

8-2014

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las once horas y cincuenta minutos del diez de febrero de dos mil catorce.

Se tiene por recibido, con fecha 6-II-2014, el informe del Presidente de la República, mediante el cual pretende justificar la constitucionalidad de la disposición impugnada en este proceso.

I. Antes de ordenar la continuación del trámite del presente proceso, esta Sala considera necesario aclarar el alcance de la medida cautelar aplicada en la resolución de 24-I-2014. Para ello se fundamentará la procedencia de dicha aclaración y, luego, se expondrá su contenido.

I. A. La competencia constitucional y legal para disponer por iniciativa propia una aclaración en ese sentido deriva del carácter público de los procesos constitucionales y su finalidad de defensa objetiva de la Constitución, así como de las características propias de las medidas cautelares en tales procesos. Sobre el primer aspecto, este tribunal ha considerado que: “el Derecho Procesal Constitucional, lejos de ser entendido en un sentido meramente privatista, es una normatividad derivada y al servicio del Derecho Constitucional material, lo que implica que su estructura debe responder como una verdadera garantía que atienda tanto a las demandas formuladas por los particulares (tutela subjetiva de derechos fundamentales) como a las exigencias generales del Estado Constitucional de Derecho (defensa objetiva de la Constitución).” (Sentencia de 4-III-2011, Amparo 934-2007).

En concordancia con ese criterio, esta Sala ha delineado una comprensión de sus facultades cautelares que favorezca la mayor eficacia posible de dicho cometido, pues “la tarea fundamental de este Tribunal es procurar regularidad constitucional, para lo cual tutela el interés público y el interés de los particulares, intentando en todo momento y a través de todos sus actos un equilibrio a efecto de conseguir el mayor grado de protección a los derechos fundamentales y a la estructura del Estado y sus instituciones”. (Resolución de 15-VII-2013, Inc. 63-2013). Precisamente por ello, en la decisión sobre la medida cautelar del presente proceso se aclaró que se trata de una atribución “inherente a la potestad jurisdiccional que se ejerce en los procesos constitucionales”, de modo que “no es imprescindible que un sujeto procesal inste a esta Sala para decretar” dichas medidas.

Este margen de apreciación del tribunal constitucional para el ejercicio de su potestad cautelar es coincidente con los rasgos esenciales de ese tipo de medidas. Dentro de esas características se encuentra su alterabilidad, es decir, la posibilidad de cambiarlas o hasta revocarlas, cuando se modifique en grado relevante el estado de los datos reales con base en los cuales la medida se adoptó. En relación con esa cualidad, las medidas cautelares no

surten efectos de cosa juzgada, pues su instrumentalidad, variabilidad y provisionalidad, excluyen la situación de firmeza y permanencia propia de una decisión definitiva. (Resolución de 16-IX-2003, Inc. 4-2003). Estas condiciones están reconocidas expresamente en el art. 25 L.Pr.Cn., aplicable, cambiando lo que se deba, al proceso de inconstitucionalidad. De todo lo anterior se deriva que *si esta Sala puede decretar y revisar de oficio las medidas cautelares aplicadas, con mayor razón puede aclarar, precisar o detallar su alcance por iniciativa propia, cuando ello sea necesario para potenciar su eficacia o prevenir su incumplimiento.*

B. La necesidad de esta aclaración se fundamenta en que, primero, persiste el supuesto de hecho valorado inicialmente como indicador del peligro de la demora para adoptar la medida; y, además, dicho supuesto ha sido cualificado por las implicaciones institucionales de la medida, que podrían verse afectadas por alguna precisión insuficiente en el contenido de lo resuelto. Sobre lo primero, en la resolución de 24-I-2014, como elemento fáctico base del peligro de la demora se advirtió el riesgo de que “los funcionarios pued[a]n llevar a cabo ‘actividades de política partidaria’ en la campaña electoral de las elecciones presidenciales que se aproximan, y que se realizarán el próximo 2-II-2014”. Este supuesto de hecho persiste actualmente, pues constituye un hecho público y notorio que dicha campaña deberá continuar por un período adicional, hasta el límite previo a la realización de la segunda vuelta o segunda elección presidencial, el 9-III-2014.

Respecto al otro punto indicado, hay que tomar en cuenta que, por un lado, esta Sala incide en la atribución de contenido a las disposiciones constitucionales (Sentencia de 14-X-2013, Inc. 77-2013) y que, por otro, corresponde al Tribunal Supremo Electoral: “Velar por el fiel cumplimiento de la Constitución y leyes que garanticen el derecho de organización y participación política de los ciudadanos y ciudadanas y partidos políticos” (art. 63 letra a) del Código Electoral). Además, similar importancia tiene la función que corresponde al Fiscal General de la República en materia electoral, según lo dispuesto en el art. 193 ords. 1º, 2º y 11º Cn. y los arts. 254 y 256 del Código Electoral. Como consecuencia de lo anterior, *la medida cautelar ordenada por esta Sala está integrada dentro del marco regulatorio que dichos órganos constitucionales deben garantizar de manera firme y oportuna, independientemente de la condición personal o funcional del infractor.* Para contribuir al ejercicio efectivo de esas competencias institucionales, este tribunal debe asegurar que la resolución emitida contenga una determinación suficiente de los supuestos comprendidos por ella y ordenará al Tribunal Supremo Electoral que disponga lo necesario para garantizar su cumplimiento efectivo e inmediato.

2. En la resolución de 24-I-2014, como medida cautelar de este proceso se dispuso: “la suspensión provisional de los efectos del art. 1 inc. 2º del D. E. 181/2013, medida que habrá de entenderse en el sentido de que ningún funcionario público, sin excepción alguna, podrá ampararse en tal disposición para participar en actividades relacionadas con la

política partidista, prevaleciendo del cargo público, especialmente en lo que se refiere a actividades de campaña proselitista. En particular, con base en esta decisión, todo funcionario debe abstenerse de realizar actividades político partidarias que tiendan a favorecer o perjudicar a cualquiera de los candidatos o partidos que participarán en las elecciones presidenciales del presente año.” Al tomar en cuenta las implicaciones institucionales referidas en el párrafo anterior se observa que, en su formulación, esta medida cautelar retoma esencialmente las expresiones que en el art. 218 Cn. presentan una considerable amplitud e indeterminación, como “actividades político partidarias” y “prevalerse del cargo público”.

Por supuesto, el objeto de este proceso de inconstitucionalidad incluye la concreción interpretativa, en una eventual sentencia de fondo, de dichas expresiones. Asimismo, dicha labor de interpretación comprende el ámbito personal de aplicación de la prohibición contenida en el precepto constitucional citado, es decir, el alcance subjetivo de la fórmula “Los funcionarios y empleados públicos”, del art. 218 Cn. Para ello se considerarán los términos de la pretensión planteada, la respuesta de la autoridad emisora del artículo cuestionado y la opinión del Fiscal General de la República, que hayan sido presentadas ante este tribunal. Sin embargo, a partir de los términos de la pretensión planteada y de su apariencia de buen derecho reconocida por esta Sala, es necesario recordar que *aunque los demandantes hicieron referencia al Órgano Ejecutivo, fundamentaron su petición en el carácter público, imparcial, objetivo y orientado al bien común de las funciones asignadas a los servidores estatales. Por tal motivo, la medida cautelar adoptada en este proceso no solo comprende a los funcionarios del Ejecutivo, sino también a los de las instituciones autónomas, municipios, Órgano Legislativo y Judicial.*

La exigencia de que las funciones públicas cumplan con dichas cualidades esenciales está dirigida a impedir que la condición de respeto inherente a un servidor del Estado se convierta en medio de influencia a favor de intereses particulares o ajenos al bien común. A su vez, la estricta observancia de esa prohibición sirve al cumplimiento de una finalidad más amplia y fundamental: *solo si los servidores estatales son y parecen imparciales (lo que incluye la neutralidad política partidaria) se favorece la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y dicha confianza es el fundamento de la democracia.* La aceptación ciudadana del ejercicio del poder político y la consiguiente renovación periódica de su legitimidad por el cuerpo electoral descansa en la expectativa de que los funcionarios se abstendrán de un uso partidario del poder del Estado. Por ello, las conductas de funcionarios y empleados públicos que quebrantan el deber de imparcialidad, objetividad o neutralidad política deterioran el estatuto que la Constitución y las leyes determinan para el servicio público del Estado.

En congruencia con el contenido de la pretensión de los demandantes, esta Sala determinó que la medida cautelar solicitada comparte dicha fundamentación; es decir, que

esas cualidades esenciales son predicables de cualquier servidor estatal, funcionarios y empleados, cualquiera que sea el ámbito específico de dichas funciones. Esto es así porque el cumplimiento de la finalidad de esas exigencias se garantiza de mejor manera o en mayor grado si se evitan exclusiones que no están reconocidas en el parámetro de control. Por esa misma razón –por la finalidad que fundamenta el deber de actuar con imparcialidad y neutralidad política partidaria– dicho deber subsiste mientras se conserve la calidad de funcionario o empleado público y no puede ser evadido por medio de suspensiones o interrupciones deliberadas de la función pública (como ocurre con los permisos o licencias del ejercicio del cargo) que tienen como propósito o como resultado, la ruptura de la imagen de imparcialidad que todo servidor estatal deber conservar, en todo momento, mientras siga siendo tal. La prohibición es inherente al cargo público, no al ejercicio de sus funciones.

Ante similares actuaciones esta Sala ha determinado que la infracción o vulneración de una norma constitucional puede ser directa o indirecta. En el primer caso, se realiza una conducta –activa u omisiva– que contradice el contenido imperativo de la disposición; y en el segundo caso, se realizan conductas artificiosas o simuladas, que formalmente o en apariencia indican su cumplimiento, pero que en definitiva se apartan del mandato. Esta segunda forma de irrespeto del contenido de una norma constitucional corresponde al llamado *fraude a la Constitución*. En estos casos, la defensa del ordenamiento jurídico, mediante la garantía del respeto, el cumplimiento o la eficacia de todas sus disposiciones, junto a una idea de coherencia del sistema normativo, es la que obliga a rechazar o invalidar el resultado fraudulento o contrario al derecho en su conjunto. (Resolución de 21-III-2013, Inc. 49-2011). *Este criterio comprende los supuestos indicados en el párrafo anterior –tales como el permiso o licencia del servidor estatal para ausentarse de sus funciones y aprovecharse de ello para hacer campaña o política partidaria, prevaleándose del cargo, ya que no ha dejado de ser funcionario del Estado– y así debe ser entendido y aplicado por las autoridades competentes.*

3. Por otra parte, con base en esa misma perspectiva de conjunto o de coherencia normativa antes referida, tomando en consideración lo dispuesto en los arts. 72 ord. 3º y 81 Cn., se reconoce que *la prohibición de prevalerse de la condición de funcionario o empleado público para hacer política partidista no se aplica a los propios candidatos o aspirantes a un cargo de elección popular, en el contexto específico de la campaña electoral respectiva*, pues únicamente respecto de ellos, las disposiciones constitucionales antes citadas contienen un permiso o autorización específica que descarta o excluye el supuesto de infracción al art. 218 Cn. La razonabilidad de esta interpretación del art. 218 Cn. será determinada con detenimiento, en su caso, en la sentencia respectiva, pero los términos de la pretensión y su aceptabilidad inicial por parte de esta Sala justifican el

alcance subjetivo que, con carácter preliminar y provisional, se ha otorgado a la medida cautelar ordenada.

II. Por tanto, *en forma preliminar y provisional, en ejercicio de su competencia y para garantizar la eficacia o prevenir el incumplimiento de la medida cautelar aplicada, esta Sala aclara que dicha medida consiste en una prohibición u orden de abstención, por cualquier funcionario o empleado público, sin excepción alguna, de conductas que impliquen aprovecharse del cargo para realizar política partidista, de manera directa o indirecta, comprendiéndose dentro de tal concepto, actuaciones como las siguientes:* (i) vincular, directa o indirectamente, las acciones y los resultados de sus funciones, con los principios, la doctrina o la oferta electoral de un partido político o de un candidato determinado; (ii) aprovechar la relevancia social y el tratamiento informativo de sus funciones públicas para expresar sus preferencias electorales o para producir, de manera objetiva, una ventaja o beneficio a alguna de las ofertas políticas en competencia durante un proceso electoral; (iii) utilizar la autoridad, influencia o condición institucional de su cargo para favorecer a un partido político o a un candidato a un cargo político en contienda; (iv) asistir, acompañar o participar, de cualquier modo, en actividades político-partidarias que constituyan objetivamente una forma de apoyo, vínculo o reconocimiento hacia un partido político, sus integrantes o sus propuestas electorales; (v) solicitar o requerir, directa o indirectamente, al personal a su cargo o a compañeros de trabajo, cualquier tipo de apoyo, reconocimiento o adhesión para un partido político o un candidato determinado; y (vi) aprovecharse de un permiso o licencia para hacer campaña o política partidista, en fraude a la Constitución.

Con fundamento en lo anterior, esta Sala **RESUELVE**:

1. *Aclárase*, en los términos planteados en esta resolución, el alcance subjetivo y objetivo de la medida cautelar ordenada por esta Sala en la resolución pronunciada con fecha 24-I-2014.
2. *Ordénase* al Tribunal Supremo Electoral que disponga lo necesario para garantizar el cumplimiento efectivo e inmediato de esta resolución.
3. *Confiérese* traslado al Fiscal General de la República para que, dentro del plazo de cuatro días hábiles, rinda su opinión sobre la constitucionalidad de la disposición impugnada, de acuerdo con los motivos de inconstitucionalidad expuestos en la demanda y admitidos por esta Sala en la resolución inicial de este proceso.
4. *Notifíquese* a los sujetos procesales y al Tribunal Supremo Electoral.