

49-2011

Inconstitucionalidad

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

Este Tribunal, teniendo en cuenta que:

I. Es un hecho evidente que goza de notoriedad general, según el art. 314 n° 2 del Código Procesal Civil y Mercantil –aplicable supletoriamente a los procesos constitucionales–, que el día 20-III-2013 la Asamblea Legislativa eligió a los profesionales Marcos Gregorio Sánchez Trejo, Javier Tránsito Bernal Granados y Silvia Inmaculada Aguilar Zepeda, como Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República; pues ello ha sido divulgado por diferentes medios de comunicación, escritos y digitales, así como en redes sociales, la página web de la Asamblea Legislativa y el canal de Televisión Legislativa.

Para que este Tribunal determine si dicha elección cumple con lo prescrito por la Constitución y lo ordenado en la sentencia pronunciada en el presente proceso el 23-I-2013, *no es necesario que el Decreto Legislativo pertinente haya sido publicado en el Diario Oficial*; por una parte, porque esa actuación ha sido emitida en la fase de ejecución de la sentencia; y, por otra, porque su publicación no es un requisito de validez, en tanto que se trata de un acto legislativo de elección de segundo grado.

En el marco del seguimiento del cumplimiento de la sentencia emitida en este proceso de Inc. 49-2011, emitida el 23-I-2013, y según auto del día 18-III-2013, se requirió informe a la Asamblea Legislativa mediante el cual hiciera saber en qué estado se encontraba el proceso de elección del Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República. Asimismo, por tal resolución se reiteró al citado Órgano Legislativo la necesidad de que en la elección de los funcionarios aludidos, se tomara en cuenta los parámetros establecidos en la sentencia ya mencionada, esto es: (i) documentar objetivamente las cualidades de honradez y competencia notorias de las personas que finalmente resultaran elegidas como Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República; (ii) que el acuerdo de elección de dichos funcionarios expresara las razones y justificara los motivos por los que una determinada persona es idónea para desempeñar los cargos en referencia, con base en la documentación recabada y debidamente comprobada por el Legislativo, especialmente si en esta aparecen elementos negativos que orientaran a una conclusión contraria a los requisitos exigidos constitucionalmente; (iii) que en el proceso de selección se otorgaran iguales oportunidades a todos los candidatos, según el mérito de sus capacidades profesionales y éticas; y (iv) que las personas que fueran electas como Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República no tuvieran

afiliación partidaria. La autoridad demandada no remitió el informe en cuestión dentro del plazo que se le confirió, el cual comprendió los días 20 y 21 de marzo del presente año, pues la notificación se realizó por la Secretaría de esta Sala el día 19-III-2013.

II. Corresponde ahora determinar si los nuevos nombramientos de Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República se adecuan a los parámetros establecidos en la sentencia de Inc. 49-2011 y, por tanto, si producen efectos jurídicos-constitucionales.

I. El análisis comenzará con la elección de la profesional Aguilar Zepeda en el cargo de Magistrada de la Corte de Cuentas de la República.

Al respecto, también ha sido un hecho evidente que goza de notoriedad general que, hasta el día 19-III-2013, la señora Aguilar Zepeda estaba afiliada en el partido político Gran Alianza por la Unidad Nacional (“GANA”, en lo sucesivo) y fungía en un cargo de dirección, como Directora de Actas y Afiliación (según consta en el Acta n° 118, de 16-V-2011, 4° Punto, n° 6.1, folios 195 a 196, del Tribunal Supremo Electoral (TSE), colocada en el sitio web de dicha entidad [http://www.tse.gob.sv/laip_tse/documentos_tse/actas/A_118_2011.pdf] y consultada en esta fecha). El criterio de tomar como prueba esta clase de medios también ha sido adoptado por esta Sala en las sentencias de 13-V-2011 y de 5-VI-2012, Incs. 7-2011 y 19-2012, respectivamente. Sin embargo, luego de que se pronunciara en este proceso la resolución de 18-III-2013, y antes de que el Legislativo realizara el “cumplimiento” que ahora se verifica, dicha profesional presentó al partido una carta en la que expresó que renunciaba al mencionado cargo que tenía en GANA, a fin de poder optar al cargo de magistrada de la Corte de Cuentas de la República –en lo que sigue “CCR”–.

Aunque la renuncia que la profesional Aguilar Zepeda hizo a GANA implica la declaración unilateral de voluntad de extinguir el estatus jurídico partidario y, por ello, un aparente “cumplimiento” formal a uno de los parámetros establecidos en la sentencia de Inc. 49-2011, es necesario fijar con precisión si con tal actuación se ha pretendido evadir el cumplimiento de la sentencia y burlar la Constitución, en concreto, el carácter independiente previsto para la CCR según el mandato encomendado por la Ley Suprema (art. 195 Cn.) Para abordar este análisis, es pertinente desarrollar algunas consideraciones relativas al “fraude a la Constitución”.

A. El incumplimiento, la infracción o vulneración de una disposición puede ser directo o indirecto. En el primer caso, se realiza una conducta –activa u omisiva– que contradice el contenido imperativo de la disposición; y en el segundo caso, la realización de conductas aparentes o simuladas, de las que formalmente se puede inferir su cumplimiento, pero que en definitiva se apartan del mandato. A esta segunda forma de irrespeto del contenido de una disposición jurídica corresponde el llamado *fraude de ley*, y en lo que se refiere específicamente al *fraude a la Constitución* la distinción obedece solo al tipo la

norma infringida o defraudada por vía indirecta. De ahí que el tema que se abordará primero será el *fraude de ley*, para conectarlo luego con el *fraude a la Constitución*.

El fundamento para desatender una conducta en *fraude de ley* es 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*, pues el *fraude de ley* se basa en una *interpretación aislada de una disposición*, mientras que por el contrario, la consideración articulada de todas las disposiciones involucradas es la que permite invalidar el resultado fraudulento o contrario al derecho *en su conjunto*.

Como consecuencia inmediata de esta doble fundamentación del *fraude de ley* se deriva que la intencionalidad de quien realiza la conducta prevista en la disposición de cobertura, es irrelevante, pues lo que se pretende reprimir no es la finalidad maliciosa o conscientemente antijurídica del agente (el engaño voluntariamente realizado), sino la situación objetiva de oposición o incompatibilidad de los efectos de su conducta con la disposición defraudada (el daño objetivamente producido).

B. En el caso de la Constitución, especialmente por el carácter abierto de sus disposiciones, no pueden realizarse interpretaciones simplistas o aisladas de sus diversos postulados. Precisamente, *la más fácil defensa de una actuación pública frente a su impugnación constitucional suele buscar en la Constitución vacíos normativos u omisiones, y la autoridad demandada solamente afirma que en la Constitución no existe una regla que resuelva el problema interpretativo y, por tanto, no hay contradicción constitucional*.

En efecto, ceñirse literalmente a la cuestión de qué dice una Constitución o qué deja de decir, toma como base una manera peculiar de entender sus disposiciones, como si se tratase de disposiciones del Código Civil o de otra ley en particular. La Constitución no es un inventario taxativo de prohibiciones o límites al poder con respecto al cual pueda afirmarse que aquello que no prohíbe o limita expresamente, puede ser realizado “libremente” por los agentes estatales. Esta Sala ya ha reiterado que las atribuciones y competencias no son “derechos” de los funcionarios que puedan ejercerse a su arbitrio; sino que son verdaderas normas jurídicas que condicionan el actuar público en sentido positivo, de tal manera que los funcionarios públicos solo pueden hacer aquello para lo cual están facultados expresamente por la ley (art. 86 Cn). Estas facultades no son reglas vacías de contenido o carentes de sentido, sino que se insertan en un sistema constitucional informado por valores y principios, que buscan la limitación del poder y el respeto pleno de los derechos fundamentales de la persona.

En los casos de posibles fraudes a la Constitución el argumento de defensa de la actuación impugnada va más allá y pretende evidenciar el cumplimiento a cabalidad de una regla, pero analizada parcial o aisladamente; de manera que en la ponderación legislativa resulta vulnerada otra exigencia, condición o principio constitucional.

El fraude puede venir incluso desde la ley que cumple una regla, pero olvida otra disposición constitucional o se aferra de un supuesto vacío en la Constitución, mediante el cumplimiento de ciertos requisitos desde una dimensión superficial, pero *con el ánimo de burlar o evadir el cumplimiento de la exigencia prevista por la Constitución*; o, pretender el cumplimiento de un requisito o condición constitucional mediante la supresión falaz de un estatus contrario que, de preservarse, generaría la infracción directa a la Constitución.

C. Como se dijo, es un hecho de notoriedad general que la profesional Silvia Inmaculada Aguilar Zepeda renunció a la afiliación partidaria de GANA el día 19-III-2013, es decir, un día después de que esta Sala había advertido a la Asamblea Legislativa de la necesidad de elegir a personas que no tuvieran vínculos partidarios; de ello se infiere que lo hizo únicamente con el fin de poder optar al cargo de Magistrada de la CCR. Este acto de renuncia, si bien postula una apariencia de cumplimiento formal o simulado de uno de los parámetros establecidos en la sentencia de Inc. 49-2011 (el de no tener afiliación partidaria), tiene el efecto pernicioso de poner en riesgo objetivo e intenso la independencia de la CCR, principio que la “regla de no afiliación partidaria” pretende optimizar. Es decir, pretende cumplir superficialmente el art. 198 Cn., en cuanto a los requisitos para optar al cargo, pero con desmedro del art. 195 Cn., en cuanto al carácter independiente de la CCR.

Aunque la independencia de la CCR se proyecta hacia diversas entidades y sobre determinados temas o materias, interesa destacar la que se refiere a la Asamblea Legislativa y, específicamente, a las diversas entidades políticas que sustentan a los grupos parlamentarios que la conforman, cuyos vínculos jurídicos (no solo formales, sino también materiales) pueden generar nexos de dependencia político-ideológica en su actuar.

Para evitarlo, es imprescindible que los Magistrados de la CCR, funcionarios electos para ejercer un control o fiscalización de la hacienda pública y el presupuesto de todas las instituciones del Estado, no tengan ninguna afiliación partidaria que redunde en una subordinación a directrices provenientes de partidos políticos, pues de aceptarlo, el riesgo de la pérdida de independencia se intensifica objetivamente en los posibles casos de colisión entre los intereses del Estado y los de los funcionarios sujeto a control de cuentas, por pertenecer al mismo partido político con el cual se comparten manifiestamente las concepciones ideológico partidarias.

Como ya se dijo en la sentencia, ello está expresamente prohibido en el art. III.1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, y en el art. 2 inc. 2º de la CCR. El primero de ellos impone a los Estados Miembros la obligación de aplicar medidas para un correcto, honorable, probo y adecuado cumplimiento de las funciones públicas, las cuales medidas deben estar orientadas a “prevenir conflictos de intereses”. El segundo establece que las actuaciones de la CCR deben ser “independientes de cualquier interés particular”.

En este sentido, el acto de la renuncia que la profesional Aguilar Zepeda hizo del partido GANA, con el único propósito de optar al cargo de Magistrada de la CCR, puede

aparentemente considerarse amparado por lo dispuesto en la sentencia de Inc. 49-2011. Sin embargo dicho acto ha sido utilizado como un medio para eludir la prohibición consistente en la exclusión de todo vínculo jurídico o material que produzca una dependencia, incluida la partidaria. En consecuencia, *el acto por medio del cual la Asamblea Legislativa eligió a la profesional Silvia Inmaculada Aguilar Zepeda, no puede producir ningún efecto jurídico-constitucional alguno, pues se trata claramente de un fraude a la Constitución.*

2. Efectuado el análisis de la elección de la profesional Aguilar Zepeda, es procedente verificar el de los abogados Marcos Gregorio Sánchez Trejo y Javier Tránsito Bernal Granados (como Presidente y Primer Magistrado de la CCR). Aquí el análisis se refiere a: (i) la obligación de documentar objetivamente las cualidades de honradez y competencia notorias; (ii) que el acuerdo de nombramiento del Presidente y Magistrados de la CCR deba 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 la Asamblea Legislativa–, sobre todo si en esta aparecen elementos negativos que sustentan una conclusión contraria a los requisitos exigidos constitucionalmente; y (iii) que en el proceso de selección se hayan otorgado iguales oportunidades a todos los candidatos, según el mérito de sus capacidades profesionales y éticas.

A. Según las sentencias de 26-III-1999 y 17-V-2002, Incs. 4-98 y 6-2000, respectivamente, en el proceso de inconstitucionalidad existe la obligación procesal de evidenciar el cumplimiento de los mandatos constitucionales. *Al órgano emisor de la disposición infraconstitucional o acto de aplicación directa de la Constitución que ha sido impugnado, corresponde probar que ha dado cumplimiento a las obligaciones concretas que para él derivan de la Constitución o de la jurisprudencia constitucional.* Si por prueba se entienden todos los elementos de convicción, producidos en el proceso, con la finalidad de producir en el juzgador un convencimiento sobre la verdad o certeza de un hecho o afirmación fáctica, la *carga* de aportarlos al proceso incumbe a la parte que, razonablemente, se estima que podría resultar perjudicada por dicha falta de certeza.

B. a. Teniendo en cuenta lo anterior, del contenido del *Dictamen n° 20 de la Comisión Política de la Asamblea Legislativa, de fecha 20-III-2013*, se advierte que, a pesar de que la autoridad demandada afirma que no incurrió en ningún vicio sustantivo o de procedimiento durante la elección de los Magistrados de la CCR, “...con el objeto de contribuir a mantener la estabilidad política, la armonía social y el respeto a la institucionalidad del país, *decidió atender la resolución de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*” –resaltado de este Tribunal–.

Para tal fin, se conformó una nueva Subcomisión que determinaría las personas que podían ocupar los cargos de Presidente y Magistrados de la aludida institución, para lo cual siguieron el procedimiento correspondiente que establece el Reglamento Interno de la

Asamblea Legislativa (RIAL). Luego, la Comisión Política consideró, atendiendo al trámite realizado por la Subcomisión, que los candidatos propuestos cumplían con los requisitos constitucionales para ser electos como Magistrados de la CCR, situación que basó "... en las hojas de vida presentadas por cada uno de ellos, y los correspondientes atestados que se acompañan, las entrevistas que realizó la Subcomisión, y los nuevos informes que enviaron las entidades [requeridas]...". En ese sentido, dado que dicha información consta en el expediente correspondiente, concluyó que "... ha sido suficientemente documentado, con lo cual se justifica y fundamenta que tales candidatos son idóneos para el cargo".

La Comisión Política propuso al Pleno de la Asamblea Legislativa la elección de los profesionales Marcos Gregorio Sánchez Trejo y Javier Tránsito Bernal Granados (como Presidente y Primer Magistrado de la CCR), personas a las que "... *consideró aptas para el desempeño de los cargos, y de quienes se ha comprobado fehacientemente el cumplimiento de los requisitos que señala la Constitución*". En el mismo dictamen, para superar la cantidad de objeciones que respecto de los profesionales Sánchez Trejo y Bernal Granados obraban en diversas instituciones estatales, incluida la CCR, la Comisión se limitó a decir que: "aunque algunos de ellos tenían pendientes casos de resolución, priva el principio de inocencia que consagra la misma Constitución en su artículo 12 inc. 1º", el cual transcribió.

El dictamen fue aprobado con 47 votos y se procedió a la votación de las personas propuestas.

b. A partir de lo indicado, al Legislativo correspondía *comprobar* la afirmación de que los abogados Sánchez Trejo y Bernal Granados, cumplían con los requisitos constitucionales para ser electos y exponer por qué, a su juicio, son los más idóneos para desempeñar los cargos aludidos.

C. a. A pesar de lo anterior, en el Dictamen n° 20 de la Comisión Política, aprobado por el Pleno de la Asamblea Legislativa, no aparecen elementos objetivos que acrediten el cumplimiento de la obligación contenida en el 198 Cn., con especial énfasis en la exigencia de expresar las razones que justifican que los profesionales Sánchez Trejo y Bernal Granados, son las personas más adecuadas y apropiadas para fungir como Presidente y Magistrado de la CCR.

La razonabilidad de la decisión legislativa puede obtenerse de la argumentación de la autoridad emisora sobre la constitucionalidad de determinada designación, para justificarla ante este Tribunal; de los considerandos y el texto del decreto legislativo de nombramiento; y, además, de los documentos oficiales que contengan la propuesta técnica sobre las personas que reúnen los requisitos constitucionales para ejercer una determinada función. Por tales medios es que la Asamblea Legislativa debe documentar en forma seria y suficiente los conocimientos empíricos, estudios técnicos o datos de la realidad (según la naturaleza del asunto) que permitan demostrar la razonabilidad de una elección.

b. En virtud de lo anterior, se concluye que *el órgano encargado de la elección de los Magistrados de la CCR no comprobó en este proceso haber dado cumplimiento a las exigencias que para él derivan del art. 198 Cn. La suma de atestados, informes u otra documentación no es suficiente para tener por acreditadas las cualidades de honradez y competencia notorias de las personas propuestas para un determinado cargo;* adicionalmente es necesario justificar la designación de las personas para un cargo público, sobre todo cuando existen circunstancias objetivas que permitan inferir la existencia de un obstáculo para la realización de las funciones inherentes al mismo, o un riesgo para el ejercicio eficaz e independiente del cargo.

En consecuencia, *la inconstitucionalidad declarada en la sentencia de 23-I-2013, emitida en este proceso de Inc. 49-2011, persiste hasta este momento, ya que el procedimiento de elección realizado por la Asamblea Legislativa para designar nuevamente a los profesionales Marcos Gregorio Sánchez Trejo y Javier Tránsito Bernal Granados, como Presidente y Primer Magistrado de la Corte de Cuentas de la República, no satisface las exigencias establecidas en el art. 198 Cn. y sustentado en la mencionada sentencia. Asimismo, dicho vicio es igualmente atribuible a la designación de la abogada Silvia Inmaculada Aguilar Zepeda como Segunda Magistrada de la Corte de Cuentas de la República, cuyo nombramiento ya fue objeto de análisis en la presente resolución.*

III. En otro orden, en la sentencia de 23-I-2013 se confirió a la Asamblea Legislativa un plazo para llevar a cabo el nombramiento de Presidente y Magistrados de la CCR, cuya fecha de expiración sería el 22-III-2013. No obstante, antes de que este plazo se haya agotado, dicho Órgano fundamental del Gobierno hizo una nueva elección.

I. A. Ello exige apuntar que, en tanto proceso constitucional destinado a brindar protección objetiva a la Constitución, la inconstitucionalidad se concreta por medio de una serie de etapas relacionadas entre sí, de tal manera que cada una de ellas es presupuesto de la siguiente y esta, a su vez, de la posterior, las cuales están destinadas a realizar determinados actos procesales. Dicho aspecto justifica la idea de *preclusión*, con arreglo a la cual los actos procesales deben llevarse a cabo dentro de la oportunidad señalada por la ley o por resolución judicial para que produzcan los efectos que están llamados a cumplir.

Para lograr un desarrollo eficaz del procedimiento en un proceso regido también por los principios de economía, celeridad y perentoriedad, es posible identificar, sin ánimo de exhaustividad, tres formas en que la preclusión puede operar: (i) por el *vencimiento del plazo* tipificado en la ley o establecido por medio de una decisión judicial dentro del cual debe ejercerse un derecho o carga procesal; (ii) por la realización de una *actuación incompatible* con la que está pendiente de ser realizada; y (c) por la ejecución de una *facultad procesal, atribución o competencia antes del vencimiento del plazo legal o judicial* para ello.

B. En el caso particular, de acuerdo con el principio de consumación de los actos (concreción del principio de preclusión), la nueva “elección” del Presidente y Magistrados de la CCR que hizo la Asamblea Legislativa quedó consumada el día 20-III-2013, de modo que ha precluido la oportunidad para llevar a cabo una potencial nueva elección, so pretexto de que aun estaría pendiente la finalización del plazo que esta Sala otorgó para la designación aludida. Entonces, ya que la ocasión de la que disponía la autoridad demandada en este proceso para hacer la elección precluyó como efecto de la emisión del Decreto Legislativo que se analiza, dicha autoridad –*la Asamblea Legislativa*– *debe iniciar a la mayor brevedad posible un nuevo proceso de elección para los cargos señalados, a fin de que se cumpla a cabalidad con lo ordenado en la sentencia de 23-I-2013, emitida en este proceso, y reparar así la acefalía en que entra la institución a partir de esta fecha.*

Al hacerlo deberá otorgar iguales oportunidades a todos los candidatos, según el mérito de sus capacidades profesionales y éticas, y demostrar por qué se consideran superadas las objeciones que pueden poner en riesgo la independencia y el adecuado ejercicio del cargo por tales funcionarios, especialmente cuando hay señalamientos en diversas instituciones, como los que se señalaron en el Considerando VI 2 de la sentencia emitida en este proceso.

2. Finalmente, este tribunal insiste en la necesidad de nombrar, en entidades que ejercen control como la CCR, no solo a personas de honradez y competencia notorias, sino que además no tengan vínculos jurídicos derivados de una afiliación político-partidaria, dado que las atribuciones de vigilancia de los fondos públicos, la fiscalización de la gestión económica de las instituciones o el examen de la cuenta que rinde el Órgano Ejecutivo, entre otras, reclaman desde la sociedad el fiel cumplimiento de los requisitos constitucionales.

IV. Por tanto, con base en las consideraciones que anteceden, y en el marco del seguimiento a la sentencia de 23-I-2013, obligación que a esta Sala le impone el art. 172 inc. 1º frase 2ª Cn. –“la potestad de juzgar y *hacer ejecutar lo juzgado* en materia constitucional”–, se RESUELVE:

1. *Tiénese* por no cumplida la sentencia de 23-I-2013, mediante la cual este Tribunal ordenó que la Asamblea Legislativa eligiera al Presidente y a los Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, a fin de que completaran el período para que el que los profesionales Marcos Gregorio Sánchez Trejo, Javier Tránsito Bernal Granados y José Andrés Rovira Canales habían sido electos.

2. *Declárase* que la elección realizada el 20-III-2013 por la Asamblea Legislativa, a los profesionales Marcos Gregorio Sánchez Trejo, Javier Tránsito Bernal Granados y Silvia Inmaculada Aguilar Zepeda como Presidente y Magistrados de la Corte de Cuentas de la República, *no producen efecto jurídico constitucional alguno, ni tampoco producirán*

efectos los actos normativos, administrativos y jurisdiccionales que ellos emitan a partir de esta fecha, lo cual será verificado por este Tribunal.

3. *Cúmplase* la sentencia de 23-I-2013, pronunciada en este proceso de inconstitucionalidad, a la mayor brevedad posible, para garantizar el normal funcionamiento de la Corte de Cuentas de la República.

4. *Notifíquese.*

----- F. MELÉNDEZ----J. B. JAIME----E. S. BLANCO R.----R. E. GONZÁLEZ B.-----