada que llevar al extremo el ejercicio y la protección que la presunción de inocencia ampara, no puede significar el deterioro de la necesaria rendición de cuentas sobre el actuar legislativo e irrespetar los parámetros constitucionales que delimitan las competencias legislativas –requisitos de funcionarios, procedimiento legislativo deliberativo, público y transparente–; principalmente en aquellas que –en abstracto– demuestran la potencialidad de pérdida de independencia e imparcialidad del funcionario que decide elegir.

D. En efecto, la Asamblea Legislativa ha propuesto como “contrapeso” para flexibilizar las exigencias constitucionales que el art. 198 Cn. prescribe en su modo de proceder –art. 135 Cn.–, la presunción de inocencia.

Y es que, si se parte de dicho argumento, la Asamblea debió considerar –primero– que dicha garantía normativa cobra virtualidad frente a las instituciones que han seguido o están tramitando los respectivos procesos sancionatorios, mientras que en un proceso de selección no se puede hablar técnicamente de sanción para aquellos que no resultan electos. Y –en segundo lugar–, la protección de la presunción de inocencia concurre en *todos* los candidatos, es decir, si esta va a ser la verdadera razón de la elección hay que considerar que iguales oportunidades tienen todas las personas que, con base al mérito de sus capacidades profesionales y éticas, se postularon a dichos cargos, sin que la presunción de inocencia agregue algo en favor de quienes resultaron electos.

Es decir, la postura legislativa de que fueron elegidos porque se presumen inocentes, solo tiene sentido si la *no elección* significa una sanción y si el resto de candidatos no se presumen también inocentes. Y aunque se considerara a los procesos de elección en este sentido, dichas circunstancias –en todo caso– deben justificarse expresamente.

E. Para robustecer la anterior idea, debe tenerse en cuenta que, al distribuir las atribuciones y competencias entre los distintos órganos, la Constitución contiene tres tipos de normas: (a) las prohibiciones, es decir, aquellos aspectos que son constitucionalmente

imposibles o vedados, pues ajustan dentro de la esfera de lo indecidible; (b) las órdenes o mandatos, que postula los aspectos de la realidad que son constitucionalmente necesarios; y (c) las prescripciones habilitantes que encajan dentro de lo discrecional –es decir ámbitos constitucionalmente posibles–.

En principio, la elección de un funcionario, ante diversos candidatos, se encuentra dentro de este último tipo de normas y sobre las cuales se ha sostenido que existen diversos *márgenes de acción estructurales para la fijación de los medios o alternativas* –Sentencia de 7-X-2011, Inc. 20-2006–. Si el Legislativo debe perseguir un fin y tiene a su disposición varios medios que son igualmente idóneos, la elección del medio adecuado –en principio– se confía a su discrecionalidad.

Asimismo, debe recalcar que los requisitos constitucionales para la elección de determinado funcionario encajan dentro de estas disposiciones que requieren verificación empírica previa –Sentencia 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 –Sentencia de 9-VII-2010, Inc. 35-2009–.

F. Vista así, la razonabilidad del acto público –que pretende reducir la arbitrariedad en el ejercicio de potestades discrecionales– ha sido la herramienta que sirve a los tribunales constitucionales para enjuiciar: (i) violaciones a la igualdad, y ponderar con ello el carácter objetivo y fundamentado del criterio de diferenciación; (ii) la coherencia interna de una norma en la estructuración de sus elementos; o (iii) si los motivos o razones que se alegan para justificar la emisión de una disposición están o no de acuerdo con los valores constitucionales –Sentencia de 14-XII-2004, pronunciada en el proceso de Inc. 20-2003, así como Resolución de 11-VI-2003, pronunciada en el mismo proceso–.

En su última manifestación, la razonabilidad que se exige en el control abstracto de constitucionalidad comporta la exigencia de exponer los motivos que dieron lugar a la elección de una determinada acción, justificando las medidas adoptadas; es decir, que se trata de un juicio sobre el modo de proceder y no sobre el contenido de la decisión misma.

La referencia a la ponderación, como forma de determinar si se ha cumplido con el principio de razonabilidad, confirma que se trata de sopesar razones o argumentos y que éstos, a su vez, derivan en buena medida de la incorporación al debate parlamentario de datos de la realidad, circunstancias de hecho o *información empírica que la norma constitucional exige expresamente*.

Al reconocer la importancia de elementos fácticos o datos empíricos, pero dentro de los límites del control abstracto de constitucionalidad, esta Sala ha aclarado que esa información necesaria para enjuiciar la razonabilidad de una medida legislativa puede obtenerse de: a) la argumentación de la autoridad emisora sobre la constitucionalidad de dicha medida; b) los considerandos y el texto de la ley respectiva; c) así como los

documentos oficiales que contengan la propuesta técnica de las disposiciones enjuiciadas – Sentencia de 8-XI-2004, pronunciada en el proceso de Inc. 2-2002–.

Entonces, es mediante esas oportunidades que el órgano emisor de una disposición debe documentar en forma seria y suficiente los conocimientos empíricos, estudios técnicos o datos de la realidad –según la naturaleza del asunto que se trate y *las exigencias de la disposición constitucional que sirva de parámetro*– que permitan justificar, argumentar o demostrar la razonabilidad de una medida –Sentencia de 23-X-2007, pronunciada en el proceso de Inc. 35-2002–.

G. Por tanto, no se trata de un juicio sobre las denuncias, condenas, multas o procedimientos pendientes de los candidatos o que la inconstitucionalidad se verifique como consecuencia de ello; *lo que la Constitución requiere es evidenciar que la elección no ha obedecido a criterios de conveniencia política o simple reparto de cuotas partidarias, en perjuicio de la independencia de los titulares en el ejercicio del cargo.*

H. En razón de ello, este tribunal considera que, a pesar de que el Legislativo posee la *facultad limitada* para elegir a los funcionarios que tengan la cualificación técnica, profesional y personal necesarias para el ejercicio de un cargo público, *en el presente caso se omitió justificar y fundamentar las razones por las que, con base en la documentación e información recabada, las personas electas eran las idóneas para desempeñar dicha función pública, a pesar de que los registros documentados de cada uno de ellos reflejan la existencia de expedientes abiertos, en diversas instituciones públicas, incluso en la misma Corte de Cuentas de la República.*

Por tanto, es posible concluir que la Asamblea Legislativa, para la elección de los funcionarios de la CCR, no tuvo en cuenta toda la documentación recibida de las distintas instituciones en relación con los postulantes a dichos cargos y que, con base en la misma, pudiera elegir a las personas idóneas que poseían las credenciales técnicas, profesionales y personales para el ejercicio de la función que le corresponde.

En ese sentido, *debido a la ausencia de una fundamentación objetiva, capaz de sostener la concreta opción en favor de algunos de los candidatos, la Asamblea Legislativa no cumplió con la obligación de justificar que los funcionarios electos llenaban los requisitos de “honradez y competencia notorias”; que la información documentada sobre ellos no contradecía abiertamente el perfil del cargo; o que los señalamientos en su contra carecían de trascendencia para los cargos que debían ocupar; por lo que el procedimiento de elección realizado por la Asamblea Legislativa no satisface las exigencias establecidas en el art. 198 Cn. En consecuencia, el D. L. 762/2011 deberá declararse inconstitucional.*

VII. Corresponde ahora analizar los efectos que la presente sentencia debe producir.

1. A. En el presente caso, tal como quedó constatado, la Asamblea Legislativa incurrió en un vicio de forma al realizar la elección del Presidente y Magistrados de la CCR sin justificar y exponer las razones de dicha elección, a pesar de la información

documentada relativa a los procedimientos en su contra, en distintas instituciones, que se adjuntó al expediente legislativo sobre los candidatos que finalmente resultaron electos. Así las cosas, al existir un vicio formal en la mencionada elección, el efecto tradicional y directo de la presente sentencia debe ser su expulsión del ordenamiento jurídico salvadoreño y la invalidación de los efectos de la elección.

B. En ese orden, se debe determinar el momento en que producirá sus efectos el pronunciamiento de inconstitucionalidad contenido en esta sentencia.

Al respecto, es preciso aclarar que *este Tribunal puede modular los efectos de sus decisiones, porque ello constituye una función inherente a su actividad jurisdiccional*. En vista de que esta Sala se encuentra obligada a brindar una eficaz protección de los contenidos constitucionales por su papel de guardián de la constitucionalidad, puede usar los diversos mecanismos que desarrollan la doctrina y la jurisprudencia constitucional para reparar las infracciones cometidas contra la Constitución –Sentencia de 13-I-2010, Inc. 130-2007–.

A este respecto, debido a que en casos como el que en esta oportunidad se analiza, existe una tensión entre la supremacía constitucional –por un lado–, y la seguridad jurídica –por el otro–; se concluye que no es posible delimitar *a priori* un pronunciamiento unívoco de una sentencia de inconstitucionalidad, en cuanto a sus efectos en el tiempo.

C. A partir de lo anterior, la inconstitucionalidad que por esta sentencia se declara, producirá los siguientes efectos:

Los Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, elegidos por el Decreto que ahora se declara inconstitucional, continuarán fungiendo como tales hasta que el Órgano Legislativo haga una nueva elección acorde a la Constitución y a la presente sentencia, a más tardar el día veintidós de marzo del corriente año, garantizando así el normal funcionamiento de la Corte de Cuentas de la República. Si a la fecha señalada no se hubiere realizado la elección, los actuales Magistrados cesarán en sus cargos.

2. El adecuado y regular funcionamiento de las instituciones estatales, como el caso de la CCR, requiere de un equilibrio y proporción de los efectos que podría producir esta sentencia, con respecto a *las actuaciones emitidas y decisiones adoptadas por los funcionarios cuyo decreto de elección ha quedado invalidado*.

Por tanto, en la presente sentencia también se deben tomar en consideración la existencia de actuaciones pronunciadas por dichos funcionarios, las cuales han creado situaciones jurídicas y han producido efectos de diversa índole en relación con otros funcionarios o particulares.

De ahí que es necesario aclarar los efectos del pronunciamiento de la presente sentencia, con el objeto de no afectar esas situaciones jurídicas consolidadas y los efectos jurídicos ya producidos, tal como lo exige el principio de seguridad jurídica –art. 1 Cn.–

En consecuencia, la decisión adoptada por este Tribunal *no afectará en modo alguno los actos emitidos por los Magistrados de la CCR, durante el período en que desempeñaron sus cargos*. Tampoco se verán afectadas las actuaciones que los citados funcionarios emitan después de la fecha de la presente sentencia y hasta que se cumpla la misma; ello debido a la habilitación que esta Sala hace para que continúen fungiendo como tales hasta que el Órgano Legislativo elija, de acuerdo con lo prescrito por la Constitución y declarado en esta Sentencia. Todo ello a fin de garantizar el normal funcionamiento de la CCR y la continuidad en la prestación de los servicios encomendados a ella.

Por tanto,

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

Falla:

1. *Declárase inconstitucional*, de un modo general y obligatorio, el Decreto Legislativo n° 762, de 16-VI-2011, publicado el Diario Oficial n° 115, Tomo 391, de 21-VI-2011, por medio del cual la Asamblea Legislativa eligió como Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, respectivamente, a los licenciados Marcos Gregorio Sánchez Trejo, Javier Tránsito Bernal Granados y José Andrés Rovira Canales; *dado que el procedimiento de elección realizado por la Asamblea Legislativa no satisface las exigencias establecidas en el art. 198 Cn.*, al no justificar ni fundamentarse la decisión de su elección.

En consecuencia, *elíjase a más tardar el día veintidós de marzo del corriente año*, al Presidente y a los Magistrados de la Corte de Cuentas de la República para que completen el período para que el que habían sido electos.

Los actos emitidos por los Magistrados de la CCR durante el período en que desempeñaron sus cargos no serán afectados por esta sentencia; tampoco se verán afectadas las actuaciones y decisiones que los citados funcionarios emitan después de la fecha de la presente sentencia y hasta que se cumpla la misma, dentro del plazo señalado.

2. *Notifíquese* esta resolución a todos los intervinientes.

3. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director del Diario Oficial. La no publicación de esta sentencia hará incurrir a los responsables en las sanciones legales correspondientes.

-----F. MELÉNDEZ ----- J.B JAIME ---- E. S. BLANCO R. -----R. E. GONZÁLEZ B-----
-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO SUSCRIBEN-----
----- E SOCORRO C.-----SRIA. -----
-----RUBRICADAS-----

Vo...

TO DISIDENTE DEL MAGISTRADO PRESIDENTE JOSÉ SALOMÓN PADILLA

Disiento con el resto de miembros de esta Sala respecto a la argumentación que da el sentido estimatorio a la sentencia que antecede, por las siguientes razones:

I. 1. El artículo 198 de la Constitución de la República establece que “El Presidente y los Magistrados de la Corte de Cuentas deberán ser salvadoreños por nacimiento, mayores de treinta años, de honradez y competencia notorias; estar en el ejercicio de los derechos de ciudadano y haberlo estado en los tres años anteriores a su elección”. Asimismo, el art. 131, en su ordinal 19º, siempre de la Norma Primaria, establece que “Corresponde a la Asamblea Legislativa: Elegir por votación nominal y pública al (...) Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República”, entre otros funcionarios. Es decir, que es potestad de la Asamblea la elección tanto del titular como de los magistrados de la CCR.

2. De los preceptos constitucionales citados, interrelacionados en el caso en análisis, pueden deducirse lo que podría denominarse como los parámetros básicos mínimos a los que la elección de estos funcionarios debe sujetarse:

En primer lugar, constituye una elección de las denominadas por la Doctrina como “de segundo grado”, esto es, que es siempre el pueblo quien elige pero a través de sus representantes, quienes, cabe mencionar, surgen del pueblo mismo y para cuyos cargos no se exige, en principio, un grado académico determinado ni tampoco una pericia técnica determinada – aunque eso no implica que no puedan tenerla – sino notoria honradez e instrucción (art. 126 Cn.), similar a la “competencia y honradez” notorias que se exigen para los funcionarios de la Corte de Cuentas de la República (en adelante CCR). Traigo esto a colación porque, como se expondrá más adelante, los diputados, representantes del pueblo y surgidos del pueblo mismo, no tienen en principio una obligación técnica de “fundamentar” una elección de segundo grado *sino nada más de sujetarse a los parámetros que la Constitución brinda*, esto es, verificar el cumplimiento de los requisitos de competencia y honradez notoria para así tomar una decisión totalmente política entendida por esta no política-partidarista sino como política de Estado.

No es lo mismo, insisto, la obligación de cumplir lo que la Constitución dice, con la supuesta obligación de “razonar” – léase, fundamentar – que en la sentencia erróneamente se ha deducido que se encuentra en las normas constitucionales antes dichas, para el caso resuelto. Recuérdese que, como he mencionado, los diputados no se encuentran emitiendo una *norma* de carácter *general* sobre la cual deben, por supuesto, exponer sus razones sino que están realizando *una elección*, siendo, reconozco, su responsabilidad sujetarse a la Constitución y la ley, mas no están obligados a “razonar” en el cuerpo del decreto respectivo o en los dictámenes correspondientes su escogitación; pues en ese momento no

actúan como un órgano técnico y ni siquiera legislativo sino como uno de democracia representativa, es decir, *como el pueblo mismo sólo que eligiendo a través de ellos*.

3. Ahora bien, en cuanto a la verificación del cumplimiento de esos parámetros o requisitos constitucionales, se tiene que la Constitución establece los mecanismos y organismos pertinentes y adecuados para ello tanto a priori como a posteriori, verbigracia: para la elección de primer grado, como la del Presidente y Vicepresidente de la República, el Tribunal Supremo Electoral es el ente que verificará los requisitos (art. 151 Cn.) de la edad, el estado seglar, o el hecho de estar en el ejercicio de los derechos del ciudadano, que son conceptos determinados sin los cuales el TSE tendrá que declarar sin lugar la inscripción de un candidato a la presidencia o vicepresidencia que no los cumpliera. Por otro lado, en la elección de magistrados de la Corte Suprema de Justicia (art. 176 Cn.) sería el Consejo Nacional de la Judicatura quien deberá determinar que los candidatos a dichos cargos cumplen los requisitos objetivos o conceptos determinados de, por ejemplo, abogado de la República así como ser también del estado seglar. Y, a posteriori, existen instancias como el Tribunal de Ética Gubernamental, la Fiscalía General de la República – para, por ejemplo, verificar la falsedad de algún atestado – y ciertamente esta Sala en proceso de inconstitucionalidad *desde el punto de vista estrictamente de la norma primaria y fundamental del Estado Salvadoreño: la Constitución*.

En este punto debo hacer notar que los requisitos mencionados en el párrafo anterior se constituyen en criterios medibles, verificables, esto es, conceptos determinados y determinables sobre los cuales no puede existir divergencia interpretativa por constituir algo, recalco, totalmente objetivo. Pero cuando nos encontramos ante conceptos jurídicos *indeterminados*, como el caso de la competencia y honradez “notorias”, es evidente que fue precisamente el Constituyente –el pueblo– quien, representado en la Asamblea respectiva, decidió en 1983 añadir la conceptualización indeterminada de “notoria” a los antes dichos vocablos. Distintas concepciones sobre esta “notoriedad” existen para su determinación, pero buena parte de la doctrina admite que para una aproximación adecuada a tales elusivos conceptos se exige un amplio proceso de *análisis* de hechos respecto de la situación de cada uno de los candidatos o aspirantes, para así nombrar al más adecuado para el cargo.

4. Es diferente, pues, la exigencia de un análisis adecuado por parte de los representantes del pueblo constituidos en Asamblea Legislativa, y que tal análisis *se refleje y sea comprobable*, a que se pretenda que el constituyente exige exposiciones o razonamientos que, aunque deseables, *no son obligación emanada del texto constitucional*, sino únicamente, se reitera, de la responsabilidad de política estatal que la Asamblea Legislativa tiene de elegir los candidatos idóneos, actuando en ese momento como órgano de representación del pueblo.

5. Más aún, nótese como en la página 32 de la sentencia, concretamente en el considerando VI apartado 4. G dice que “no se trata de un juicio sobre las denuncias, condenas, multas o procedimientos pendientes de los candidatos o que la inconstitucionalidad se verifique como consecuencia de ello; lo que la *Constitución requiere es evidenciar que la elección no ha obedecido a criterios de conveniencia o simple reparto de cuotas partidarias, en perjuicio de la independencia de los titulares en el ejercicio del cargo*”.

Disiento especialmente con lo expresado en dicho párrafo, que advierto se constituye en uno de los fundamentales en la resolución respecto de la cual voto en contra, porque pareciere ser claro que en la referida sentencia se deduce que el Órgano Legislativo, al elegir, debe *demostrar suficientemente* que no obedeció a criterios de conveniencia o de reparto de cuotas partidarias, lo que constituye, bajo una lectura pragmática, una especie de presunción *iuris tantum* adversa a dicho órgano del Estado en el sentido que sus decisiones de nombramiento de funcionarios de segundo grado serán entendidas como fruto de oportunismo o conveniencia *a no ser que demuestre categóricamente lo contrario*. Disiento porque la Constitución no dice eso: ciertamente establece requisitos y procedimientos, detallados además en la norma infraconstitucional denominada Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa (en adelante RIAL) de cuyo cumplimiento objetivo debe ser garante este tribunal pero no porque advierta una falta de robustez moral para desvirtuar una inexistente presunción constitucional adversa al legislativo sino porque, de los expedientes respectivos, se advierta efectivamente que existe ausencia *total* o un *grave* incumplimiento de los requisitos y procedimientos que exige la norma primaria y su desarrollo secundario en el reglamento autónomo en mención.

6. A propósito de este último, se tiene que el artículo 99 inc. 1º del RIAL establece: “Estudio en la Comisión Política. Conocidas por la Asamblea las propuestas, a las que deberán agregarse los atestados en que se comprueben los requisitos constitucionales o legales, pasarán a estudio de la Comisión Política, ***para que antes de la elección pueda determinarse por cualquier medio***, si las personas propuestas para el cargo reúnen los requisitos referidos; para ello la Comisión ***podrá*** solicitar un informe de los antecedentes de los candidatos a los funcionarios que estime conveniente, quienes para contestar dispondrán de un plazo máximo de cinco días hábiles; luego, analizará las hojas de vida y comprobará todos los atestados y, si lo considera procedente, entrevistará a los candidatos que cumplen los requisitos establecidos y depurará la lista, a fin de viabilizar la búsqueda del consenso, con el propósito de que la Asamblea tome la decisión al respecto. Este proceso será público.” – negritas y subrayado del suscrito –. Y, el artículo 100 prescribe: “Subcomisión. Para desarrollar las actividades mencionadas en el artículo anterior, la Comisión Política

podrá acordar nombrar de su seno una subcomisión, estableciéndole el alcance del mandato. Esta subcomisión deberá presentar un informe sobre su actuación, a efecto de que la Comisión Política presente su dictamen a la Asamblea.” – negritas y subrayado del suscrito–.

7. Es en ese marco normativo que me permito hacer notar cómo han sopesado y valorado la mayoría de integrantes de esta Sala los requisitos en materia de conceptos jurídicos indeterminados tales como “competencia y honradez notorias”: indudablemente no lo hacen advirtiendo y fijándose en el largo y duro proceso de elección que se evidencia del expediente, sino de una supuesta ausencia argumental de parte de los diputados, la cual no es, como queda claro de los artículos transcritos anteriormente, ni siquiera una obligación sino una cuestión eminentemente potestativa, pues si bien hay obligación *general* de fundamentar, esta obligación está contenida en el art. 52 del RIAL (el cual prescribe que: “[l]as comisiones emitirán dictámenes por resolución de la mayoría de sus miembros, *razonando sus acuerdos y propuestas*”), pero ésta obligación constituye un mandato dirigido, para los dictámenes *legislativos, referido a crear, modificar o derogar una norma* en sí y no para las elecciones de segundo grado, las cuales se rigen, insisto, en el procedimiento especial diseñado en el mismo RIAL pero en un capítulo aparte, concretamente, en los artículos 98, 99, 100 y 101. Ello queda claro al advertirse que tales preceptos utilizan los vocablos potestativos “*podrá*” para los aludidos documentos, es decir, ni siquiera es obligatorio la existencia misma de tales informes y dictámenes.

En resumidas cuentas, e independientemente de quiénes resultaron electos ¿De dónde se colige? que no se ha “fundamentado objetivamente” – pagina 32 – la elección, cuando se han realizado una serie de diligencias de selección con múltiples candidatos, entrevistas, bajo el escrutinio incluso de los medios de comunicación, con atestados comprobables, informes y observaciones, debates en el seno de las comisiones respectivas ampliamente documentados, actas de la sesión plenaria de elección, y otra serie de documentos Evidentemente, por el único elemento de una aparente ausencia de argumentación en los respectivos dictámenes y en el decreto en sí, lo que denota que este tribunal se abstuvo de realizar un *adecuado y balanceado* juicio de proporcionalidad entre lo que sí ha realizado la Asamblea Legislativa y lo que omitió, valga aclarar nuevamente, sin que estuviera obligada.

Debo enfatizar que pareciera que acá se ha encontrado un defecto, que ciertamente podría el legislativo haberlo omitido, pero que desde mi criterio jurídico ese “defecto” ha sido magnificado en la sentencia de la cual disiento, concluyendo con una solución extrema y desproporcionada como lo es la invalidación del decreto de elección, cuando pudiera haber sido otro el sentido de la sentencia si se hubieran sopesado íntegramente todos los

elementos, ya que ello nos hubiera llevado a la conclusión de que la elección impugnada sí es constitucional, pese a las imperfecciones –no invalidantes– que se hayan podido cometer.

8. Mi deber como juzgador me obliga, en ese sentido, a insistir en que reconozco que efectivamente hay un vacío argumental lo que conlleva a una falta de perfección en los procedimientos legislativos que concluyeron con la elección de los funcionarios de la CCR, pero, tal cual se ha dicho en los procesos de amparo, cabe recordar que los procesos constitucionales no son juicios de perfectibilidad de *mera forma*; por el contrario, el principio de conservación de la norma nos indica que es obligación del intérprete constitucional buscar la conformidad de la norma secundaria –en este caso, un decreto de elección– con la Constitución de la República de todas las maneras válidas posibles, y sólo, y únicamente expulsar la norma del ordenamiento cuando sea absolutamente inviable jurídicamente lograr una interpretación conforme. **Pero la interpretación realizada por esta Sala en la sentencia que antecede va totalmente en contra del principio de conservación de la norma, del principio de interpretación conforme a la Constitución, y del principio democrático, por las razones que he expuesto.**

II. 1. En ese orden expositivo, me parece oportuno agregar que la propia jurisprudencia de esta Sala, en sentencias recientes y sobre temáticas sumamente parecidas a la que ahora nos atañe, ha reconocido la posibilidad de que existan mecanismos o medios alternativos que suplan una deficiencia formal, en un examen constitucional, sin embargo ahora – en la resolución que antecede – ignora sus propios precedentes al respecto, al inclinarse por una exigencia formalista de “argumentación” o exposición precisa de razones cuando estas han sido conocidas y pueden conocerse y además obtenidas no solo del expediente respectivo, sino a través de múltiples registros mediáticos, incluso oficiales como lo es el canal televisivo de la Asamblea Legislativa.

2. No hay que olvidar que la exigencia de motivación tiene el horizonte de brindar seguridad jurídica y que el conglomerado social conozca las razones por los cuales la Asamblea se inclinó por los candidatos que resultaron finalmente nombrados. Ante ello, llama la atención por qué, en la sentencia de inconstitucionalidad 19 – 2012 del 5 – VI – 2012 (que declaró la inconstitucionalidad de la elección de magistrados de esta Corte para el período 2012–2021) esta Sala dijo lo siguiente: “como un argumento complementario, en la admisión de la demanda este Tribunal consideró que el decreto legislativo cuestionado era un **hecho notorio** para la sociedad salvadoreña, pues **fue del conocimiento público**. La elección de los Magistrados de la CSJ –en efecto– se hizo notoria a partir de los días 24 – IV– 2012 y 25-IV-2012, por medio de diversos canales de televisión nacional –entre los

cuales se encuentra el canal de Televisión Legislativa– y de los medios de comunicación escritos, en sus ediciones digitales e impresas, así como a través de la información oficial colocada ese día en el sitio web <http://www.asamblea.gob.sv>. **Este criterio de tomar como prueba medios alternativos al D. O., como los mencionados anteriormente, también fue adoptado por esta Sala en la Sentencia de 13-V-2011, Inc. 7-2011” (Considerando I numero 2 párrafo D).**

3. El segmento jurisprudencial transcrito evidencia que esta Sala ha admitido elementos alternativos que subsanen una posible carencia, como lo es en aquel caso la publicidad mediática supliendo a la del Diario Oficial. Si en una exigencia realmente de *carácter* constitucional se ha aceptado otro medio que subsane un defecto, me parece incomprensible el por qué en esta oportunidad, se sobredimensiona una supuesta falencia argumental rechazando aceptar que la amplia documentación y el proceso de elección bajo el escrutinio público es suficiente para que el pueblo conozca las razones de la escogitación llevada a cabo.

4. Igualmente preocupantes puedo considerar que serán los efectos que, como precedente, va a generar esta sentencia, específicamente respecto a la seguridad jurídica, pues es sabido que, históricamente, el órgano legislativo ha cumplido con su obligación constitucional realizando, en los diversos procesos de elección de segundo grado, las diligencias diversas y procedimientos específicos a los que me refiero en el segundo párrafo del apartado 7 del romano I de este voto, documentándolas debidamente y emitiendo decretos sumamente concisos o breves. Cabe hacerse la pregunta de qué sucedería si a raíz de la sentencia que antecede se inicie una serie de procesos de inconstitucionalidad contra anteriores decretos de elección que, por supuesta falta de “motivación”, incumplan lo que en la sentencia se dilucida – equivocadamente – que es una obligación *constitucional, en decretos de elección*. Inclusive los respectivos decretos de elección, de los quince magistrados de esta Corte Suprema de Justicia, sin exclusión alguna, partiendo que en un Estado Constitucional de Derecho no pueden existir zonas exentas de control constitucional.

5. Por otra parte, debo hacer notar que, aunque en la sentencia se asegure que no se están haciendo juicios de valor ni vulnerando la presunción de inocencia de los funcionarios elegidos para la CCR, de hecho sí lo realizan no sólo por la insistencia en señalar ciertas cuestiones documentales referentes a los entonces candidatos – lo que **no** nos corresponde valorar –, sino también en la reiterada alusión en una supuesta veda de militancia política partidista que, por cierto, no se encuentra establecida como prohibición para ser funcionario de la CCR, ni en la Ley de la Corte de Cuentas de la República, ni en la Constitución de la República, y que además es un derecho ciudadano sobre el cual *no*

debería presumirse nada negativo, pues –a contrario sensu – el hecho que una persona no milite o no pertenezca a un instituto político determinado tampoco es, por sí, garantía de su independencia.

De aceptar semejante interpretación, significaría que los salvadoreños tendrían que pensar dos veces si aceptan ejercer su derecho político y ciudadano de afiliarse, o de militar en un instituto político, a sabiendas que esto les constituiría un impedimento para cargos públicos sobre los cuales nada dice la ley, es decir: este tribunal está yendo más allá de lo que el legislador, e incluso de lo que el constituyente estableció para estos cargos en concreto, al consignar este “impedimento”. Vale acá la pena considerar como se está estigmatizando a un ciudadano en un proceso de elección de segundo grado por militar en una formación política determinada, sin siquiera –verbigracia– permitirle la opción incluso de renunciar *a posteriori* a ésta para poder garantizar, *aún más*, su independencia. En este punto me permito referirme a una cita que se hace en la sentencia, pretendiendo reforzar tal argumento –Considerando VI 3. A página 17– específicamente lo que la Ley de Ética Gubernamental establece como incompatibilidad para el cargo de los miembros del pleno del Tribunal de Ética, pero he aquí que **la ley lo proscribe específicamente**, e incluso, nótese como habla de “desempeño de cargos en órganos de *dirección o representación* de partidos políticos” y no de la simple militancia, simpatía o membresía.

6. En ese orden, debo mencionar que también se ha citado, de un modo bastante general y vago –página 15 y 16,– la Convención Interamericana contra la Corrupción, sosteniendo a este respecto, que el Estado se ha comprometido a adoptar medidas destinadas a crear , mantener y fortalecer, normas de conducta para el correcto, honorable, probo, y adecuado cumplimiento, infiriéndose en la sentencia que ello sustenta el impedimento a las personas con una *afiliación partidista*, que puedan optar y ser nombrados como magistrados de la CCR.

Al respecto, y en contraste si de Instrumentos Internacionales se trata (que, incluso, priman sobre la ley interna secundaria, según el art. 144 Cn.) me permito ser más específico pero respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el cual establece, en el artículo 25, que “Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: a) *Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos*; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) *Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país*”.

Asimismo, el Artículo 22. 1. del PIDCP prescribe que “Toda persona *tiene derecho a asociarse libremente con otras*, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.” Ello está íntimamente relacionado con el Artículo 5. 1 del mismo instrumento, que señala que “**1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él**”.

7. Y, teniendo en cuenta que, en perfecta consonancia con lo dispuesto en el PIDCP, nuestra Constitución de la República establece en su artículo 72 ordinales 2º y 3º tanto el derecho a pertenecer o fundar partidos políticos como a optar a cargos públicos, y siendo que los referidos partidos constituyen un instrumento vital para el funcionamiento de nuestra democracia representativa, *las presunciones en contra* y *las prohibiciones* que en la resolución se “deducen” respecto de quienes tengan afiliación partidista para optar a ciertos cargos públicos, como el de magistrado de CCR, me parecen *especialmente graves*, por trastocar, incluso de modo innecesario para el propósito de esta sentencia, la esencia misma de nuestro sistema constitucional al estarse estigmatizando el ejercicio de un derecho político *al contraponerlo frontalmente con el del derecho a optar a cargos públicos*, siendo ambos derechos no contradictorios sino, complementarios, y además del más profundo raigambre histórico en los sistemas de democracia occidental.

8. En este punto debo agregar que, al inferir, de modo tan peyorativo, una vinculación entre ser miembro o afiliado a un partido político y la supuesta afectación a la imparcialidad en el desempeño de cargos públicos, se está contradiciendo flagrantemente, y sin explicación, la propia jurisprudencia de esta Sala:

En la sentencia de inconstitucionalidad con número de referencia 61–2009 pronunciada el 29–VII–2010 –en el caso conocido como “candidaturas independientes” – en la cual, en la página 14 Considerando III. 2. B. se expresa, y cito literalmente: “El Estado no debe interferir en el libre juego de las fuerzas sociales, ni puede permitir que éstas mediaten las decisiones de los individuos, ya que la voluntad política de éstos es legítima, sólo cuando actúan como ciudadanos. Algo parecido a lo anterior sucede con los representantes, quienes –según dicho enfoque tradicional de la representación– se dice que no están sometidos a mandato imperativo alguno (primera frase del art. 125 Cn.), sino que resuelven según su criterio, solos y en completa libertad. En otras palabras, ninguna instrucción de los ciudadanos que lo eligieron vincula al representante. Ello porque no se designa a un especialista para darle indicaciones de cómo debe actuar. Además, aunque sólo una parte del pueblo lleve al representante al poder, éste es representante de todos y

debe actuar como tal. De lo contrario, la voluntad que se expresa con la representación no sería la voluntad de todo el pueblo”.

Sigue la cita: “El representante *tampoco está vinculado jurídicamente a las decisiones del partido político que lo postuló*. Esto explica que *los partidos no puedan despojar a un representante de su mandato*, sino sólo excluirlo de la lista de candidatos en futuras elecciones. De esa manera, *se pone un límite formal a la tendencia en la práctica de que los representantes obedezcan las decisiones del partido al que pertenecen, garantizándose así de manera formal que decidan libremente y que actúen en forma directa en interés de los electores*”.

Asimismo, en la sentencia de Inconstitucionalidad 7-2011 de fecha 13 – V– 2011 se dijo: “Acercas de las elecciones de segundo grado, este Tribunal se ha expresado en el sentido de que los funcionarios que asumen estos cargos (a los que se accede en virtud de haber sido electos por la Asamblea Legislativa), los desempeñan investidos de poder de mando y de decisión y, dentro de las atribuciones y competencias que les da la Constitución y las leyes, les corresponde cumplir con las funciones públicas específicas para las que han sido elegidos, con prevalencia del interés público o general sobre el interés particular.

Para este tipo de funcionarios, el deber de obediencia responde únicamente al principio de legalidad acorde al de constitucionalidad, 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 (sentencia de 26-VI-2000 pronunciada en el proceso de Inc. 16-99).

Como se puede observar, los funcionarios de elección de segundo grado son también delegados del pueblo, y no es posible interpretar que cuando el pueblo se expresa a través de sus representantes, cambia la naturaleza de la elección. Se trata del ejercicio de una función de la Asamblea Legislativa, que da legitimidad a la elección por medio de su carácter plural y representativo.

3. Estas afirmaciones, nos conducen a especificar el sentido constitucionalmente legítimo de la representación y la prohibición de mandato imperativo (art. 125 Cn.)”

Citado lo anterior, me parece inconcebible que, si se predica de los representantes directamente electos por el pueblo la imposibilidad de que estén sujetos a mandato imperativo, reconociéndose en el aludido precedente que el partido político es sólo el medio para acceder al poder, ¿Por qué, en la sentencia de la cual ahora discrepo, se estigmatiza a los funcionarios que el pueblo elige, de modo indirecto, a través de sus representantes (los Diputados), en caso que los candidatos o elegidos tengan algún tipo de filiación partidaria, asegurando que por ello carecerán de independencia?. Este cambio debió, al menos, explicarse, de lo contrario se convierte en arbitrariedad.

9. Por otra parte, insisto en que se hace un juicio de valor **encubierto** en la sentencia de la cual disiento, lo cual queda, aún más, al desnudo sobre todo en la páginas 32 Considerando VI, apartado H. primer párrafo, donde se expresa que “en el presente caso se omitió explicitar y fundamentar las razones por las que, con base en la documentación recabada, las personas electas eran las idóneas para desempeñar dicha función pública, a pesar de que los registros documentados de cada uno de ellos reflejan la existencia de expedientes abiertos, en diversas instituciones públicas, incluso en la misma Corte de Cuentas de la República”. Nótese cómo no se menciona, en este párrafo, que muchos otros “expedientes” de quienes fueron elegidos ya constituyen absoluciones o casos cerrados.

Aclaro que no considero, por sí sólo, suficiente tal punto justificativo de la elección que hizo la Asamblea, dada su enorme trascendencia para la institucionalidad del país, pero no estoy de acuerdo en la forma en que es descalificado en la sentencia, sobre todo por el precedente riesgoso que sienta al interpretar, en modo sumamente restrictivo, el *estado* de inocencia de una persona humana, tal como lo he explicado en este párrafo.

III. 1. Finalmente, debo hacer notar que, así como no es posible que la Asamblea Legislativa, en sus decisiones, sea considerada un supra poder que subordina a los demás estando por encima de ellos – en lo cual estoy absolutamente de acuerdo – tampoco es admisible que este tribunal lo sea, esto es, estoy seguro que el resto de magistrados de esta Sala aceptan que no se puede predicar de este tribunal lo que no es predicable, tampoco, del Órgano Legislativo nacional, ni de ningún otro.

2. Concluyo haciendo un llamado a la reflexión que, como máximo organismo encargado de la justicia constitucional, tenemos una enorme responsabilidad para con la sociedad salvadoreña, esto es, de procurar la armonía entre los distintos órganos del Estado mediante una interpretación constitucional que, sin descuidar en modo alguno el *verdadero* sentido de la Constitución de la República, tenga en cuenta también la realidad nacional y la búsqueda de un **equilibrio** entre todos los poderes y no únicamente la persecución de una idílica perfectibilidad normativa hiper formalista que ignore los elementos de la Constitución presentes en nuestra realidad, o lo que algunos denominan Constitución material, haciendo a un lado una serie de elementos sumamente importantes minusvalorándolos frente a un defecto meramente formal, ciertamente, deplorable como lo es –en este caso– la falta de una exposición argumental precisa, mas no por ello, reitero, invalidante de una decisión del soberano que *eligió*, en ejercicio de sus facultades constitucionales y a través de sus representantes, a tres funcionarios para el ente contralor del Estado.

Finalmente, dejo constancia en este voto de lo irregular e improcedente que resulta el hecho que la Sala de lo Constitucional haya hecho pública la sentencia en redes sociales,

sin que a dicha sentencia se encontrara adjunta y formando parte de ella mí voto disidente. Considero que es un hecho lamentable que en nada abona a la seriedad con que debe administrarse justicia constitucional en El Salvador, pues si bien es cierto existe un pronunciamiento final de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta, la Sala de lo Constitucional está integrada por cinco magistrados, teniendo el suscrito el derecho a disentir del resto de magistrados que integran dicha Sala, externando los motivos en que se fundamenta tal discrepancia.

----- J. S. PADILLA -----
-----PRONUNCIADO POR EL SEÑOR MAGISTRADO QUE LO SUSCRIBE-----
----- E SOCORRO C.-----SRIA. -----
-----RUBRICADAS-----