

**16-2012**

## **Inconstitucionalidad**

**Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** San Salvador, a las catorce horas con cuarenta y un minutos del día seis de septiembre de dos mil trece.

El presente proceso de inconstitucionalidad ha sido iniciado por el ciudadano Josué Gustavo Adolfo Torres Rivera, a fin de que esta Sala declare la inconstitucionalidad del art. 238 letra a del Código Electoral aprobado por Decreto Legislativo n° 417, de 14-XII-1992, publicado en el Diario Oficial n° 16, tomo 318, de 25-I-1993; por la supuesta contravención al principio de igualdad (art. 3 inc. 1° y 80 inc. 1° de la Constitución [“Cn.”, en lo que sigue]) y al carácter libre del voto (art. 78 Cn.).

Han intervenido oportunamente en el proceso el ciudadano demandante y el Fiscal General de la República, no así la Asamblea Legislativa, según se dirá más adelante.

La disposición impugnada prescribe:

### *Código Electoral*

“Art. 238. Los ciudadanos emitirán su voto por medio de papeletas oficiales, que las respectivas Juntas Receptoras de Votos pondrán a su disposición en el momento de votar y lo harán de la siguiente forma:

a. Para la elección de Presidente y Vicepresidente de la República, y de Concejos Municipales, marcando sobre la bandera del partido o coalición, por cuyos candidatos emita su voto”.

### *Analizados los argumentos y, considerando:*

**I. 1.** Según el auto de 20-III-2013, los únicos dos motivos de inconstitucionalidad por los que la demanda se admitió se refieren a la impugnación del art. 238 letra a. CE, en virtud de que, por una parte, vulneraría el principio de igualdad (arts. 3 inc. 1° y 80 inc. 1° Cn.) y, por otra, contravendría el carácter libre del voto (art. 78 Cn.). A continuación se resumirán por separado los argumentos del actor con los cuales justificó su petición.

A. En relación con el principio de igualdad (art. 3 inc. 1° y 80 inc. 1° Cn.) dijo que en el art. 238 letra a CE existe una regulación distinta y discriminatoria que no ha sido justificada por el legislador. De acuerdo con esta disposición, en los casos de los candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, y de los Concejos Municipales, solo se puede votar por la bandera del partido o coalición; mientras que para los candidatos a Diputados de la Asamblea Legislativa y del Parlamento Centroamericano el electorado tiene la opción de marcar: (i) por la bandera del partido o coalición por cuyos candidatos emite el voto; (ii) a la par o sobre la fotografía de uno de los candidatos o una de las candidatas propuestos por un partido o coalición contendiente; y, finalmente, (iii) a la par o sobre la fotografía de un candidato no partidario. En su opinión, todos estos funcionarios

estatales son electos popularmente (art. 80 inc. 1° Cn.), por lo que no debería existir una regulación distinta entre ellos.

B. Con respecto a la supuesta transgresión al carácter libre del voto (art. 78 Cn.), apuntó que en el caso del Presidente, Vicepresidente y los Miembros de los Concejos Municipales, el ejercicio del sufragio libre significa tener la “opción plena y absoluta” de votar por el candidato, de modo que el elector pueda escoger una de las diferentes opciones y con su propia voluntad si así lo prefiere, situación que “no ha sido previsto de esa forma” en el art. 238 letra a del CE. Esta disposición –refirió– únicamente otorgó al ciudadano la opción de votar por el candidato o el partido para las elecciones de Diputados de la Asamblea Legislativa y del Parlamento Centroamericano, no así para las elecciones presidenciales y de los concejos municipales. Por tanto, concluyó que solo se puede votar por el partido, no por el candidato.

Estima que el voto por el candidato puede ser una decisión razonable, porque el elector evalúa y vota en función de una utilidad esperada, no solo en sentido individual, sino social. En este sentido, en el caso de las elecciones presidenciales y de los concejos municipales, el voto libre se presenta cuando el ciudadano “abandona” su primera opción (votar por el partido político, marcando sobre su bandera) a fin de votar por la segunda, es decir, por el candidato o persona, marcando su fotografía.

2. Por escrito de 12-IV-2013, los ciudadanos Félix Augusto Antonio Ulloa (conocido por Félix Ulloa hijo), José Ramón Villalta, Eduardo Salvador Escobar Castillo, José Dagoberto Gutiérrez Linares, Bernardo Rómulo Rivas Blanco y José Domingo Méndez Espinoza se personaron al proceso solicitando que se les diera intervención a título de *amicii curiae*. Esta solicitud será resuelta en el Considerando II 1.

3. A. La Asamblea Legislativa presentó su informe de modo extemporáneo, por lo que las razones que haya argüido para justificar la constitucionalidad del art. 238 letra a. CE no serán analizadas. Esta decisión es producto de la línea jurisprudencial ya consolidada sobre la preclusión de los actos en el proceso de inconstitucionalidad.

En efecto, el proceso de inconstitucionalidad se encuentra constituido por una serie de etapas relacionadas entre sí, de tal manera que cada una de ellas es presupuesto de la siguiente y ésta, a su vez, de la posterior, todas ellas destinadas a realizar determinados actos procesales. Dicho aspecto es el que justifica la idea de *preclusión*, con arreglo a la cual los actos procesales necesariamente deben llevarse a cabo dentro de la oportunidad que la ley o la resolución judicial determinen si los intervinientes quieren que produzcan los efectos que están llamados a cumplir.

En términos generales, uno de los supuestos en que opera la preclusión alude al *vencimiento del plazo* previsto en la ley o establecido por una decisión judicial dentro del cual debe ejercerse un derecho o carga procesal. Si se quiere prevenir un efecto negativo dentro del proceso, es ineludible que la actuación procesal pertinente se lleve a cabo en el

intervalo de tiempo que corresponde. Cuando ello no se hace así, se pierde la oportunidad de hacerlo después, es decir, fuera del tiempo conferido, en cuyo caso el planteamiento que se haga no podrá ser considerado por el Tribunal.

Según el art. 7 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (“L.Pr.Cn.”, en lo sucesivo), cuando la demanda de inconstitucionalidad se admite, esta Sala debe pedir informe detallado a la autoridad que haya emitido la disposición que se considera inconstitucional, la que deberá rendirlo en el término de *diez días*. Este plazo se cuenta en “días hábiles”, pues así lo impone el art. 79 inc. 3° L.Pr.Cn.

B. La notificación del auto por el que se requirió el informe al Legislativo en el presente proceso se realizó el día 3-IV-2013; y no como pretende la autoridad demandada, quien buscaría ser el órgano que decide cuándo se da por notificado de la admisión de este proceso. En ese sentido, el plazo mencionado precluyó el día 17-IV-2013. Por ello es que se ha concluido que la Asamblea Legislativa presentó su informe extemporáneamente.

Es necesario reiterar que, en correspondencia con la lógica del Derecho Procesal y el principio de legalidad, los sujetos procesales carecen de “habilitación” o “poder” capaz de suspender o dilatar la ejecución de las decisiones judiciales. Además, según el principio de legalidad procesal, las formalidades con que deben realizarse los actos procesales o deben computarse los plazos establecidos en la ley son imperativas, de manera que los intervinientes o partes procesales, aun cuando se tratare de un órgano del Estado, no pueden alterarlas a su arbitrio. Por tanto, para los efectos del presente caso, la Asamblea Legislativa (que en el proceso de inconstitucionalidad interviene como autoridad demandada) no puede modificar la “forma” establecida en el art. 79 inc. 3° L.Pr.Cn. para computar los plazos en los procesos constitucionales. Con arreglo a tal precepto, las “resoluciones se tendrán por notificadas desde las ocho horas del día hábil siguiente a la *recepción de la comunicación*” (resaltado suplido).

La mencionada formalidad no puede ser alterada por el Legislativo amparándose en lo prescrito por el art. 13 inc. 2° n° 2 del Reglamento Interior de la Asamblea Legislativa. Dicha disposición, cuyo tenor establece que “las notificaciones [...] provenientes de la Corte Suprema de Justicia o de alguna de sus Salas [...] tendrán que ser recibidas por la Asamblea en Pleno”, no debe entenderse en el sentido que, a partir de ese momento, es que empiezan a contarse los plazos legales en los procesos constitucionales.

Esta interpretación no es aceptable, porque el precepto carece de un sentido procesal; más bien alude a una obligación administrativa del Presidente de la Asamblea de hacer saber al Pleno las notificaciones jurisdiccionales que se hacen al Órgano Legislativo.

Aunque la autoridad demandada sostuviera la existencia de un conflicto normativo entre la Ley de Procedimientos Constitucionales y el citado Reglamento, en razón del criterio de especialidad, no es sostenible la aplicación preferente del Reglamento sobre la Ley mencionada, pues la normativa que rige el funcionamiento del Órgano Legislativo no

puede sustituir a la ley que regula los procesos constitucionales –configurando las competencias de esta Sala, los cauces a través de los cuales las ejerce y las relaciones de este Tribunal con las partes–, especialmente porque dichos procesos son los mecanismos por los que se ejerce el control de constitucionalidad frente a los posibles abusos y vulneraciones de la Constitución en que incurren las autoridades públicas, incluida la Asamblea Legislativa.

4. Por su parte, el Fiscal General de la República, que intervino oportunamente en el proceso, hizo referencia a los principios de igualdad, legalidad, imparcialidad, objetividad y certeza. A continuación aludió al derecho al sufragio, a sus funciones y a sus características en términos abstractos, sin hacer consideraciones sobre cómo dichos insumos eran aplicables en el caso que se analiza. Finalmente concluyó que “... las garantías reguladas en el [a]rt. 78 [Cn.] tienen como finalidad establecer un marco regulatorio para el ejercicio del sufragio que sirva de protección a su pureza e integridad...”, por lo que estima que el art. 238 letra a del CE no contraviene al principio de igualdad (arts. 3 inc. 1° y 80 inc. 1° Cn.) y al carácter libre del voto (art. 78 Cn.).

**II.** Expuestos los motivos de inconstitucionalidad planteados por el actor y la opinión del Fiscal General de la República, (1) se resolverá a continuación la petición que ciertos ciudadanos hicieron con el fin de intervenir en este proceso a título de *amicii curiae*. Luego, (2) se analizará la posibilidad de que el motivo de inconstitucionalidad alegado contra el art. 238 letra a del CE, que ha sido derogado, sea trasladado a otra disposición jurídica contenida en otro cuerpo jurídico. Finalmente (3) se identificarán los problemas jurídicos que deben ser resueltos, así como el *iter* lógico de esta sentencia.

1. Como se dijo antes, los ciudadanos Félix Augusto Antonio Ulloa (conocido por Félix Ulloa hijo), José Ramón Villalta, Eduardo Salvador Escobar Castillo, José Dagoberto Gutiérrez Linares, Bernardo Rómulo Rivas Blanco y José Domingo Méndez Espinoza se personaron al proceso solicitando que se les diera intervención a título de *amicii curiae*.

Para resolver adecuadamente esta solicitud, es pertinente recordar que la figura del *amicus curiae* (amigo del Derecho o amigo de la Corte) engloba a terceros ajenos en un proceso que, a causa de su especialidad profesional y desinteresada, ofrecen una opinión técnica e ilustrativa sobre un tema o cuestión relevante que debe ser resuelta por el Tribunal. La idea es que los juzgadores estén mejor informados para adoptar decisiones. La intervención del *amicus curiae* en el proceso de inconstitucionalidad está condicionada a que el tercero demuestre una aptitud razonable con una determinada especialidad.

En vista de que quien interviene como *amicus curiae* no plantea una pretensión en defensa de una situación jurídica específica, su opinión carece de efectos vinculantes para la Sala, y tampoco existe una obligación de admitir su colaboración. En este último sentido, para permitir su opinión en el proceso de inconstitucionalidad, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: (i) que esta Sala tenga dudas relevantes sobre el tema al que se

refiere el objeto de control; (ii) que la opinión del *amicus curiae* aluda a *aspectos técnicos* de una ciencia o una disciplina *distinta a la jurídica*; y (iii) que el proceso de inconstitucionalidad se encuentre en la fase de pronunciar la sentencia, pues solo después de examinados los argumentos de los intervinientes este Tribunal estaría en condiciones de analizar la necesidad de la opinión adicional.

Teniendo presente lo apuntado, se infiere que para resolver la pretensión de inconstitucionalidad cuyo análisis nos ocupa es innecesario admitir en este proceso la intervención de los referidos ciudadanos Ulloa, Villalta, Escobar Castillo, Gutiérrez Linares, Rivas Blanco y Méndez Espinoza a título de *amicii curiae*. Si bien la petición se hizo en el momento previo a la adopción de esta sentencia, la intervención de los mencionados ciudadanos no aporta elementos técnicos que ilustren a este Tribunal sobre el tema central de la inconstitucionalidad pedida. Por tal causa, *la solicitud en cuestión deberá declararse sin lugar*.

2. Ahora bien, previo a cualquier consideración sobre el art. 238 letra a del CE, es ineludible poner de manifiesto que el Código Electoral identificado al inicio de esta sentencia fue derogado expresamente por Decreto Legislativo n° 413, de 3-VII-2013, publicado en el Diario Oficial n° 138, tomo 400, de 26-VII-2013, que promulgó el Código Electoral actualmente vigente (“CE”, en lo sucesivo).

Esta modificación en el sistema de fuentes del Derecho Electoral hace necesario formular ciertas consideraciones sobre (A) la posibilidad de que el contraste planteado sea trasladado hacia una disposición contenida en la nueva normativa, cuando esta haya reproducido (formal o materialmente) la que originalmente fue cuestionada. Ello, con el fin de (B) determinar si, en el presente caso, el contraste propuesto por el actor puede ser reconducido a una o varias disposiciones jurídicas contenidas en el CE y, por tanto, enjuiciado en la presente sentencia.

A. La nota esencial para determinar la validez de las disposiciones legales es el cumplimiento de ciertas condiciones formales y materiales que el ordenamiento jurídico prevé como necesarias. En términos generales, una de tales condiciones que debe ser constatada para que una disposición jurídica sea considerada como válida es que *no haya sido derogada por una disposición posterior* (sentencia de 13-V-2005, Inc. 16-2004). Cuando la disposición jurídica que se propone como objeto de control es derogada, la tramitación del proceso de inconstitucionalidad resulta alterada, pues debe reconocerse que su objeto no es ajeno a las eventuales modificaciones que el legislador puede hacer sobre el precepto legal cuya validez se enjuicia.

Y es que el pronunciamiento que decide la pretensión en este tipo de trámite tiene una estrecha conexión con la disposición o acto impugnado y con su *pertenencia actual en el sistema de fuentes del Derecho*, a tal punto que el proceso de inconstitucionalidad debe finalizar si cualquiera de ellos pierde su validez. En tal caso, esta Sala debería optar por

emitir una resolución de sobreseimiento. No obstante, este Tribunal ha señalado que lo relevante para llevar a cabo el control de constitucionalidad no es el cambio en el tenor de la disposición jurídica sugerida como objeto de control, sino la modificación de los términos de la impugnación que haga el actor (sentencias de 16-VII-2004 y 1-IV-2004, Incs. 27-2001 y 52-2003, respectivamente).

Si a pesar de la alteración del texto se mantiene un significado en la nueva disposición jurídica igual o semejante al que fue adscrito por el demandante a la disposición jurídica originalmente impugnada, la pretensión de inconstitucionalidad puede considerarse aún configurada y, por tanto, el proceso constitucional debe tramitarse hasta su conclusión por sentencia de fondo. *Lo mismo ocurre cuando el cuerpo jurídico que contiene las disposiciones impugnadas es derogado expresamente por otro que le reproduce sustancialmente.*

Los enunciados legales son siempre alterados cuando el Legislativo hace una reforma legal, pero ello no impide que, de acuerdo con los límites establecidos por el nuevo texto, la interpretación del peticionario siga siendo relevante como elemento del control de constitucionalidad. De igual manera, *a pesar de que una disposición haya sido derogada expresamente por una nueva regulación completa, esta puede retomar la norma impugnada y, por ello, el contrastante normativo puede persistir en la nueva normativa.* En ambos casos, el proceso de inconstitucionalidad tendrá que tramitarse y concluir mediante sentencia de fondo que decida la constitucionalidad de la norma. La finalidad del traslado del contraste es dar una respuesta eficaz al justiciable y, de ese modo, evitar fraudes al control de constitucionalidad de las leyes.

B. Tal como se apuntó, en el presente caso este Tribunal ha advertido que el CE emitido por Decreto Legislativo n° 413, de 3-VII-2013, publicado en el Diario Oficial n° 138, tomo 400, de 26-VII-2013, derogó expresamente al Código Electoral emitido por Decreto Legislativo n° 417, de 14-XII-1992, publicado en el Diario Oficial n° 16, tomo 318, de 25-I-1993, cuerpo jurídico que contenía la disposición cuestionada. Sin embargo, el decreto legislativo derogante incluye una disposición que reproduce sustancialmente el supuesto que contenía el art. 238 letra a del Código Electoral, ahora derogado.

Tal precepto es el art. 185 inc. 1° letra a del CE, el cual establece que:

**“Papeletas y forma de votación**

Art. 185.- Los ciudadanos y ciudadanas emitirán su voto por medio de papeletas oficiales, que las respectivas Juntas Receptoras de Votos pondrán a su disposición en el momento de votar y lo harán de la siguiente forma:

- a. Para la elección de Presidente o Presidenta y Vicepresidente o Vicepresidenta de la República, y de Concejales Municipales, marcando sobre la bandera del partido o coalición por cuyos candidatos emita su voto”.

Del simple cotejo se observa que entre los enunciados legales contenidos en el art. 238 letra a del Código Electoral (derogado) y en el art. 185 inc. 1° letra a del CE (vigente) existe una semejanza relevante: tanto en la primera como en la segunda disposición se

prevé el mismo supuesto al cual el legislador imputa la misma consecuencia jurídica: si corresponde realizar la elección de Presidente y Vicepresidente de la República, y de Concejos Municipales, entonces se debe marcar sobre la bandera del partido o coalición por cuyos candidatos se emite el voto. Dicha situación permite concluir que, a pesar de la derogatoria de la disposición originalmente impugnada, el contraste aun existe, por lo que *esta Sala se encuentra habilitada para examinar la procedencia de las razones con base en las cuales el ciudadano Torres Rivera cuestionó el art. 238 letra a del Código Electoral (derogado), pero en cuanto al art. 185 inc. 1° letra a del CE, por la supuesta contravención a los arts. 3 inc. 1° y 80 inc. 1° Cn., y art. 78 Cn. En consecuencia el juicio de constitucionalidad será trasladado hacia este último precepto.*

3. En otro orden, es necesario identificar los problemas jurídicos que deberán ser resueltos en esta decisión. Así, lo que debe determinarse es si hay una violación al carácter libre del voto (art. 78 Cn.) y al principio de igualdad (arts. 3 inc. 1° y 80 inc. 1° Cn.) cuando se elige al Presidente y al Vicepresidente de la República, así como a los Concejos Municipales, marcando únicamente sobre la bandera del partido o coalición por cuyos candidatos los ciudadanos emitan su voto (art. 185 inc. 1° letra a. CE).

Para justificar la decisión que en definitiva se adopte para resolver los problemas jurídicos identificados, se hará: (III) un análisis sobre la constitucionalidad del art. 185 inc. 1° letra a del CE, en relación con los Concejos Municipales; (IV) una breve consideración sobre la soberanía popular, los componentes de la democracia representativa y del sistema electoral salvadoreños; (V) una acotación concisa de los sistemas mayoritarios y de representación proporcional; (VI) una sucinta reflexión sobre el derecho al sufragio, específicamente su carácter libre, y sobre el principio de igualdad, en concreto el término de comparación en el test de igualdad; y, finalmente, (VII) el análisis de los motivos de inconstitucionalidad expuestos por el demandante y se resolverán los problemas jurídicos identificados en esta oportunidad.

**III.** Se comenzará por examinar si el art. 185 inc. 1° letra a del CE es inconstitucional, por contravenir el principio de igualdad (art. 3 inc. 1° Cn.) y el carácter libre del voto (art. 78 Cn.). El motivo de inconstitucionalidad que el actor expuso es común para el Presidente y Vicepresidente de la República, por un lado, y para los Concejos Municipales, por el otro. De ahí que es conveniente hacer un análisis de ambos sujetos, pero por separado. En este Considerando solo se abordará el análisis del motivo de inconstitucionalidad alegado en relación con los Concejos Municipales.

1. Esta Sala ha analizado el argumento del peticionario, y lo ha vinculado con la estructura orgánico-subjetiva de los Concejos Municipales. De ello, esta Sala concluye que su alegato contiene un déficit argumental que impide conocer de fondo su pretensión de inconstitucionalidad, en cuanto a este punto. El ciudadano demandante ha pretendido equiparar los Miembros de los Concejos Municipales a los Diputados de la Asamblea

Legislativa y del Parlamento Centroamericano, olvidando, por una parte, argumentar por qué el estatuto de éstos es aplicable a aquellos; y, por otra, interpretar los arts. 3 inc. 1° y 80 inc. 1° Cn. en relación con el art. 202 Cn.

De acuerdo con el principio de unidad de la Constitución, es ineludible tener presente que las disposiciones constitucionales se hallan en una situación de mutua interacción y dependencia, por lo que solo su conexión global produce la conformación concreta de las instituciones estructuradas por la Constitución. Sus significados posibles únicamente pueden atribuirse adecuadamente cuando sus preceptos se entienden como unidad. De ahí que la interpretación de los arts. 3 inc. 1° y 80 inc. 1° Cn., también depende del art. 202 Cn.

Las disposiciones constitucionales se caracterizan por su indeterminación. Que los preceptos constitucionales utilizados como parámetro de control sean indeterminados supone que no hacen explícito en forma exhaustiva el conjunto de sus significados (por ejemplo, las condiciones de ejercicio o los límites a los derechos fundamentales) y, por tanto, existe incertidumbre acerca de si uno o varios significados específicos pueden serles atribuidos. Por ello, esta clase de disposiciones requiere de concreción a través de una actividad racional que justifique el resultado de la interpretación, pues la Constitución no es un código que contiene respuestas taxativas, sino un entramado sistemático de principios que orientan la labor del intérprete para construir las respuestas a cada caso concreto.

Esta necesidad deriva no solo del citado carácter indeterminado de los enunciados constitucionales, sino también porque así lo ha impuesto el legislador. El art. 6 n° 3 L.Pr.Cn. exige que, además de citar los artículos pertinentes de la Constitución que se consideran infringidos por el precepto objeto de control, se aduzcan los "... motivos en que se haga descansar la inconstitucionalidad...". Este artículo exige que el ciudadano haga un esfuerzo de interpretación y argumentación sobre las disposiciones confrontadas para plantear válidamente un motivo de inconstitucionalidad y, por tanto, justificar un contraste entre ellos.

2. En esta clase de proceso existe, pues, la obligación del demandante de argumentar, actividad que en el presente caso consiste en dar razones a favor de la tesis que sostiene que el estatuto constitucional aplicable a la conformación subjetiva de la Asamblea Legislativa y del Parlamento Centroamericano es "aplicable" a la conformación subjetiva de los Concejos Municipales; pues justificar que la elección del Alcalde, del Síndico y de los Regidores municipales debe hacerse mediante el "voto de la fotografía" del candidato y no por medio de un símbolo representativo del partido político al que estos pertenecen, supone mostrar las razones que permiten considerar dicha posibilidad como aceptable. La necesidad de realizar esta actividad argumentativa responde a la exigencia de concretar el contenido normativo del art. 202 inc. 1° Cn., sobre todo el carácter "proporcional" de la

elección de los regidores municipales. Esta disposición no fue tomada en cuenta por el actor en el análisis de los arts. 3 inc. 1° y 80 inc. 1° Cn.

Si se tiene presente lo apuntado, se concluye que en este caso el peticionario no ha formulado una argumentación suficiente de contraste aplicable al art. 185 inc. 1° letra a del CE, en lo que atañe a los Concejos Municipales, y las disposiciones constitucionales invocadas como parámetros de control. Aunque él haya expresado que los Miembros de los Concejos Municipales son funcionarios elegidos popularmente y que el “voto por bandera” afecta el voto libre en el momento de la elección, lo cierto es que los arts. 3 inc. 1° y 80 inc. 1° Cn. no fueron objeto de una genuina labor argumentativa y racional de su parte, atendiendo a la integración subjetiva de tales concejos. Estos alegatos quedaron agotados en su simple formulación.

Por tanto, al no existir motivos de inconstitucionalidad, el fundamento de la pretensión ha quedado indeterminado, lo cual significa que, de haberse observado liminarmente, la demanda presentada se hubiese tenido que rechazar sin trámite completo. *Pero como tal deficiencia ha sido advertida en este estado, corresponde sobreseer en el proceso, y así deberá ser declarado.*

**IV.** Depurada la pretensión, se continuará con el desarrollo de los tópicos enunciados en el *iter* lógico.

1. El principio de soberanía popular (art. 83 frase 2ª Cn.) tiene una gran trascendencia en la estructuración del Estado y en el sistema de representación política, pues significa que el pueblo es el verdadero y único titular del poder soberano y, por ello, todas las normas jurídicas y cargos públicos emanan directa o indirectamente de la voluntad popular. La representación política surge de la actuación conjunta del principio democrático y del principio de la división del trabajo, modelo de democracia representativa que estatuye el art. 85 incs. 1° y 2° Cn. (sentencia de 25-V-2011, Inc. 6-2011)

2. Lo anterior se proyecta sobre el sistema electoral salvadoreño, que ha sido definido por esta Sala como un conjunto de reglas, medios y procedimientos mediante los cuales, en virtud del voto ciudadano, la voluntad del pueblo se transforma en órganos de gobierno o de representación política (sentencia de Inc. 6-2011, ya citada). Esta noción fundamenta el sentido democrático de las funciones del Gobierno, porque es la metodología constitucional que hace posible el funcionamiento de los órganos representativos, según el principio de la mayoría; permite exigir que las funciones del gobierno respeten la voluntad y los intereses, cuando menos, de la mayoría del pueblo; hace posible a través del proceso electoral el control popular y, por ello, el cambio de los gobernantes; y exige la máxima atención y participación política de los ciudadanos en las funciones del Gobierno. Los sistemas electorales diseñados por la Constitución son el mayoritario y el de representación proporcional. A continuación se harán algunas acotaciones sucintas de estos sistemas.

V. 1. El sistema electoral mayoritario no procura que el resultado de la contienda electoral refleje la distribución de las votaciones, sino que persigue identificar a un vencedor indiscutible; por su medio se trata de elegir a una persona para ocupar un tan solo cargo, por ejemplo, el de Presidente de la República. En este sistema la adjudicación de los escaños depende de que un candidato reúna la mayoría exigida (absoluta o relativa) de los votos. *Aquí solo se toma en cuenta a los candidatos que ganan en las circunscripciones respectivas –generalmente nacional–, lo cual representa una ventaja, pues el elector se enfrenta a una decisión clara y está en condiciones de comprender qué sucede con su voto.* Con la regla de la mayoría, los votos depositados a favor de un candidato conducen al éxito electoral.

En nuestro caso, el requerimiento de la mayoría absoluta de votos puede conllevar un efecto político particular, debido a que puede conducir a una segunda elección si ningún candidato alcanza esa mayoría en la primera (art. 80 inc. 2° Cn.), a fin de determinar, en definitiva, quién es el ganador en la contienda electoral.

2. En relación con el sistema electoral proporcional exigido por la Constitución para la configuración del Órgano Legislativo, se ha dicho en la jurisprudencia constitucional que su finalidad básica es que exista el mayor grado de correspondencia posible entre la cantidad de votos y los escaños obtenidos (sentencia de 17-V-2002, Inc. 6-2000).

El fundamento de esta exigencia deriva, en primer lugar, de lo prescrito en el art. 78 Cn., en el sentido que el voto debe ser igualitario: cada voto debe tener el mismo peso en la configuración del Legislativo y, en principio, no debe haber votos de ciudadanos que no tengan un efecto en la representación popular en dicho órgano. Pero además deriva de lo prescrito en el art. 85 inc. 1° y 2° Cn., pues el Gobierno –en general– debe ser representativo y el sistema político debe ser pluralista, a medida que el sistema de representación proporcional permite que un mayor sector del electorado pueda ver el éxito de su participación en la elección; ello porque, aunque el partido de su preferencia no logre mayoría relativa (mayor número de votos que cualquier otro partido) o absoluta (mayor número de votos que todos los demás partidos juntos), sí ve la posibilidad de que el partido obtenga escaños o curules; es decir, que el ciudadano percibe que su voto es importante en la configuración del órgano representativo por antonomasia.

La forma de la candidatura en el sistema de representación proporcional se hace por medio de listas que le presentan al votante los nombres de los candidatos de los partidos, complementados con los candidatos no partidarios que compiten en la elección de que se trate. Esta forma potencia la capacidad de opción del ciudadano elector a la hora de votar, de tal manera que pueda elegir o decidir por uno o varios candidatos.

VI. 1. El derecho al sufragio tiene un sentido subjetivo y un sentido objetivo (sentencia de 26-VI-2000, Inc. 16-99). Según el primero, el sufragio aparece como una facultad del ciudadano (derecho de libertad) garantizada por el ordenamiento jurídico, que

implica el derecho subjetivo de elegir y de presentarse como candidato. De acuerdo con el segundo, el derecho al sufragio es un principio básico del ordenamiento democrático; visto como principio, el sufragio tiene una dimensión institucional indiscutible que radica en el hecho de que sin sufragio no hay democracia.

Pero además de lo anterior, el derecho al sufragio posee una dimensión activa y otra pasiva, atribuyéndosele a la primera varias características (art. 78 Cn.), entre las que interesa destacar el de ser *libre*. Que el sufragio sea libre *en el momento de su emisión* significa que los ciudadanos votan sin que intervenga para ello recompensa, castigo o presión alguna por el sentido de su voto y con opción –votar sí o no, en caso de referéndum; por uno u otro candidato [partidario o no partidario], en caso de elecciones; y anular el voto, abstenerse o votar en blanco, en cualquier caso– (sentencia de 7-XI-2011, Inc. 57-2011).

Asimismo, dado que la representación política postula que los ciudadanos (iguales entre sí) eligen con *libertad* a sus representantes, de esa misma manera debe respetarse su voluntad *en el resultado de las elecciones*, pues el sufragio se justifica por la necesidad de conferir a la población un procedimiento organizado de expresión política y, así concebido, es entendido como un procedimiento institucionalizado mediante el cual el cuerpo electoral se manifiesta políticamente, a fin de designar a los titulares del poder político.

Entonces, para que el sufragio sea verdaderamente libre, es necesario, por un lado, que el electorado cuente con capacidad de opción, es decir, que tenga diversas alternativas de elección entre los candidatos que posiblemente lo representarán; y, por el otro, que el resultado de su elección sea respetado, pues de la voluntad expresada en el voto se extrae su decisión real sobre la permanencia o sustitución de los titulares del poder público.

2. Toca ahora referirse al principio de igualdad y al término de comparación necesario para realizar un test de igualdad.

Cuando se dice que dos sujetos o situaciones jurídicas son iguales, ello no significa que sean idénticos, sino que comparten por lo menos una *característica*. Por otro lado, la igualdad es un concepto relacional, es decir, que no puede predicarse en abstracto de las personas o cosas, sino que se es igual con respecto a otra persona o cosa, y en relación con ciertas características. Teniendo presente ambos aspectos, se concluye que para formular un juicio de igualdad debe contarse por lo menos con dos personas o situaciones (que son, justamente, las que se comparan), y una o varias características comunes relevantes que permitan la comparación, esto es, el o los términos de comparación.

En relación con lo afirmado en último término, el objetivo del ciudadano que presenta una demanda de inconstitucionalidad siempre es argumentar racionalmente que un sujeto o situación jurídica, situados en una categoría menos beneficiada por el trato legal, es igual o similar a otros cuya regulación normativa le depara una situación más ventajosa. Esta regulación o supuesto que sirve de comparación es el término de comparación (*tertium*

*comparationis*). Admitido el término de comparación, el actor debe justificar que los dos supuestos son iguales a fin de obtener del Tribunal la declaratoria de inconstitucionalidad si ese trato diferenciador carece de razonabilidad.

Ahora bien, el término de comparación ha de ser alegado por el actor. El art. 80 L.Pr.Cn., que se refiere a la suplencia de la queja deficiente en los procesos de amparo y hábeas corpus, impide que esta Sala pueda introducirlo de oficio al debate en el proceso de inconstitucionalidad. De ahí que no es posible realizar el test de igualdad si los supuestos comparados son distintos. Justamente, dos de los casos en que no se admite el término de comparación cuando se alega la infracción al principio de igualdad son: (i) cuando el supuesto que se propone como *tertium comparationis* es una práctica ilegal; y (ii) cuando entre los supuestos comparados existe una *diferencia preexistente y originaria*. Aquí solo se abordará brevemente el segundo.

Cuando la diferencia entre la situación impugnada y el término de comparación es anterior al régimen jurídico impugnado, es decir, no es una creación de la ley que se cuestiona, el término de comparación no es aceptable. No es identificable un término de comparación entre dos sujetos de derechos que parten de una realidad jurídica *preexistente* y diversa. No se puede exigir igualdad de trato al legislador cuando se extrae consecuencias jurídicas diversas de situaciones que son distintas por imponerlo así la Constitución. El término de comparación es inadmisibile en los casos en que no se puede exigir igualdad de trato cuando se extraen consecuencias jurídicas diversas de situaciones que estaban originalmente en una distinta situación.

**VII.** Para efectuar el análisis de los motivos de inconstitucionalidad planteados, en este Considerando se examinará el argumento de inconstitucionalidad aplicable al art. 185 inc. 1° letra a del CE, por la supuesta violación al carácter libre del voto (art. 78 Cn.) y al principio de igualdad (arts. 3 inc. 1° y 80 inc. 1° Cn.) cuando se elige al Presidente y al Vicepresidente de la República, marcando únicamente sobre la bandera del partido o coalición por cuyos candidatos los ciudadanos emitan su voto.

1. Se comenzará por el análisis del art. 185 inc. 1° letra a del CE por la contravención al carácter libre del voto (art. 78 Cn.).

Según el actor, la disposición impugnada únicamente otorgó al ciudadano la opción de votar por el candidato o el partido para las elecciones de Diputados de la Asamblea Legislativa y del Parlamento Centroamericano, no así para las elecciones presidenciales. Por esta causa, entiende que solo se puede votar por el partido, y no por el candidato, lo cual acarrea la transgresión al carácter libre del voto.

Para dirimir adecuadamente este motivo de inconstitucionalidad, es preciso dotar de contenido el carácter libre del voto, pero teniendo presente las particularidades de la elección para el Presidente y Vicepresidente de la República. *La disposición constitucional propuesta como parámetro de control es el art. 78 Cn., pero el argumento del peticionario*

*y el principio de unidad de la Constitución exigen para ello que también se considere el art. 80 inc. 2° Cn., con arreglo al cual el sistema de elección de los funcionarios antes relacionados es el mayoritario.*

En los sistemas electorales mayoritarios los candidatos que se postulan no se benefician en absoluto del voto obtenido por otro candidato del mismo partido (pues no lo hay, por lo menos de la manera en que sucede en el sistema de representación proporcional), de modo que se elige un escaño y cada partido político presenta un candidato o una fórmula. Antes se ha dicho que en esta clase de sistema electoral se persigue identificar a un único vencedor: el Presidente de la República, que se postula necesariamente por una nómina junto con el candidato para la Vicepresidencia de la República. Como aquí se busca solo una fórmula ganadora, la adjudicación de la presidencia y vicepresidencia depende de que se haya obtenido la mayoría de los votos, que, según el art. 80 inc. 2° Cn., debe ser absoluta (mayor número de votos que todos los demás partidos juntos). Esto produce una consecuencia relevante con respecto al cuerpo electoral: *el partido político que postula a su candidato no ofrece a los ciudadanos una pluralidad de opciones, más que la fórmula presidencial.*

A diferencia de la elección del Presidente y Vicepresidente de la República, la elección de los Diputados de la Asamblea Legislativa y del Parlamento Centroamericano se lleva a cabo por medio del sistema de representación proporcional y, por ello, las opciones se le ofrecen al elector a través de listas o planillas que le muestran los nombres de los candidatos de los partidos, complementados con los candidatos propuestos por ellos y por los candidatos no partidarios que compiten en la elección.

Entonces, si para la elección presidencial no hay más opciones que votar por la fórmula propuesta por cada uno de los partidos políticos o coaliciones, se concluye que para obtener los votos los candidatos pueden presentarse visualmente agrupados bajo un símbolo partidista (la bandera) o por cualquier otro medio que los individualice, según lo determine el legislador. Por lo tanto, sería igual que en la papeleta de votación aparezca la bandera del partido político que postula a su candidato para Presidente y Vicepresidente de la República o que aparezca algún otro dato que identifique al candidato.

En esos términos, *el carácter libre del voto en las elecciones presidenciales no implica necesariamente que en las papeletas aparezca el “rostro o nombre del candidato”,* tal como lo plantea el actor. Para ello, hay que tomar en cuenta que el Constituyente contempló expresamente el requisito de la afiliación partidaria para el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, en los arts. 151 y 153 Cn. Si esto es así, votar por la bandera del partido político o coalición equivale a votar por el candidato a Presidente y a Vicepresidente de la República, *de modo que no hay riesgo de equívocos para el ciudadano.*

A raíz de las consideraciones hechas, se infiere que el contenido del carácter libre del voto (art. 78 Cn.) viene delimitado por el art. 80 inc. 2° Cn. El voto libre, sobre todo en el momento de la emisión, no funciona de la misma manera en las elecciones para Diputados, que para las del Presidente y Vicepresidente de la República. En la emisión, la capacidad de opción del electorado es plena en el primer caso, mientras que dicha capacidad es relativa en el segundo. Esto se justifica en que aquellos y estos son elegidos con base en sistemas electorales diferentes: el de representación proporcional y el mayoritario, respectivamente. *Por tanto, el art. 185 inc. 1° letra a del CE no contraviene el carácter libre del voto contemplado en el art. 78 Cn., ya que no se afecta la plena capacidad de opción, al haber una sola fórmula para elegir en la propuesta electoral de cada partido o coalición política, y así deberá ser declarado en la presente sentencia.*

2. Ahora se pasará a examinar el art. 185 inc. 1° letra a del CE por la vulneración al principio de igualdad. El demandante dijo en este punto que para la elección del Presidente y Vicepresidente de la República solo se puede votar por la bandera del partido o coalición, mientras que para los candidatos a Diputados de la Asamblea Legislativa y del Parlamento Centroamericano, el electorado tiene la opción de marcar la bandera del partido o coalición por cuyos candidatos emite el voto, la fotografía de los candidatos o candidatos propuestos por un partido o coalición contendiente y, finalmente, la fotografía de un candidato no partidario. Afirmó que todos esos funcionarios estatales son electos popularmente (art. 80 inc. 1° Cn.), por lo que no debería existir una regulación distinta entre ellos.

Antes se ha dicho que para hacer un juicio de igualdad debe contarse por lo menos con dos sujetos o situaciones, que son los que se habrán de comparar, y una o varias características comunes *relevantes* que permitan hacer la comparación. Si el actor no justifica que los dos supuestos que compara son iguales o por lo menos que entre ellos existe una característica relevante que justifique la comparación, esta Sala no podría estimar la pretensión correspondiente.

El demandante compara al Presidente y Vicepresidente de la República con los Diputados de la Asamblea Legislativa y del Parlamento Centroamericano; para él la semejanza de ambas clases de sujetos es que todos ellos son funcionarios de elección popular (art. 80 inc. 1° Cn.). No obstante, el actor incurre en un error, pues ha tomado como relevante un criterio que no lo es atendiendo a la infracción que él mismo ha denunciado. *Si el contexto en el que deben ser comparadas ambas clases de funcionarios públicos es el de las elecciones, entonces lo esencial es saber cuál es el sistema de elección aplicable a cada uno de ellos.*

Ser funcionario de elección popular no justifica por ese solo hecho una regulación legislativa paritaria en cuanto a la forma en que debe ser elegido, pues entre ellos pueden existir diferencias que justifiquen un tratamiento distinto. Como se dijo en la sentencia de Inc. 57-2011, ya citada, una de las obligaciones que se deducen de la igualdad como

principio constitucional es la que exige *tratar de manera diferente aquellas situaciones jurídicas en las cuales las diferencias son más relevantes que las similitudes*. En consecuencia, lo importante es que entre los sujetos comparados no existan diferencias relevantes, ni mucho menos preexistentes.

Realmente, en las elecciones, entre el Presidente y Vicepresidente de la República y los Diputados a la Asamblea Legislativa y al Parlamento Centroamericano existe una diferencia muy importante y, además, preexistente: *el sistema electoral que, según la Constitución, es aplicable a cada uno de ellos*. A los primeros se les aplica el sistema mayoritario, en tanto que a los segundos el de representación proporcional, según ha quedado justificado en párrafos anteriores. El actor olvida que su tesis, que se basa en que el contenido de la disposición impugnada realiza una “equiparación” de unos y otros funcionarios de elección popular (art. 80 inc. 1° Cn.), parte también de una “diferenciación preexistente”, si se la relaciona sistemáticamente con los arts. 79 inc. 2° y 80 inc. 2° Cn.

Dicho de otro modo, *el Presidente y Vicepresidente de la República y los Diputados a la Asamblea Legislativa y al Parlamento Centroamericano son funcionarios de elección popular que obtienen votos de acuerdo con sistemas electorales diferentes*. Esto nos lleva a una constatación clara en el reconocimiento de la equívoca identificación del demandante en el término de comparación: *el Legislativo no ha introducido diferenciación alguna entre los funcionarios aludidos, sino que ha tomado como criterio para la singularización normativa prevista en el art. 185 inc. 1° letra a del CE una realidad jurídica establecida por la propia Constitución*.

Por lo tanto, no se puede exigir una igualdad de trato al legislador cuando pretende extraer consecuencias jurídicas diversas de situaciones que estaban originariamente en una situación jurídica distinta, siempre que el criterio adoptado por él sea esa diferenciación de régimen jurídico, y la finalidad perseguida por la norma diferenciadora sea coherente con esa diferenciación de partida. Incluso, podría afirmarse que esa regulación distinta no sería calificable como “diferenciadora” para efectos del principio de igualdad, porque faltaría el supuesto mismo: *la común posición en el ordenamiento que haría exigible el trato igual*.

El término de comparación aducido para fundar el trato diferenciador denunciado carece de relevancia, dado el diferente estatuto constitucional y legal del sistema electoral previsto para la elección del Presidente y Vicepresidente de la República, y la elección de los Diputados a la Asamblea Legislativa y al Parlamento Centroamericano, situación que *impide apreciar el trato discriminatorio alegado. De ahí que tampoco existe la inconstitucionalidad alegada por el pretensor, por lo que así deberá declararse en esta sentencia*.

C. En definitiva, *existe una diferencia relevante entre el Presidente y Vicepresidente de la República, y los Diputados de la Asamblea Legislativa, no obstante que todos ellos son funcionarios de elección popular (art. 80 inc. 1° Cn.); esta diferencia consiste en que*

*los primeros se eligen con base en el principio mayoritario y los segundos con arreglo al principio de representación proporcional.*

**Por tanto,**

Con base en las razones expuestas, disposiciones y jurisprudencia constitucional citada, y en el art. 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

**Falla:**

1. *Declárase* que en el art. 185 inc. 1° letra a del Código Electoral (antiguo artículo 238 letra a del Código Electoral), *no existe la inconstitucionalidad advertida por la aparente vulneración al carácter libre del voto establecido en el art. 78 de la Constitución*, en los términos planteados por el demandante.

2. *Declárase* que en el art. 185 inc. 1° letra a del Código Electoral (antiguo artículo 238 letra a del Código Electoral), *no existe la inconstitucionalidad advertida por la aparente vulneración al principio de igualdad (art. 3 inc. 1° en relación con el art. 80 inc. 1°, ambos de la Constitución)*, según lo planteado por el actor, porque el término de comparación aducido para fundar el trato diferenciador del citado precepto legal carece de relevancia constitucional, dado el diferente estatuto constitucional y legal del sistema electoral previsto para la elección del Presidente y Vicepresidente de la República, y la elección de los Diputados a la Asamblea Legislativa y al Parlamento Centroamericano.

3. *Sobreséese* en el presente proceso con respecto a la inconstitucionalidad del art. 185 inc. 1° letra a del Código Electoral, en lo relativo a los Concejos Municipales, por la supuesta violación al principio de igualdad (art. 3 inc. 1° Cn.) y al carácter libre del voto (art. 78 Cn.)

4. *Declárase sin lugar* la solicitud de intervención como *amicii curiae* presentada por los ciudadanos Félix Augusto Antonio Ulloa (conocido por Félix Ulloa hijo), José Ramón Villalta, Eduardo Salvador Escobar Castillo, José Dagoberto Gutiérrez Linares, Bernardo Rómulo Rivas Blanco y José Domingo Méndez Espinoza, por las razones expuestas en el Considerando II 1 de esta sentencia.

5. *Notifíquese* la presente sentencia a todos los intervinientes.

6. *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.