

**14-2018**

## **Inconstitucionalidad**

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las catorce horas y cuarenta y un minutos del día veintiséis de febrero de dos mil dieciocho.

Analizada la demanda presentada por el ciudadano René Eduardo Hernández Valiente, por la que solicita que se declare la inconstitucionalidad de la resolución pronunciada a las once horas y quince minutos del 12-XII-2017, por el Tribunal Supremo Electoral (en adelante: “TSE”), mediante la cual se inscribe al ciudadano José Luis Merino como candidato a diputado propietario del partido político Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (en adelante: “FMLN”), por el departamento de San Salvador, en las elecciones de diputados período 2018-2021, por la supuesta violación del art. 127 ord. 1° Cn.; se hacen las siguientes consideraciones:

La disposición que se propone como parámetro de control prescribe lo siguiente:

“Art. 127.- No podrán ser candidatos a Diputados:

1°- El Presidente y el Vicepresidente de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, el Presidente y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los funcionarios de los organismos electorales, los militares de alta, y en general, los funcionarios que ejerzan jurisdicción”.

En lo pertinente, la resolución impugnada prescribe lo siguiente:

“*Inscríbase* la planilla de candidatos propietarios y suplentes para Diputados a la Asamblea Legislativa postulados por el partido Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), correspondientes a la circunscripción electoral departamental de San Salvador, integrada de la siguiente forma: [...] Séptimo Diputado Propietario: José Luis Merino; Séptima Diputada Suplente: Hilda Jessenia Alfaro Molina”.

**I. 1.** El demandante expresa que el derecho al sufragio pasivo no es incompatible con el cumplimiento de determinados requisitos de origen constitucional o legal. Por ello, es un derecho que, como todos los demás que son fundamentales, no tiene carácter absoluto pues está sujeto a limitaciones y restricciones, sobre todo las que procuran conservar la regularidad y representación democrática en los procesos electorales. Una de las restricciones de este derecho es la prevista en el art. 127 ord. 1° Cn. Esta disposición contiene las condiciones para ser candidato a diputado y las inelegibilidades para el cargo. Debido a ello, una persona que no cumple con los requisitos establecidos en tal disposición no puede siquiera participar en el proceso de elección de diputados.

En relación con la confrontación internormativa entre el parámetro y el objeto de control, los argumentos del actor se pueden resumir en dos. El primero consiste en que “[e]l objeto de control es violatorio del ordinal 1° del art. 127 Cn., ya que, simple y llanamente, el TSE ha inscrito como candidato a diputado a una persona que ostenta, tanto a la fecha de su

inscripción como actualmente, la calidad de Viceministro para la Inversión y Financiamiento para el Desarrollo, adscrito al Ministerio de Relaciones Exteriores”. El segundo supondría la existencia de un fraude a la Constitución, pues para crear la apariencia de que la candidatura de José Luis Merino es constitucionalmente conforme, el Presidente de la República le otorgó un permiso sin goce de sueldo, con el fin de burlar el texto constitucional. A criterio del demandante, el otorgamiento del permiso por el presidente de la República, no causa la pérdida de la calidad de viceministro. En consecuencia, el TSE desconoce la prohibición del art. 127 ord. 1° Cn. al inscribir como candidato al ciudadano José Luis Merino.

2. Adicionalmente, el pretensor pide que se dicte una medida cautelar en cualquiera de estos sentidos: (i) que se excluya a José Luis Merino de la lista de candidatos a diputados propietarios de la Asamblea Legislativa por el partido FMLN, correspondiente a la circunscripción electoral del departamento de San Salvador y que se conceda la posibilidad a dicho partido para que inscriba a otro candidato; o, (ii) que los votos a favor de José Luis Merino se consideren por el TSE como votos inválidos. Para justificar esta petición, expone que la apariencia de buen derecho está configurada porque se ha acreditado una razonable y verosímil relación de la infracción constitucional producida por la resolución impugnada, según los argumentos que ya han sido acotados; mientras que el peligro en la demora está determinado por la circunstancia de que si el ciudadano José Luis Merino obtuviera la cantidad de votos suficientes para acceder a la calidad de diputado, ello obligaría a repetir las elecciones legislativas por el departamento de San Salvador.

**II. 1. A.** En el primer motivo, el actor argumenta que existe un fraude a la Constitución. Este tribunal ha afirmado que la interpretación parcial o incompleta de una disposición constitucional puede provocar el incumplimiento de alguna de las normas jurídicas que ella contiene, aunque se obedezca o atienda lo ordenado en otra parte del contenido de la misma disposición o de otra distinta, siempre de rango constitucional, obteniendo de ese modo una cobertura aparente del precepto aplicable. Esto es lo que se denomina fraude a la Constitución (Sentencia de 25-VI-2014, Inc. 163-2013). Esta figura implica al menos dos normas jurídicas: una que al parecer se respeta o se cumple con la conducta realizada —llamada norma de cobertura— y otra cuyo contenido normativo es incompatible con el resultado alcanzado mediante dicha conducta —llamada norma defraudada— (Inc. 163-2013, ya citada).

*Un requisito esencial para la configuración del fraude a la Constitución es que ambas normas sean constitucionales. Así, si uno de los dos extremos del binomio antedicho no tiene carácter constitucional, no puede afirmarse la existencia de dicho fraude.* En el presente caso, existe un error argumental de parte del demandante pues él afirma que hay fraude a la Constitución porque el otorgamiento del permiso sin goce de sueldo que realizó el Presidente

de la República, sirve como norma de cobertura para la defraudación del art. 127 ord. 1° Cn., debido a que dicho permiso no causa la pérdida de la calidad de Viceministro del ciudadano José Luis Merino. Sin embargo, esta es una idea errónea e incompatible con los postulados que son propios de la figura, ya que el acto de otorgamiento de permiso no tiene rango constitucional. Tal error no puede ser suplido por esta sala y tiene como consecuencia la improcedencia de la pretensión.

B. En relación con el argumento de la violación directa al art. 127 ord. 1° Cn., este tribunal estima que el actor ha configurado adecuadamente la pretensión, pues ha establecido un auténtico contraste normativo entre el acto de aplicación directa de la Constitución que sirve como objeto de control —la resolución del TSE que se impugna— y el parámetro de control propuesto —el art. 127 ord. 1° Cn.— Además, esta clase de actos son controlables por este tribunal, tal como ya se hizo en la mencionada Sentencia de 25-VI-2014, Inc. 163-2013. En consecuencia, *se admitirá esta pretensión con la finalidad de que en el proceso se determine si, en efecto, existe violación al art. 127 ord. 1° Cn. porque el ciudadano José Luis Merino fue inscrito como candidato a diputado propietario por el partido FMLN para el departamento de San Salvador, no obstante que únicamente se le había otorgado un permiso sin goce de sueldo de su cargo como Viceministro para la Inversión y Financiamiento para el Desarrollo.*

Dado que el actor configura adecuadamente los elementos subjetivo, objetivo y causal de su pretensión —lo cual implica que ha aducido argumentos que evidencian la posibilidad de una violación a la Constitución—, este tribunal debe admitir la demanda y darle el trámite correspondiente para que esta se pueda resolver según corresponda.

2. A. En razón de que la pretensión será admitida por uno de los dos motivos de inconstitucionalidad, corresponde pronunciarse sobre las medidas cautelares solicitadas. Tal como se ha reiterado en oportunidades anteriores (por ejemplo, en las resoluciones de 10-II-2014 y 24-II-2017, Inc. 8-2014 y 19-2016), esta Sala tiene la competencia constitucional y legal para decretar —incluso por iniciativa propia y en cualquier etapa del procedimiento— las medidas cautelares que sean necesarias a fin de garantizar la eficacia de una eventual sentencia estimatoria y la del proceso de inconstitucionalidad en cualquiera de sus etapas, y modificarlas o revocarlas cuando exista un cambio relevante de las circunstancias respectivas que justifiquen su alterabilidad.

Además de referirse a la posibilidad de cumplimiento efectivo de la sentencia, esto incluye la obligación de disponer lo necesario para impedir que la tramitación procesal genere perjuicios indebidos sobre los principios, derechos, bienes o contenidos constitucionales en juego. Esto guarda coherencia con la concepción de las medidas cautelares como herramientas procesales con las que se persigue dotar de eficacia a las resoluciones de los

órganos jurisdiccionales encargados de pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones sometidas a su conocimiento.

En virtud de lo anterior y del carácter instrumental de tales medidas, este tribunal ha sostenido, además, que sus facultades cautelares deben ejercerse en la manera que sea adecuada para lograr la mayor eficacia posible de su cometido, esto es, procurar la regularidad constitucional, asegurando la tutela tanto del interés público como del de los particulares, de acuerdo con las circunstancias del caso, 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. Este margen de apreciación del tribunal constitucional para el ejercicio de su potestad cautelar debe considerar la probable vulneración de una disposición constitucional —o apariencia de buen derecho—, la posibilidad de que la sentencia, en caso de ser estimatoria, vea frustrada su incidencia en la realidad, volviendo nugatorio su contenido —peligro en la demora—, y la probable afectación del interés público relevante, luego de valorar el perjuicio irreparable que pudiera ocasionar tanto la no aplicación de la medida cautelar, como lo que podría ocurrir con su adopción (resolución de 15-VII-2013, Inc. 63-2013).

*B.* El actor solicita a este tribunal como medida cautelar: (i) que se excluya a José Luis Merino de la lista de candidatos a diputados propietarios de la Asamblea Legislativa por el partido FMLN, correspondiente a la circunscripción electoral del departamento de San Salvador y que se conceda la posibilidad a dicho partido para que inscriba a otro candidato; o, (ii) que los votos a favor de José Luis Merino se consideren por el TSE como votos inválidos.

Sobre este punto se hacen las siguientes consideraciones: En el presente caso se produce una tensión entre el art. 127 ord. 1º Cn. y el art. 72 ord. 3º Cn., porque debe considerarse que el ciudadano José Luis Merino tiene derecho al sufragio pasivo, lo cual implica que puede optar por cargos públicos, siempre y cuando cumpla con los requisitos previstos en la Constitución y las leyes secundarias. En tal sentido, debe ponderarse si es procedente y necesaria la imposición de una medida cautelar, por un lado; y por el otro, en caso afirmativo, si dicha medida puede tener efectos excesivamente perniciosos sobre el afectado.

Por ello, las dos opciones que propone el demandante son inaceptables en este momento del proceso, pues ambas implican que, en ningún caso el ciudadano José Luis Merino puede optar al cargo de diputado propietario, idea que es rechazable porque significaría que la medida cautelar tendría los efectos materiales de una sentencia estimatoria, debido a que no es posible repetir la elección legislativa ni anular el voto a los electores, en virtud de este proceso.

A pesar de lo anterior, dada la naturaleza de las medidas cautelares, éstas pueden adoptarse en cualquier momento del proceso hasta antes de la sentencia definitiva, siempre que existan razones fundadas para ello.

Sin embargo, en consideración de lo expuesto, este tribunal aclara que, si bien no adopta las medidas cautelares solicitadas, a efecto de que el ciudadano José Luis Merino sea excluido de participar en las elecciones del 4-III-2018 como candidato a diputado propietario, el resultado electoral de su participación estará condicionado al fallo que se dicte en este proceso de inconstitucionalidad.

Por tanto, *para garantizar el sufragio de los electores de manera libre e informada, se considera necesario advertir que en caso de constatarse la violación constitucional alegada, y emitirse un fallo de inconstitucionalidad respecto de su candidatura, el ciudadano José Luis Merino no podrá asumir el cargo de Diputado, en el caso de resultar electo, y asumiría, en tal supuesto, un suplente de su grupo parlamentario.*

**III.** En vista que la demanda será admitida en cuanto al motivo indicado y que la pretensión del actor se relaciona de forma directa con una situación personal del ciudadano José Luis Merino, esta sala estima procedente conferirle audiencia, con fundamento en el art. 11 Cn., para que se pronuncie sobre tales circunstancias.

En cuanto al trámite que se le dará a esta demanda, es necesario recordar que conforme con el principio de economía procesal, los juzgados y tribunales deben buscar aquellas alternativas de tramitación que reduzcan las dilaciones innecesarias en el impulso de los procesos que conozcan, sin que ello implique la alteración de la estructura del contradictorio o la supresión de las etapas procesales que corresponden según la ley. Desde esta perspectiva, es también posible que en el proceso de inconstitucionalidad se ordene la concentración de actos procesales que no sean incompatibles entre sí o que alteren su estructura contradictoria, de manera que se agrupen en una sola resolución los autos que tendrían que emitirse sucesivamente en la tramitación del proceso.

Por tal razón, además de solicitar informe a la autoridad demandada como lo indica el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en esta resolución también se ordenará conceder el traslado al Fiscal General de la República a que se refiere el art. 8 de esa misma ley. En consecuencia, la Secretaría de este tribunal deberá notificar dicho traslado inmediatamente después de que se haya recibido el informe del Tribunal Supremo Electoral o de que haya transcurrido el plazo sin que este lo rindiere.

**IV.** Por tanto, con base en las razones expuestas, disposiciones y jurisprudencia constitucional citadas y en los arts. 6, 7 y 8 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, se **RESUELVE:**

1. *Admítase* la demanda presentada por el ciudadano René Eduardo Hernández Valiente, en la cual solicita que se declare la inconstitucionalidad de la resolución pronunciada a las once horas y quince minutos del doce de diciembre de dos mil diecisiete por el Tribunal Supremo Electoral, mediante la cual se inscribe al ciudadano José Luis Merino como candidato a diputado propietario del partido político Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional por el departamento de San Salvador, para el período 2018-2021, por la supuesta violación del art. 127 ord. 1° Cn.; la admisión se circunscribe a determinar si dicho órgano constitucional violó la Constitución al inscribir al ciudadano Merino, a pesar de que a la fecha de tal inscripción ostentaba el cargo de Viceministro para la Inversión y Financiamiento para el Desarrollo.

2. *Declárase improcedente* la pretensión contra la resolución impugnada al art. 127 ord. 1° Cn. por presunto fraude a la Constitución, en razón de que el actor incurre en el error de afirmar que el otorgamiento del permiso sin goce de sueldo que realizó el presidente de la República, sirve como norma de cobertura para la defraudación del art. 127 ord. 1° Cn., debido a que dicho permiso no causa la pérdida de la calidad de Viceministro del ciudadano José Luis Merino, acto de otorgamiento que no tiene rango constitucional.

3. *Sin lugar a adoptar las medidas cautelares solicitadas por el demandante; sin embargo, para garantizar el sufragio de los electores de manera libre e informada, se considera necesario advertir que en caso de constatarse la violación constitucional alegada, y emitirse un fallo de inconstitucionalidad respecto de su candidatura, el ciudadano José Luis Merino no podrá asumir el cargo de Diputado, en el caso de resultar electo, y asumiría, en tal supuesto, un suplente de su grupo parlamentario.*

4. *Rinda informe* el Tribunal Supremo Electoral en el plazo de diez días hábiles, contados a partir del siguiente al de la notificación de la presente resolución, en el cual justifique la constitucionalidad de la resolución objetada en el sentido indicado.

5. *Confiérese traslado* al Fiscal General de la República para que, dentro del plazo de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación de la presente resolución, se pronuncie sobre la pretensión formulada en la demanda presentada por el ciudadano René Eduardo Hernández Valiente. La Secretaría de esta sala deberá notificar el traslado ordenado en este punto, inmediatamente después de que se haya recibido el informe de la Asamblea Legislativa o de que haya transcurrido el plazo sin que esta lo rindiere.

6. Una vez que la autoridad demandada y el Fiscal General de la República rindan los informes respectivos a que se refieren los arts. 7 y 8 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, *confiérase audiencia* al ciudadano José Luis Merino, para que, dentro del plazo de cinco días hábiles contados a partir del día siguiente al de la notificación

correspondiente, se pronuncie sobre los señalamientos formulados por el demandante, para lo cual se le deberá proporcionar oportunamente copia del expediente de este proceso.

7. *Tome nota* la secretaría de este tribunal del lugar señalado por el demandante para recibir los actos procesales de comunicación.

8. *Notifíquese.*