

8-2014

## Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las doce horas con cuarenta y un minutos del día veinticuatro de enero de dos mil catorce.

Analizada la demanda presentada por los ciudadanos Kriscia Milvian Fernández Quintanilla, Carlos Alfredo Valencia García, Miguel Ernesto López Herrera y Víctor Hugo Vindel Henríquez, mediante la cual solicitan que se declare la inconstitucionalidad del *art. 1 inc. 2º de las Disposiciones Para Regular la Eficaz Gestión de la Administración Pública en el Marco del Proselitismo Electoral y de las Actividades que el Mismo Conlleva* (o “DIPREGAPMPE”), aprobadas por Decreto Ejecutivo nº 181, de 20-IX-2013, publicado en el Diario Oficial nº 175, tomo nº 400, de 23-IX-2013, porque estiman que vulnera el art. 218 de la Constitución (“Cn.”, en lo sucesivo); se hacen las siguientes consideraciones:

*Disposiciones Para Regular la Eficaz Gestión de la Administración Pública en el Marco del Proselitismo Electoral y de las Actividades que el Mismo Conlleva.*

**Art. 1 inc. 2º:** “Sin perjuicio de lo antes dispuesto, los funcionarios públicos podrán participar en actividades relacionadas con la política partidista de cualquier partido político o coalición, siempre que el desarrollo de éstas no interfiera con la eficiencia de la función pública que desempeñan y se participe fuera del horario de desempeño de labores; asimismo, el que no se utilicen recursos públicos asignados para llevar a cabo su labor dentro de la administración pública para participar en tales actividades y no se recurra a la práctica de ninguna forma de presión para intimar a personas jerárquicamente bajo el mando del funcionario a participar en dichas actividades”.

I. 1. En síntesis, los actores sostienen que el art. 1 inc. 2º DIPREGAPMPE contraviene lo prescrito en el art. 218 Cn. Ello lo fundamentan en que la expresión “prevalecerse de sus cargos” contenida en la citada disposición constitucional no alude únicamente al hecho de que los funcionarios utilicen recursos estatales (como vehículos, seguridad, etcétera) para hacer política partidista. Además, sostienen que tales enunciados se refieren a que los funcionarios no deben participar en “propaganda” electoral, presentándose como tal.

Los demandantes se refieren a los servicios públicos que prestan los funcionarios y a su carácter apolítico y entienden que los funcionarios deben realizar actividades para la consecución del bien común, a través de una adecuada creación y prestación ininterrumpida de los servicios públicos. Por ello, si los funcionarios son quienes deben ejecutar o desarrollar esas actividades, no es admisible que por decreto *se les permita participar en proselitismo político*. Consideran que los funcionarios están obligados a servirle al soberano, no a las fracciones políticas. En consecuencia, en el ejercicio de sus funciones, han de obrar con criterios objetivos e impersonales, no con criterios partidistas o

particulares. En este punto, señalan que las instituciones deben ser independizadas de la política partidista.

Los funcionarios –continúan– no pueden realizar sus actividades en nombre o a favor de grupos de poder o de sectores determinados, sino a favor de todos y cada uno de los miembros que conforman la sociedad salvadoreña. Si esto es así, *no puede autorizarse a los funcionarios para que participen en actividades relacionadas con la política partidista* de cualquier partido político o coalición, tal como lo hace la disposición impugnada.

Aclaran que por propaganda política se entiende “... la actividad que promueve la plataforma y el plan de gobierno de un partido político, por los medios de mayor influencia en la sociedad, tales como los de comunicación masiva: impresos, electrónicos y demás factores que inciden. Se trata de una actividad lícita que influye decisivamente en la selección de los gobernantes”.

Finalmente, plantean que para resolver el presente caso, deben tomarse en consideración los aspectos que encierra un servicio público, los requisitos con los que debe cumplir un funcionario público y las funciones que le competen al Órgano Ejecutivo. Atender a los intereses generales de la sociedad no equivale a beneficiar a determinados sectores. Por ello, la prestación de los servicios debe ser pública e independiente; de modo que si la vinculación con un partido político disminuye, el funcionario podrá tomar sus decisiones con mayor libertad. A su vez, aducen que si los funcionarios que integran el Órgano Ejecutivo tienen una cercanía directa con el pueblo, ellos deben desligarse de los partidos políticos (y por ello no deben hacer propaganda a favor de estos) para poder tomar decisiones que beneficien al pueblo en su totalidad.

2. Por otra parte, los demandantes solicitan que se decrete la suspensión de los efectos de la disposición impugnada. Sobre este punto, afirman que existe una aparente distorsión de la campaña electoral (pues varios funcionarios del gobierno están participando en ella) y, además, *a las reglas de la democracia y del voto*, como consecuencia de la violación del art. 218 Cn.

II. Esta Sala considera que el planteamiento de la pretensión de inconstitucionalidad reúne los requisitos de admisión para habilitar el inicio de este proceso, cuyo objeto de discusión se circunscribirá al análisis de la supuesta contradicción entre el *art. 1 inc. 2º del D. E. 181/2013* y el art. 218 Cn., al permitir que los funcionarios públicos participen en actividades relacionadas con la política partidista de cualquier partido político o coalición.

En ese sentido, de acuerdo con la pretensión expuesta por los peticionarios, se determinará si la permisión establecida a favor de los funcionarios públicos para que puedan participar en actividades relacionadas con la política partidista de cualquier partido

político o coalición es una regla que contraviene la prohibición constitucional consistente en que “los funcionarios públicos no están al servicio de una fracción política determinada” y que “no pueden prevalecerse de sus cargos para hacer política partidista”.

III. 1. Los demandantes también plantearon una petición para que esta Sala ordene la suspensión de los efectos de la disposición cuestionada. Sobre este punto, es pertinente recordar que en los procesos constitucionales pueden decretarse medidas cautelares. Para ello, como en todo proceso, es condición necesaria que se cumplan los presupuestos consistentes en el *fumus boni iuris*, es decir, que sea probable la existencia de una vulneración a la Constitución; y el *periculum in mora*, esto es, que se considere como probable la producción de un daño por la no adopción de la medida durante la tramitación del proceso o procedimiento, o que ello entrañe la frustración u obstaculización al cumplimiento de la sentencia.

El proceso de inconstitucionalidad no es ajeno a estas exigencias. En el auto de 26-III-2012, Inc. 4-2012, se sostuvo que “... en un determinado proceso solamente procede emitir la respectiva cautela 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 norma 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– resulte frustrada en la realidad*”. Si se cumplen estos presupuestos, es procedente ordenar una medida precautoria.

En los procesos constitucionales, las medidas cautelares pueden decretarse a petición de parte o de oficio. Cuando es el interesado quien solicita su imposición, debe justificar los presupuestos aludidos para que la medida sea ordenada; en principio, el actor es quien tiene la carga procesal de argumentar la necesidad de la medida. Pero también este tribunal puede determinar si la adopción de la cautela es indispensable para asegurar la eficacia de la eventual sentencia estimatoria. Así, en las resoluciones de admisión de los procesos de Inc. 77-2013 y 97-2013 acumulados, se reconoció la posibilidad de adoptar medidas cautelares “en cualquier momento durante el transcurso de este proceso, antes de la sentencia de fondo, para garantizar la eficacia de la eventual sentencia sobre la respectiva pretensión planteada”.

Sobre este punto, la jurisprudencia de este tribunal ha reconocido que, con base en los arts. 2 y 172 Cn. (que establecen el derecho a la protección jurisdiccional y alcance de la función jurisdiccional), la finalidad de las decisiones precautorias “es la de prevenir y asegurar el resultado del proceso mediante la eficacia de la decisión judicial, para que dicho resultado no quede burlado ante situaciones ajenas a la actividad del juzgador”

(sentencia de 12-XI-2010, Inc. 40-2009). En vista de que la potestad jurisdiccional implica el poder de “hacer ejecutar lo juzgado” en materia constitucional, y de que el objeto sobre el cual se conoce es una materia perteneciente al Derecho Público, no es imprescindible que un sujeto procesal inste a esta Sala para decretar medidas cautelares. *Estas medidas pueden ser decretadas de oficio, pues dicha atribución es inherente a la potestad jurisdiccional que se ejerce en los procesos constitucionales, ya sea que ellos puedan o no disponer de la pretensión.*

2. En el presente caso, los actores solo se refirieron a la existencia probable de una contradicción normativa entre los arts. 218 Cn. y 1 inc. 2° del D. E. 181/2013; y con respecto al por qué la medida es necesaria, expusieron notas periodísticas sobre hechos y actividades realizadas por algunos funcionarios, en el contexto de la campaña electoral y el Decreto Ejecutivo impugnado. A pesar de que se trate de información fáctica, esto no impide que esta Sala pueda apreciar de la necesidad o no de la medida a la que los interesados se refirieron.

En ese sentido, este tribunal considera que la suspensión de los efectos del art. 1 inc. 2° del mencionado decreto ejecutivo, es necesaria.

Primero, porque los términos del contraste internormativo ponen de manifiesto la probable inconstitucionalidad del precepto impugnado. La supuesta confrontación entre los arts. 218 Cn. y 1 inc. 2° del D. E. 181/2013, induce a pensar que estamos en presencia de una aparente contradicción (*fumus boni iuris*) entre los enunciados confrontados.

Segundo, porque de no adoptarse la medida, los funcionarios públicos podrían aprovechar la permisión establecida en el art. 1 inc. 2° del mencionado decreto ejecutivo para participar en actividades a favor de cualquier partido político o coalición, con la consecuente violación a la Constitución, que podría mantenerse hasta que el precepto del decreto ejecutivo pudiera ser eventualmente invalidado mediante la sentencia respectiva. El peligro se acentúa, sobre todo porque los funcionarios pueden 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 (*periculum in mora*); sin perjuicio de que tal riesgo persista en eventos electorales posteriores mientras permanezca vigente el decreto presidencial impugnado.

De modo que es oportuno ordenar, como medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos del art. 1 inc. 2° 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.*

IV. Por tanto, con base en lo expuesto y en los arts. 6 y 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, esta Sala **RESUELVE**:

1. *Admítase* la demanda de inconstitucionalidad presentada por los ciudadanos Kriscia Milvian Fernández Quintanilla, Carlos Alfredo Valencia García, Miguel Ernesto López Herrera y Víctor Hugo Vindel Henríquez, mediante la cual solicitan que se declare la inconstitucionalidad del art. 1 inc. 2° de las “Disposiciones Para Regular la Eficaz Gestión de la Administración Pública en el Marco del Proselitismo Electoral y de las Actividades que el Mismo Conlleva”, por la supuesta vulneración del art. 218 de la Constitución.

2. *Suspéndense* provisionalmente, a partir de esta fecha, los efectos del art. 1 inc. 2° del decreto ejecutivo impugnado, 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, prevaleciéndose 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.*

3. *Rinda informe* el Presidente de la República en el plazo de diez días hábiles, contados a partir de la notificación de la presente resolución, mediante el cual justifique la constitucionalidad del art. 1 inc. 2° de las Disposiciones Para Regular la Eficaz Gestión de la Administración Pública en el Marco del Proselitismo Electoral y de las Actividades que el Mismo Conlleva, según los términos de impugnación planteados por los demandantes.

4. *Tome nota* la Secretaría de este tribunal del lugar y medio técnico señalados por los actores para recibir los actos procesales de comunicación.

5. *Notifíquese* la presente resolución a las partes y al Tribunal Supremo Electoral, para los efectos legales.