

57-2011

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las quince horas con cuarenta minutos del día siete de noviembre de dos mil once.

El presente proceso de inconstitucionalidad ha sido promovido por el ciudadano Francisco Edgardo Monge Galdámez, a fin de que este tribunal declare la inconstitucionalidad, por vicio en su contenido, de los *arts. 217 inc. 2º, 238 incs. 2º y 3º, 250 inc. 3º, 253-C inc. 4º letras c) y d), y 262 inc. 1º letra f) números 1, 2, 3, 4, y 5 del Código Electoral (en lo sucesivo “CE”)*, contenido en el D. L. n° 417, de 14-XII-1992, publicado en el D. O. n° 16, tomo 318, de 25-I-1993, reformado por D. L. n° 758, de 16-VI-2011, publicado en el D. O. n° 120, tomo 391, de 28-VI-2011 (en adelante “D. L. n° 758/2011”), por la supuesta vulneración a los arts. 3, 72 ord. 3º, 78, 126 y 246 Cn.

Las disposiciones impugnadas prescriben:

“Art. 217. [inc. 2º] (...) Los candidatos y candidatas no partidarios habilitados para inscribirse, lo harán exclusivamente en la circunscripción electoral de la que son originarios o en la cual residen, de acuerdo a su Documento Único de Identidad”.

“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: (...) b. Para la elección de Diputados y Diputadas a la Asamblea Legislativa y del Parlamento Centroamericano podrán marcar así: (...) 1. Marcando sobre la bandera del partido o coalición por cuyos candidatos emite el voto.

Al momento de votar los ciudadanos solo podrán escoger una de las alternativas anteriores, pero si marcaran la bandera de un partido o coalición y una de las candidaturas propuestas por éste, se anotará como preeminencia a favor de la candidatura señalada, la cual será tomada en cuenta a la hora de definir la asignación de escaños ganados por el partido o coalición.

Si se marcara en un papeleta dos o más candidatos, sobre toda la lista de candidatos del partido o coalición de su preferencia, o sobre la bandera y parte o toda la lista de un partido político o coalición, el voto es favorable para el respectivo partido político o coalición, pero no constituye preeminencia”.

“Art. 250. [inc. 3º] Cada marca sobre un candidato o candidata de un partido político o coalición, se contabilizará como voto a favor del partido o coalición y se registrará en el acta como preeminencia; pero si se marcara en más de un candidato o candidata dentro de la

misma planilla el voto se registrará a favor del partido o coalición, pero en este caso no constituye preeminencia”.

“Art. 253-C. [inc. 4º] En la elección de Diputados a la Asamblea Legislativa, se contabilizarán como votos válidos los siguientes: (...) c. Si la marca fue realizada sobre la bandera y un candidato o candidata de un mismo partido político o coalición, se contabilizará el voto válido a favor del respectivo partido político o coalición. d. Si se realizaron dos o más marcas sobre los candidatos de una misma lista; o se marca sobre toda lista (*sic*) de un partido político o coalición; o se marca una bandera y dos o más candidatos de un mismo partido político o coalición, el voto es favorable para el respectivo partido político o coalición, pero no constituye preeminencia”.

“Art. 262. [inc. 1º] f. Luego de haber determinado el número de escaños que corresponden a cada partido o coalición contendiente en cada departamento, el Tribunal procederá a determinar la prelación de los Diputados electos de la manera siguiente:

1) Los votos obtenidos por el partido o coalición sin preeminencias, se distribuirán de manera equitativa hasta donde alcancen, de acuerdo a los escaños obtenidos, según la prelación propuesta por el partido o coalición.

2) A los candidatos y candidatas que les correspondió una parte de la división en el literal anterior, se les sumarán las preeminencias obtenidas de conformidad al artículo 250 y se obtendrá un subtotal para cada candidato o candidata dentro de la planilla.

3) Si hubieran candidatos o candidatas con preeminencia a los cuales no les correspondió el reparto establecido en el numeral uno de este literal, sus respectivas preeminencias se tomarán como totales.

4) El Tribunal procederá a asignar los escaños atendiendo los resultados de mayor a menor, tomando en cuenta toda la lista.

5) En caso de empate entre dos candidatos o más candidatas, prevalecerá entre éstos el orden según la planilla presentada por el partido o coalición postulante”.

Han intervenido en el proceso, además del actor, la Asamblea Legislativa.

Analizados los argumentos y considerando:

I. 1. En su demanda, el pretensor inicialmente manifestó que los arts. 217 inc. 2º, 238, 250 incs. 2º y 3º, 253-C inc. 4º letras c) y d) y 262 inc. 1º letra f) números 1, 2, 3, 4 y 5 CE, son inconstitucionales, por los siguientes motivos:

A. En relación con el art. 217 inc. 2º CE, el actor planteó su inconstitucionalidad por la supuesta vulneración a los arts. 3 y 72 ord. 3º Cn.

a. En cuanto a la infracción al derecho de igualdad –art. 3 Cn.–, afirmó que en el art. 217 inc. 2º CE se advierte una diferencia de trato entre los candidatos o candidatas no partidarias y los postulados por los partidos políticos, pues, para inscribirse en el registro

pertinente del Tribunal Supremo Electoral (TSE), a los primeros se les exige como condición indispensable *que sean originarios o residentes de la circunscripción electoral en la que pretenden participar*, mientras que a los segundos se les permite presentar sus candidaturas en cualquier circunscripción electoral, según lo establece el art. 217 inc. 1° CE.

Ambos sujetos de Derecho –aclaró– son diferentes, ya que los candidatos partidarios son postulados por organizaciones institucionalizadas –partidos políticos– que gozan de un *registro jurídico*, lo que les permite perdurar en el tiempo, mientras que los candidatos no partidarios se postulan exclusivamente para una elección.

No obstante –aseveró–, como actores del proceso eleccionario que son, tanto los candidatos partidarios como los no partidarios buscan un objetivo común: *su inscripción para poder participar en las elecciones*. Es decir, que a pesar de que el modo de postulación sea distinto, en el momento de su inscripción se encuentran en situación similar, pues ambos buscan ser contendientes en el proceso eleccionario y, por ello, deben regirles normas que les permita una igualdad de oportunidades para lograr ese objetivo común.

En definitiva –concluyó–, el art. 217 inc. 2° CE transgrede el derecho fundamental a la igualdad ante la ley contenido en el art. 3 Cn., debido a que establece una regulación disímil para los candidatos propuestos por los partidos políticos y los candidatos no partidarios, a pesar de que entre estos no existen diferencias en el momento de su *inscripción*.

b. Además, el demandante alegó que lo regulado en el art. 217 inc. 2° CE también vulnera el derecho a optar a un cargo de elección popular contenido en el art. 72 ord. 3° Cn., ya que la citada disposición legal contempla una medida legislativa desproporcionada.

A ese respecto –sostuvo–, en el D. L. 758/2011, mediante el cual se reforma la disposición impugnada, no se expresa cuál es la finalidad de la medida en referencia; sin embargo, se puede especular que es el fortalecimiento de la representación, en tanto que *los electores tendrán mayor identidad con los candidatos no partidarios de su circunscripción territorial, debido a que estos son originarios o residentes del lugar*.

Ahora bien –expuso–, lo anterior carece de sentido, a partir de la interpretación que esta Sala ha hecho del art. 125 Cn., pues los Diputados son representantes del pueblo en su

conjunto y no están ligados a mandatos ni a instrucciones; además, tales funcionarios se sujetan únicamente al interés general, por lo que deben guiarse por la decisión más ajustada al bien común, que prevalece sobre los intereses particulares de una circunscripción electoral.

En consecuencia –aseveró–, *la medida legislativa de que los candidatos no partidarios deban ser originarios o residentes de la circunscripción electoral en la que deseen inscribirse carece de un fin que justifique la limitación del derecho a optar por un cargo de elección popular, y, por tanto, no es idónea para el fin que se persigue*, de manera que reporta una intervención desproporcionada en el referido derecho.

B. El actor también planteó la inconstitucionalidad de los arts. 238 inc. 1º letra b) nº 1 y 250 inc. 3º CE, por la supuesta vulneración a los arts. 3 y 78 Cn.

a. En primer lugar, alegó la infracción al art. 3 Cn. por el art. 238 inc. 1º letra b) nº 1 CE, en tanto que prevé varias modalidades de elección que se le confieren al elector. Precisamente, el voto por bandera es una de ellas.

(i) Con respecto a lo anterior –manifestó–, debe partirse de que el *voto por bandera*, en sentido estricto, no es inconstitucional; sin embargo, existe un problema en relación con sus efectos: votar por bandera equivale a hacerlo por el partido sin preeminencia, lo que implica que los votos deben ser distribuidos de manera equitativa entre los primeros candidatos de la lista, en el orden de prelación determinado por el partido respectivo, según lo establece el art. 262 inc. 1º letra f) número 1 CE.

Así –consideró–, *el voto por bandera previsto en el art. 238 inc. 1º letra b) nº 1 CE constituye una regulación complementaria del art. 262 letra f) nº 1 CE, contraria al derecho de igualdad ante la ley contenido en el art. 3 Cn.*

(ii) No obstante lo anterior, el actor expuso que el art. 238 inc. 1º letra b) nº 1 CE puede ser interpretado conforme con la Constitución, en el sentido de que la expresión “votar por bandera” se entienda como conceder una marca a cada uno de los candidatos de la lista o planilla sin discriminación alguna, de manera que constituya una modalidad de votación que coexista con otras alternativas –como el voto múltiple– que le permita al elector determinar su preferencia al marcar por un candidato, varios o todos. Este último caso, según el demandante, deberá comprenderse del siguiente modo: el sufragio activo se puede ejercer marcando bien por todos los candidatos de la lista o bien por la bandera, lo

que, en el momento de determinar el orden de la planilla –con base en el art. 262 inc. 1° letra f) número 1 CE–, se concebirá como una marca para todos los candidatos de la lista o planilla.

b. (i) Vulneración al *carácter libre* del voto contenido en el art. 78 Cn. por los arts. 238 inc. 2° y 250 inc. 3° CE.

Respecto de dicha incompatibilidad, el pretensor expresó que las disposiciones legales cuestionadas regulan tres formas de votación: *por bandera, por un candidato partidario o por un candidato no partidario*.

Ante tal tipo de regulación, el demandante cuestionó las razones que llevan a limitar el voto para que solo se pueda elegir a un candidato de una lista, por ejemplo, en una circunscripción de 25 escaños; asimismo, se preguntó por qué no se reconoció que los supuestos establecidos en los arts. 238 inc. 2° y del 250 inc. 3° CE fueran otras modalidades de ejercer el voto en sentido estricto.

En ese orden de ideas, afirmó que, al reconocerse únicamente tres maneras de ejercer el sufragio, el D. L. n° 758/2011 reduce al mínimo la capacidad de opción de los electores, lo que atenta contra el carácter libre del voto establecido en el art. 78 Cn.

Por tales motivos, solicitó que los arts. 238 inc. 2° y 250 inc. 3° CE, sean declarados inconstitucionales.

(ii) A pesar del requerimiento que formula, el pretensor también solicitó que tales disposiciones legales sean *interpretadas conforme con la Constitución*, en el sentido de que los supuestos contemplados en ellas se entiendan como otras modalidades de votación a las cuales el elector tiene derecho –voto múltiple– y por las que puede optar en el momento de ejercer su voto en la elección de Diputados a la Asamblea Legislativa.

c. También alegó vulneración al carácter directo y libre del voto contenido en el art. 78 Cn., por los arts. 238 inc. 3° y 250 inc. 3° Cn.

(i) Sobre el carácter directo del voto, el solicitante aseveró que en tales disposiciones se prevén supuestos de voto por el partido, sin preeminencia, cuando se marcan dos o más candidatos de una misma lista, toda la lista o la bandera y dos o más candidatos de un mismo partido.

Tales supuestos de votación –sostuvo– constituyen una distorsión de la voluntad del elector que decide optar por cualquiera de ellos, ya que *los votos de partido sin*

preeminencia cuentan, no a favor de los candidatos marcados de forma preferente, sino en beneficio de los primeros candidatos de la lista establecida por el partido, según lo establece el art. 262 inc. 1º letra f) número 1 CE.

De tal forma –concluyó–, *los arts. 238 inc. 3º y 250 inc. 3º CE distorsionan la voluntad del elector y afectan el carácter directo del voto –art. 78 Cn.–, que implica que los ciudadanos elijan a sus representantes sin intermediación alguna, respetándose las marcas que de forma preferente haga el elector. Por ello, solicitó que se declare su inconstitucionalidad.*

(ii) En relación con el carácter libre del voto, el peticionario expuso que *lo regulado por los arts. 238 inc. 3º y 250 inc. 3º CE también incide en él, debido a que se “castiga” la voluntad del elector cuando este vota por más de un candidato de la lista, por dos o más de ellos o por la bandera. En tales casos, se presume que los votos se confieren al partido, sin preeminencia, lo que supone su reparto a favor de los candidatos que se encuentran ubicados en los primeros lugares de la lista.*

Por tanto, solicitó igualmente que dichas disposiciones sean declaradas inconstitucionales y que, en su lugar, *se interprete que votar por dos o más candidatos de una misma lista, por toda la lista o por la bandera y dos o más candidatos de un partido es igual a votar con preeminencia a favor de cada uno de los candidatos marcados.*

C. También alegó la inconstitucionalidad del art. 253-C inc. 4º letras c) y d) CE, por incompatibilidad con el art. 78 Cn., en los siguientes términos:

a. En relación con el art. 253-C inc. 4º letra c) CE, el actor manifestó que *marcar una bandera y un candidato de la lista es equivalente a un voto de partido sin preeminencia, lo cual constituye una norma perniciosa, pues distorsiona la voluntad del elector que decide optar por una de esas modalidades.*

En tal caso –indicó–, el voto finalmente es asignado a favor de los primeros candidatos de la lista, quienes son determinados con arreglo a las proyecciones de los partidos políticos; ello, a pesar de que el elector haya emitido su decisión marcando por el último de la lista. De ahí que, a partir de la forma en que está redactado el art. 253-C inc. 4º letra c) CE, se presume que el voto válido emitido es para el partido, sin preeminencia, cuando se ha marcado sobre la bandera y al mismo tiempo sobre un candidato de un mismo partido político o coalición.

b. Asimismo, argumentó la infracción al carácter libre y directo del voto establecido en el art. 78 Cn., por el art. 253-C inc. 4° letra d) CE.

Sobre este particular, el demandante sostuvo que, si se agrupan los supuestos contenidos en la disposición legal en referencia, se puede concluir que el voto válido es para el partido, aunque sin preeminencia, en los siguientes casos: cuando se marcan dos o más candidatos de una misma lista, se marca sobre toda la lista o se marca la bandera y dos o más candidatos de un mismo partido.

Así, a juicio del peticionario, las situaciones arriba relacionadas distorsionan la voluntad del elector que decide optar por cualquiera de ellas, puesto que en tales casos los votos no se cuentan a favor del candidato votado de forma preferente, sino en beneficio del partido, sin preeminencia. Ello provoca –afirmó– que *los votos emitidos deban ser repartidos entre los candidatos de la lista en el orden establecido por el respectivo partido político o coalición.*

En este caso –dijo–, el efecto restitutorio del orden constitucional es que la parte de la disposición legal cuya constitucionalidad se cuestiona, referida a que el voto se entienda como del partido, sin preeminencia, sea expulsada del ordenamiento jurídico, por lo que el voto ejercido en los casos a los que se refiere el art. 253-C inc. 4° letra d) CE, *deberá interpretarse como un voto emitido a favor del partido, pero con preeminencia para el candidato marcado.* Por ello, solicitó que se declare parcialmente la inconstitucionalidad del artículo mencionado.

D. Inconstitucionalidad del art. 262 inc. 1° letra f) números 1, 2, 3, 4 y 5 CE, por la supuesta incompatibilidad con el art. 3 Cn.

En cuanto a este contraste normativo, el ciudadano Monge Galdámez expuso los motivos de inconstitucionalidad para cada uno de los números incorporados en la letra f) del citado artículo. Por ello, las razones plasmadas se citarán por separado.

a. Infracción al derecho de igualdad ante la ley –art. 3 Cn.– por el art. 262 inc. 1° letra f) número 1 CE.

El demandante afirmó que la regla contenida en la disposición legal en cuestión, además de constituir el pilar fundamental de las subsiguientes, determina el orden de prelación de los candidatos a diputados, ya que establece un mecanismo de reparto de los votos obtenidos por el partido o coalición, sin preeminencia.

En ese sentido –manifestó–, *el criterio de distribución de votos, sin preeminencia, implica un trato desigual entre los candidatos que forman la planilla postulada por los partidos políticos contendientes, debido a que establece una repartición de votos que beneficia a los primeros aspirantes de la lista en detrimento de los últimos, al repartir equitativamente los votos en el orden de prelación del partido según el número de escaños ganados.*

Esto implica –a criterio del actor– un trato diferente respecto de los candidatos partidarios ubicados en las posiciones inferiores de las listas, situación que el Legislador pretende soslayar al expresar que *los votos sin preeminencia se repartirán hasta donde alcancen entre los candidatos de la lista, de conformidad con el número de escaños ganados en la circunscripción.*

En tal orden de ideas –afirmó–, *todos los candidatos partidarios o de coalición inscritos en una planilla se encuentran en una situación de similitud real, razón por la cual el Legislador debe emitir una legislación que permita una igualdad de oportunidades para lograr ser electos como Diputados, situación que ha sido soslayada por el art. 262 inc. 1° letra f) número 1 CE.*

b. (i) El solicitante también planteó infracción al derecho de igualdad ante la ley – art. 3 Cn.– por el *art. 262 inc. 1° letra f) números 2, 3, 4 y 5 CE.*

En este punto, el actor afirmó que el objeto de control –en general– contempla un trato preferente a favor de los candidatos partidarios ubicados en los primeros lugares dentro de la lista, situación que les favorece con respecto a aquellos que se encuentran al final de ella, pues los primeros sumarán un mayor número de votos que los últimos.

De esta forma –manifestó–, los números del apartado legal relacionado tienen *conexión material* con el inc. 1° letra f) número 1 del citado artículo, por lo que también solicita que sean declarados inconstitucionales.

(ii) Específicamente, en cuanto a los números 2 y 4 –explicó–, el efecto restitutorio del orden constitucional violado tendría que ser su expulsión del ordenamiento jurídico; no obstante, estima que los enunciados contenidos en tal disposición legal pueden interpretarse conforme a la Constitución de la siguiente manera:

Con respecto al número 2, la interpretación alegada por el ciudadano es que el reparto de votos de partido sin preeminencia sea para todos los candidatos de la lista, sin diferencia de trato a favor de los primeros en relación con el resto.

En lo atinente al número 4, el actor propuso entenderlo en el sentido de que la asignación de los escaños se hará de mayor a menor, tomando en consideración que el reparto de votos sin preeminencia se realizó entre todos los candidatos de la lista.

(iii) En lo que al número 3 concierne, el solicitante dijo que este se relaciona materialmente con el contenido normativo del n° 1, por lo que también viola el art. 3 Cn., pues continúa reconociendo el trato preferente a los primeros candidatos de la planilla, en detrimento del resto de ellos, en tanto establece que los votos alcanzados por los candidatos con preeminencias, a los que no les correspondió el reparto de votos de partido (sin preeminencia), se contabilizan como totales. En ese sentido –afirmó–, para restituir el orden constitucional quebrantado debe expulsarse del ordenamiento jurídico dicha norma.

(iv) Sobre el número 5, el actor indicó que dicho precepto contiene una regla de desempate que privilegia a los candidatos postulados por los partidos políticos o las coaliciones contendientes, pues establece una regulación disímil *a favor del orden de la planilla presentada por el partido*; ello, sin que existan diferencias de una clase que justifiquen dicho trato desigual.

2. Por resolución de 23-IX-2011, esta Sala advirtió lo siguiente:

A. a. Que en el caso del art. 262 inc. 1° letra f) número 1 CE, se había planteado una interpretación aislada que impedía apreciar en abstracto una discriminación normativa a los candidatos partidarios ubicados en los últimos lugares de la lista con respecto a los que se encuentran situados en los primeros lugares de ella, pues la distinción entre los *sujetos normativos* referidos no era producto o consecuencia de la apuntada disposición considerada individualmente sino, eventualmente, de su relación con otros artículos, como por ejemplo los que establecen los supuestos en que los votos se entienden favorables para los partidos políticos –arts. 238 inc. 3°, 250 inc. 3° y 253-C inc. 4° letras c) y d) CE–.

Tal defecto era subsanable, por lo que se previno al solicitante que aclarara cuál o cuáles eran las disposiciones legales que, vinculadas con el art. 262 inc. 1° letra f) número 1 CE, hacían una distinción abstracta entre los sujetos normativos que recibían un trato discriminatorio por el artículo en cuestión.

b. Asimismo, se advirtió que el demandante había omitido indicar cuáles eran las *consecuencias jurídicas* que se producían con respecto a los sujetos normativos que comparaba, en virtud del supuesto trato diferenciado que hacía el art. 262 inc. 1° letra f) número 1 CE; circunstancia que era indispensable para la adecuada configuración de la pretensión de inconstitucionalidad, pues *el derecho de igualdad no es un derecho autónomo*, por lo que, para su satisfacción, era necesario que el actor invocara otro derecho o situación jurídica determinada que considerara conculcada.

En efecto, a partir del argumento principal explicitado por el actor, se coligió que el derecho fundamental que podría verse afectado era el de participar en el proceso electoral para optar al cargo de Diputado –arts. 78 ord. 3° y 126 Cn.–, así como el carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–

Lo anterior también revelaba el carácter subsanable de este defecto, por lo que se previno al demandante que señalara con precisión si tanto el derecho a optar al cargo de Diputado como el carácter igualitario del voto, a los que se hizo referencia, eran los que pretendía alegar como conculcados, en virtud del trato discriminatorio que establecía el art. 262 inc. 1° letra f) número 1 CE.

B. Por otro lado, se acotó que el peticionario aseveraba que el art. 262 inc. 1° letra f) números 2, 3 y 4 CE, tenían una *conexión material* con el n° 1 del artículo, inciso y letra en referencia, pues aquellos también establecen un trato preferente a favor de los candidatos partidarios ubicados en los primeros lugares dentro de la lista, lo que les favorece con respecto a aquellos que se encuentran al final de ella.

Así –se indicó–, las consideraciones expuestas sobre el art. 262 inc. 1° letra f) número 1 CE, son también aplicables al art. 262 inc. 1° letra f) números 2, 3 y 4 CE. Por tanto, se previno al demandante para que aclarara cuáles eran las disposiciones legales que, vinculadas con los números señalados, hacían una distinción abstracta entre los sujetos normativos que reciben un trato discriminatorio por el artículo en cuestión; debiendo aclarar si alegaba como conculcados el derecho al sufragio pasivo para optar al cargo de Diputado y el carácter igualitario del voto por el trato discriminatorio que supuestamente establece el art. 262 inc. 1° letra f) números 2, 3 y 4 CE.

C. También se señaló que el actor había afirmado que el art. 262 inc. 1° letra f) número 5 CE contenía una regla de desempate, que se traducía en una regulación disímil a

favor de los candidatos partidarios según el orden en que aparecen ubicados en la planilla, sobre lo cual se sostuvo:

a. Una interpretación aislada del art. 262 inc. 1° letra f) número 5 CE no revela en abstracto una discriminación normativa a los candidatos partidarios ubicados en los últimos lugares de la lista con respecto a los situados al principio de ella.

Y es que –se apuntó– la distinción entre los sujetos a los que se refiere el ciudadano no es producto o consecuencia de la estructura normativa del art. 262 inc. 1° letra f) número 5 CE considerada en sí misma, sino posiblemente de su relación con los arts. 238 inc. 3°, 250 inc. 3° y 253-C inc. 4° letras c) y d) CE. Así, se previno al peticionario para que aclarara si las disposiciones jurídicas mencionadas, vinculadas con el art. 262 inc. 1° letra f) número 5 CE, establecían una distinción abstracta de los sujetos normativos que reciben el supuesto trato discriminatorio.

b. Asimismo, se indicó que el demandante no había precisado la irrazonabilidad del trato discriminatorio que se producía con respecto a los candidatos partidarios ubicados en los “últimos” lugares de la lista ni las consecuencias jurídicas que en abstracto se producían en relación con tales sujetos normativos.

Por tanto, también se le previno para que expusiera los argumentos en virtud de los cuales consideraba que el trato diferente que establece el art. 262 inc. 1° letra f) número 5 CE carecía de justificación, así como el derecho fundamental y la característica constitucional del voto que consideraba transgredidas en virtud del trato discriminatorio que regula el enunciado normativo en cuestión.

D. Por otra parte, se advirtió que el demandante, además de plantear una pretensión de inconstitucionalidad en contra de los arts. 238 inc. 1° letra b) n° 1, e incs. 2° y 3°, y 262 inc. 1° letra f) números 1, 2 y 4 CE, solicitó que se interpretaran conforme con la Constitución; peticiones que presuponían un planteamiento lógicamente incompatible, pues si un enunciado legal puede ser interpretado según lo prescrito por la Constitución, es invariable su declaratoria de inconstitucionalidad mediante este proceso.

En ese sentido, se previno al pretensor que aclarara si planteaba el contraste internormativo entre –por un lado– los arts. 238 inc. 1° letra b) n° 1, e incs. 2° y 3°, y 262 inc. 1° letra f) números 1, 2 y 4 CE, y –por otro lado– las disposiciones que, en relación con

ellas, proponía como parámetro de control; o si, por el contrario, insistía en formular las aludidas pretensiones con base en el principio de eventualidad.

3. Mediante escrito de 30-IX-2011, el solicitante intentó evacuar las prevenciones efectuadas por esta Sala, en los siguientes términos:

A. Sobre el primero de los pronunciamientos de la prevención, manifestó que existe un trato diferente entre los candidatos partidarios que se encuentran ubicados en los primeros lugares de la planilla y aquellos que están situados al final de ésta; situación que no puede apreciarse de manera abstracta con una interpretación aislada del art. 262 inc. 1° letra f) n° 1 CE, sino de éste en relación con los arts. 238 inc. 3°, 250 inc. 3° y 253-C inc. 4° letras c) y d) CE.

B. En cuanto a la segunda prevención, expuso que las consecuencias jurídicas que se producen por el tratamiento discriminatorio que hace el art. 262 inc. 1° letra f) n° 1 CE se traducen en la vulneración del derecho fundamental a participar en el proceso electoral para optar al cargo de Diputado –arts. 72 ord. 3° y 126 Cn.–, así como al carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–

C. En lo que atañe a la tercera prevención, puntualizó que las disposiciones jurídicas que –vinculadas con el art. 262 inc. 1° letra f) números 2, 3 y 4 CE, hacen una distinción abstracta entre los sujetos que reciben un trato discriminatorio por parte del Legislador–, son los arts. 238 inc. 3°, 250 inc. 3° y 253-C inc. 4° letras c) y d) CE.

Añadió que, a raíz de lo establecido en los preceptos mencionados, se transgrede el derecho fundamental a participar en el proceso electoral para optar al cargo de Diputado – art. 72 ord. 3° y 126 Cn.– y el carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–

D. En relación con la cuarta prevención, expuso que los arts. 238 inc. 3°, 250 inc. 3° y 253-C inc. 4° letras c) y d) CE, son las disposiciones jurídicas que, en conexión con el art. 262 inc. 1° letra f) n° 5 CE, hacen una distinción abstracta de los sujetos normativos que compara.

E. En cuanto a la quinta prevención, señaló que para poder enjuiciar la razonabilidad era necesario buscar argumentaciones que sustentaran lo regulado en el art. 262 inc. 1° letra f) n° 5 CE. En ese orden, citó el Dictamen n° 40 emitido por la Comisión de Reformas Electoral y Constitucionales, en relación con el decreto en cuestión, de la cual infirió que la finalidad del trato discriminatorio que hace la disposición cuestionada es que

los partidos políticos puedan planificar la integración de sus grupos parlamentarios. Además –dijo–, ante un eventual empate, se regula una prerrogativa en beneficio del orden en que son propuestos los candidatos partidarios, pues en los primeros lugares de las listas se ubica a los candidatos cuya victoria le interesa más a las cúpulas partidarias.

Sobre el particular agregó que, si bien los partidos políticos son entidades reconocidas por la Constitución, el orden de las candidaturas que hacen carece de trascendencia para el fortalecimiento de su papel en el gobierno representativo, dada su naturaleza instrumental según lo dispone el art. 85 inc. 1° Cn.; de ahí que se produzca una afectación al derecho a optar a un cargo de Diputado para aquel candidato que no goce de la venia suficiente de la cúpula partidaria para ser ubicado en los primeros lugares dentro de las listas, de modo que la posición final en que se encuentran situados los candidatos partidarios, implica *per se* una condición anticompetitiva, en la contienda por el escaño que se busca alcanzar en determinada circunscripción.

Lo anterior–aseveró–, pone de manifiesto una desventaja en relación con los que sí gozan de la venia de la cúpula, bajo el supuesto de un empate electoral, aun si los participantes en referencia se encuentran en similar situación.

Para reforzar su planteamiento indicó que los candidatos partidarios, tanto los que están ubicados en el inicio de la lista como los que están al final de ella, se convierten en competidores “intra-lista” por un escaño parlamentario, pues buscan alcanzar el cargo de elección popular, según lo impone la Constitución.

A pesar de esto, en caso de empate, la “balanza” electoral se inclina para favorecer a los candidatos que están en los primeros lugares de la lista, en detrimento de los últimos; ignorando las reglas relativas a la insaculación, las cuales permitirían garantizar de mejor manera el derecho de optar al cargo de Diputado para los ciudadanos que aparecen al final de las listas y que, además, se encuentran en una situación de empate.

Por tanto –aseveró–, el trato diferente que regula el art. 262 inc. 1° letra f) n° 5 CE, carece de justificación.

F. En cuanto al resto de la prevención, aclaró que ha pretendido plantear en la demanda y con el escrito de 30-IX-2011, un contraste normativo entre los arts. 238 inc. 1° letra b) n° 1, e incs. 2° y 3°; y 262 inc. 1° letra f) números 1, 2, 3 y 4 CE y las disposiciones legales que, en relación con ellas, propuso como objeto de control. De igual manera, en

caso de no verificarse la incompatibilidad planteada, pretende que, *con arreglo al principio de eventualidad, se haga una interpretación de las disposiciones impugnadas que sea conforme con la Constitución.*

4. Mediante resolución de 3-X-2011 esta Sala, además de examinar lo argüido por el solicitante en el escrito arriba relacionado, depuró la pretensión planteada de la siguiente manera:

A. a. Se advirtió que las deficiencias que presentaba la demanda (respecto de las cuales se previno) habían sido corregidas, y ya era posible apreciar el contraste normativo planteado.

b. Asimismo, el pretensor aclaró que, en caso de no verificarse la incompatibilidad normativa planteada, con arreglo al principio de eventualidad, ha solicitado que esta Sala efectúe una interpretación de las disposiciones aludidas conforme con la Constitución. Con dicha aclaración se tenía por subsanada la prevención relacionada y que atiende a la función principal de esta Sala de ser el intérprete constitucional en última instancia y potenciar la supremacía de la Constitución.

B. Respecto a los puntos de la pretensión sobre los cuales no se formuló prevención, esta Sala determinó:

a. Sobre el alegato de que art. 238 inc. 2° CE reduce al mínimo la plena capacidad de opción de los electores, lo que atentaría contra el carácter libre del voto establecido en el art. 78 Cn., el *voto libre* supone que se ejerza sin que intervenga recompensa, castigo o presión alguna por el sentido del voto y *con plena capacidad de opción.*

Por tanto, en resolución del 3-X-2011, se concluyó que el ciudadano Monge Galdámez había interpretado erróneamente el parámetro de control, situación que producía un defecto en la configuración de la pretensión de inconstitucionalidad. *Por tal motivo, se declaró improcedente la pretensión planteada sobre este punto.*

b. En relación con la vulneración al *carácter directo* del voto por los arts. 238 inc. 3° y 250 inc. 3° CE, en cuanto a que los votos de partido sin preeminencia no cuentan a favor de los candidatos marcados de forma preferente, sino en beneficio de los primeros candidatos de la lista establecida por el partido, se concluyó que la interpretación que esta Sala ha llevado a cabo sobre el carácter directo del voto no incorpora el significado que el demandante sugiere; y se declaró que el art. 78 Cn. ha sido interpretado erróneamente por

el pretensor, circunstancia que impide conocer sobre el fondo de la solicitud planteada en cuanto a este motivo de inconstitucionalidad. Por tal razón en la misma resolución de 3-X-2011, *se declaró la improcedencia de este punto de la pretensión.*

C. Así, el examen constitucional a efectuar por esta Sala se circunscribe al análisis de las disposiciones impugnadas por el actor en su demanda, y que fueron admitidas por esta Sala en la resolución de fecha 3-X-2011.

5. La Asamblea Legislativa, para justificar la aprobación de las disposiciones impugnadas, desde el punto de vista constitucional, presentó el dictamen de reformas que dio origen al D. L. 758/2011, y específicamente en lo que concierne a las disposiciones sometidas a examen, sostuvo:

A. Respecto del art. 217 inc. 2º CE, que los candidatos partidarios y los no partidarios *son diferentes*, puesto que a los primeros los proponen los partidos políticos, que gozan de reconocimiento constitucional (art. 85 inc. 2º); y de acuerdo con el CE, para la elección de Diputados, los partidos políticos pueden presentar candidaturas por las circunscripciones electorales que deseen (at. 217 CE), pues son entes que funcionan a nivel nacional con una estructura territorial claramente identificable, y son permanentes y a su vez fiscalizados por el TSE. Mientras que los candidatos no partidarios tienen un carácter individual y únicamente se postulan para una ocasión, por lo que participan en una sola circunscripción.

En ese sentido –agregó–, el art. 72 Cn. señala que los derechos políticos del ciudadano son optar para cargos públicos cumpliendo los requisitos determinados por la Constitución y las leyes secundarias, de manera que la configuración de los requisitos para el ejercicio de dicho derecho se atribuye constitucionalmente al Legislador.

La finalidad –afirmó–, es que el candidato o candidata represente a la ciudadanía e incluso a la población de su circunscripción departamental. Así, si bien los Diputados electos representan al pueblo entero, un candidato no partidario que solo puede postularse en una determinada circunscripción departamental debe ser conocido y contar con el apoyo que legitime un mínimo de representación, por lo que resulta lógico que deba solicitar el apoyo de electores que habitan su departamento.

De tal forma –anotó–, la medida no resulta desproporcional, pues existe un objetivo: lograr la identidad del candidato con la población, en virtud de que no cuenta con una

estructura territorial visible y permanente como la que tienen los partidos políticos, los cuales, además, son estructuras a nivel nacional, actúan constantemente en elecciones periódicas. Por tal razón las firmas que debe “recoger” para postularse deben ser del departamento en el cual se postula.

Y es que –aseveró–, se pueden establecer desigualdades entre sujetos que son distintos, como ocurre en el supuesto analizado, siempre que no exista desproporción.

En el caso en examen –acotó–, la medida adoptada no es desproporcional porque no coarta el ejercicio del derecho a optar a un cargo de elección popular, ya que el ciudadano puede postularse por una circunscripción que elegirá de entre dos posibles, aquella en la que nació, o aquella en la que reside. Por tanto, no hay impedimento para ejercer su derecho. Solo se ha establecido una regulación diferente para sujetos que también lo son.

B. Acerca del art. 262 inc. 1º letra f) números 1, 2, 3, 4 y 5 CE, la Asamblea Legislativa, de manera general adujo que se había considerado necesario reformular el sistema de votación configurado en los artículos impugnados, ello, sobre dos premisas fundamentales a saber:

a. Darle libertad al elector. Afirmó que, tal como se había aludido en la demanda, al ciudadano se le han dado varias opciones para votar, por lo que es de concluir que en vez de restringirse el sufragio, éste se ha vuelto más democrático, pues es el votante quien elige cómo quiere distribuir su voto, pudiendo con ello modificar el orden de la planilla propuesto por los partidos. Así, los competidores pueden obtener un puesto electivo independiente de la posición que en la planilla ocupen, con base en su identificación con el electorado y su peso en éste. Ello queda de manifiesto cuando se dispone: “Si hubieran candidatos o candidatas con preeminencia a los cuales no les correspondió el reparto establecido en el numeral uno de este literal, sus respectivas preeminencias se tomarán como totales”.

b. Mantener el control constitucional de los partidos políticos. La autoridad emisora expuso que, pese a haberse discutido el sistema de partidos políticos, la existencia de éstos está basada en la Constitución y en la doctrina electoral. Por tal motivo, junto con la libertad que ha de darse al votante, también debe mantenerse la importancia institucional de los partidos políticos, de conformidad con el art. 85 Cn., pues la Ley Fundamental les reconoce una serie de condiciones tales como el derecho de vigencia sobre su elaboración,

organización, publicación (art. 77 inc. 2° Cn.); ser expresión de pluralismo político (art. 85 inc. 2° Cn.); ser el único instrumento de representación del pueblo (art. 85 inc. 2° Cn.); el derecho de proponer ternas para la conformación del TSE (art. 208 Cn.); la prohibición de establecer un partido único oficial (art. 85 inc. 3° Cn.); entre otras (arts. 209 y 210 Cn.)

Ahora bien –agregó–, las funciones anteriores no podrían configurarse sin la existencia y funcionamiento de los partidos políticos, por lo que se juzgó conveniente adoptar una modalidad complementaria que potencie la libertad del sufragio del votante y, en segundo término, asegure y fortalezca el sistema de partidos, *reconociéndoles “un peso considerable” en la determinación de las listas de candidatos a Diputados*. Ello, a su vez, se funda en las leyes de la República, que establecen que ninguno de los integrantes de la lista completa y desbloqueada propuesta en una misma circunscripción sea ajeno al partido que lo postula.

Consecuentemente –expuso–, el Legislador ha optado por el *voto preferencial único opcional*, el cual, si no se toman los mecanismos de aplicación apropiados, puede propiciar que un porcentaje reducido del electorado decida cuáles candidatos de cada lista se adjudican un escaño, en detrimento de una mayoría que, al no ejercer su derecho de opción respecto de alguno de los candidatos, expresa libremente su aval al orden de la lista presentada por el partido de su preferencia. Para evitar una distorsión de la voluntad de los electores en el mecanismo contemplado en el art. 262 CE, se regula tanto la expresión de las preferencias individualmente marcadas, como el orden que el partido político presenta.

Enseguida –señaló–, debe definirse qué hacer con las marcas que valen como voto pero que no tienen expresión de preeminencia o esta no se ha configurado adecuadamente. Al respecto, el Legislador consideró que, en virtud de las funciones sociales e institucionales de los partidos políticos, *debía reconocérseles la libertad de proponer y establecer el orden preferido en una lista completa cerrada y desbloqueada*.

Así, para reforzar su afirmación, la autoridad emisora mencionó un supuesto de posible aplicación de la disposición legal aludida, e invocó jurisprudencia emitida por esta Sala (Sentencia de 22-VI-2011, Inc. 2-2006) respecto de los sistemas electorales, de la prohibición de formas de sufragio forzado, entre otros.

En conclusión, la Asamblea Legislativa apuntó que la adopción del sistema de voto preferencial único opcional, obedeció a las siguientes razones: *practicidad*, por lo que se

procuró el mayor grado de sencillez y claridad posible en el diseño de las papeletas, para evitar que se generaran votos nulos; *seguridad*, en cuanto a la fidelidad de la expresión de la voluntad popular de los resultados; *jurisprudencia*, en la que se ha sostenido que la igualdad del sufragio se expresa en la fórmula de “una persona un voto”, lo que prohíbe formas de sufragio reforzado –plural, múltiple, familiar–; *igualdad*, puesto que la jurisprudencia ha señalado que la igualdad del sufragio no se agota con el acto de emisión del voto, sino que se extiende al resultado electoral, en el que cada voto debe tener la misma influencia en el resultado.

Lo anterior –aseveró–, resulta crucial en nuestro sistema electoral, que permite establecer circunscripciones electorales coincidentes con la división departamental del país, en la cual existen algunas donde se eligen tres escaños; las hay donde se eligen cinco; otras donde se eligen ocho; y una donde se eligen 25; ello, en atención a los habitantes. Si se habilitara el voto múltiple habría una desigualdad en el voto propuesto, pues una persona podría marcar hasta 25 veces, y otra solo tres, es decir, dependiendo de dónde se resida se tendrá mayor capacidad de conformar los órganos representativos. Tal circunstancia vulneraría el criterio de igualdad.

Así –arguyó–, la propuesta de “voto múltiple” hecha por el actor resulta incompatible con el voto igualitario.

En cuanto al argumento de que las tres opciones electorales reconocidas por la normativa impugnada reducen al mínimo la capacidad de opción, la citada autoridad sostuvo que antes de la vigencia del decreto cuestionado, los electores solo podían votar por banderas, de manera que la normativa en análisis –contrario a lo sostenido por el demandante–, amplía las opciones para ejercer el sufragio. Además, para evitar la anulación de votos, cuando el elector marca dos o más candidatos de una misma lista, sobre una parte o sobre toda la lista, no se invalida el voto; pero ante la prohibición de votos múltiples, y la falta de claridad sobre a quién se le otorga la preeminencia, el voto se toma como válido para el partido que propone a los candidatos que hayan sido marcados.

C. En lo que respecta al art. 238 CE, la autoridad emisora no formuló argumentos para justificar la constitucional de dicha disposición, y en el dictamen de reforma aludido al inicio de este párrafo, únicamente se consignó que dicho precepto normativo tenía como objeto permitir al elector votar, ya sea marcando sobre la bandera del partido político de su

preferencia, sobre la fotografía de un candidato propuesto por éste, o sobre la fotografía de un candidato no partidario; ello, para garantizar la libertad de elección al momento de emitir el voto.

D. Tampoco se presentaron argumentos a favor de la constitucionalidad del art. 253-C inc. 4° letras c) y d) CE, y en el dictamen de reforma respectivo solo se mencionó que por la complejidad del sistema electoral era necesario regular de forma precisa el procedimiento mediante el cual cada Junta Receptora de Votos realizará el respectivo conteo, base del escrutinio final; elemento al cual respondían las reformas practicadas en el art. 253-C del CE, entre otras disposiciones.

6. Se le confirió traslado al Fiscal General de la República, con base en el art. 8 L. Pr. Cn., el cual no fue contestado por dicho funcionario.

II. Expuestos los argumentos de los intervinientes en el presente proceso, es preciso (1) resumir ordenadamente los motivos de inconstitucionalidad sobre los cuales se admitió la demanda que se analiza en esta sentencia; y así, (2) exponer el orden lógico de la misma.

1. Según el auto de admisión relacionado anteriormente, la presente sentencia tiene por objeto dilucidar los siguientes motivos de impugnación:

A. La supuesta inconstitucionalidad del art. 253-C inc. 4° letras c) y d) CE, por incompatibilidad con el carácter libre del voto establecido en el art. 78 Cn., que en lo sucesivo se denominará *primer motivo impugnado*.

B. De manera genérica se ha cuestionado la constitucionalidad del art. 262 inc. 1° letra f) n° 1, 2, 3, 4 y 5 CE –en relación con los arts. 238 incs. 2° y 3°, 250 inc. 3° y 253-C inc. 4° letras c) y d) CE– por la supuesta vulneración, por una parte, al carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–, y por otra, al principio de igualdad en cuanto al derecho fundamental al sufragio pasivo para el cargo de diputado –arts. 3, 72 ord. 3° y 126 Cn.–.

En tal sentido, los motivos de inconstitucionalidad expuestos pueden entenderse así:

a. Inconstitucionalidad del art. 262 inc. 1° letra f) *número 1* –en conexión con los arts. 238 inc. 3°; 250 inc. 3° y 253-C inc. 4° letras c) y d) CE– por la supuesta vulneración al carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–. Esta Sala advierte que existe conexidad del art. 262 inc. 1° letra f) n° 1 con los arts. 238 inc. 1° letra b) n° 1, 250 inc. 2° primera frase –la cual establece que “Al momento de votar los ciudadanos solo podrán escoger una de las alternativas anteriores [...]”–, 253-C incs. 3° y 4° letra a) CE, por lo que estas disposiciones

complementan el objeto de control señalado. Todo lo anterior se establece como el *segundo motivo impugnado*.

b. Inconstitucionalidad del art. 262 inc. 1º letra f) *número 2* CE, en relación con los arts. 238 incs. 2º y 3º, 250 inc. 3º y 253-C inc. 4º letras c) y d) CE, por la supuesta transgresión al carácter igualitario del voto consagrado en el art. 78 Cn. Esta Sala también ha advertido, además, la conexión de los arts. 238 inc. 1º letra b) nº 1, 250 inc. 2º *primera frase* y 253-C incs. 3º y 4º letra a) CE, con el art. 262 inc. 1 letra f) número 2, por lo que ellos complementan el objeto de control propuesto. Todo lo anterior se establece como el *tercer motivo impugnado*.

c. Inconstitucionalidad del art. 262 inc. 1º letra f) *número 3* CE, en relación con los arts. 238 incs. 2º y 3º, 250 inc. 3º y 253-C inc. 4º letras c) y d) CE, por la supuesta transgresión al carácter igualitario del voto consagrado en el art. 78 Cn., –en relación al número 3–. Esta Sala también ha advertido la conexión de los arts. 238 inc. 1º letra b) nº 1, 250 inc. 2º *primera frase* y 253-C incs. 3º y 4º letra a) CE, con art. 262 inc. 1 letra f) número 3, por lo que ellos complementan el objeto de control propuesto. Todo lo anterior se establece como el *cuarto motivo impugnado*.

d. Inconstitucionalidad del art. 262 inc. 1º letra f) nº 5 CE, por la supuesta transgresión al carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–, y a partir de su conexión material, con el art. 262 inc. 1º letra f) número 1 CE advertida por esta Sala, determinándose así el *quinto motivo impugnado*.

e. Inconstitucionalidad del art. 262 inc. 1º letra f) *número 4* CE, por la aparente vulneración al carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.– y al principio de igualdad en cuanto al ejercicio del derecho fundamental al sufragio pasivo para el cargo de Diputado – arts. 3, 72 ord. 3º y 126 Cn.–, en conexión material con el art. 262 inc. 1º letra f) número 1 CE, establecida por esta Sala como *sexto motivo impugnado*.

C. Inconstitucionalidad del art. 238 inc. 2º CE por la supuesta contradicción al derecho fundamental al sufragio pasivo para el cargo de Diputado –arts. 72 ord. 3º y 126 Cn.– y al carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–, el cual constituye el *séptimo motivo impugnado*.

D. Inconstitucionalidad del art. 238 inc. 1º letra b) nº 1 CE por la supuesta vulneración al art. 3 Cn. y al carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–, el cual es el *octavo motivo impugnado*.

E. Inconstitucionalidad del art. 217 inc. 2º CE, por la supuesta vulneración a los arts. 3 inc. 1º y 246 Cn. –principios de igualdad y de proporcionalidad–, en relación con el art. 72 ord. 3º Cn. –derecho a optar al cargo de diputado–, estableciéndose como *noveno motivo impugnado*.

2. En atención a lo anterior, en la presente decisión se dilucidarán los siguientes puntos: en primer lugar (III) se hará una aproximación a las implicaciones objetivas del carácter libre del voto –art. 78 Cn.–, y con base en ello, resolver el contraste normativo planteado sobre el art. 253-C inc. 4º letras c) y d) CE, y aquellas disposiciones conexas que lo complementan; luego, (IV) se plasmarán las nociones pertinentes del carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–, para resolver también el planteamiento de inconstitucionalidad expresado sobre el art. 262 inc. 1º letra f) números 1, 2, 3, 4 y 5 CE –en relación con los arts. 238 inc. 1º letra b) nº 1, e incs. 2º y 3º, 250 inc. 3º y 253-C inc. 4º letras c) y d) CE–, en cuanto al peso de los distintos tipos de votación a la hora de distribuir los escaños que corresponden a cada partido político; y, finalmente, (V) se entrará a analizar la contradicción que el actor expone del art. 217 inc. 2º CE, por la supuesta violación a los arts. 3, 72 ord. 3º, 126 y 246 Cn.

III. I. Según se sostuvo en la Sentencia de 29-VII-2010, pronunciada en el proceso Inc. 61-2009, el carácter *libre* del sufragio –prescrito en el art. 78 Cn.– supone que los ciudadanos votan sin que intervenga recompensa, castigo o presión alguna por el sentido de su voto y con plena capacidad de opción (votar sí o no, en caso de referéndum; por uno u otro candidato –partidario o no partidario–, en caso de elecciones; y abstenerse o votar en blanco, en cualquier caso).

Ahora bien, el contexto de tales afirmaciones fue, precisamente, el carácter individual del voto y relacionado con el momento preciso de la elección. Sin embargo, no está de más afirmar que, para hablar de *elecciones libres* –dimensión objetiva del derecho al sufragio activo–, también se requiere de otras condiciones, tales como: un sistema de derechos fundamentales (libertad de expresión e ideológica, derechos de asociación, información, reunión y manifestación, etc.), pluralismo político, acceso abierto al proceso

electoral, partidos en competición, libre presentación y concurrencia entre las candidaturas, libre desarrollo de la campaña electoral y *la posibilidad real de decidir sobre la permanencia o sustitución de los titulares del poder público.*

Tal carácter libre del sufragio –en su dimensión objetiva– se sustenta en que tal derecho descansa sobre tres elementos: el principio de *soberanía popular*, la *democracia* como forma de gobierno y la *representación* política. Lo anterior se afirma porque la elección popular de los gobernantes sirve, tanto para que el pueblo pueda participar en el gobierno como para que los gobernantes legitimen su calidad de representantes del mismo.

En ese sentido, dado que la representación política postula que los ciudadanos –iguales entre sí– eligen con *libertad* a sus representantes, *se debe respetar la voluntad del electorado que se consolida con el resultado de las elecciones*, pues el sufragio se justifica en 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.

Lo anterior implica que, para que el sufragio sea verdaderamente libre, no basta con que el electorado cuente con plena capacidad de opción, es decir, que tenga diversas alternativas de elección entre los candidatos que posiblemente lo representarán, sino que el *resultado de su elección debe ser respetado*, pues de la voluntad expresada en el voto se extrae su real decisión sobre la permanencia o sustitución de los titulares del poder público.

2. Establecidas las consideraciones anteriores, corresponde en este apartado examinar la constitucionalidad de todas las disposiciones sugeridas como objeto de control.

El *primer motivo impugnado* consiste en que el actor cuestiona la constitucionalidad del art. 253-C inc. 4° letras c) y d) del CE, pues vulnera el carácter libre del voto –art. 78 Cn.–, en tanto que genera una distorsión de la voluntad del elector, al trasladar los votos del candidato o los candidatos hacia el partido político.

A. Al respecto, debe resaltarse que el derecho al sufragio tiene un sentido subjetivo –entendido como facultad del ciudadano, no solo para elegir sino para presentarse como candidato–; y un sentido objetivo –considerado como un principio básico del ordenamiento democrático–.

En consonancia con lo apuntado, y tal como se sostuvo en la mencionada Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 61-2009, el sufragio tiene una dimensión institucional que lo convierte en una condición elemental para la consecución y desarrollo de la democracia. Sin embargo, para considerar que su ejercicio es democrático, debe garantizarse que este sea libre, directo, igual y secreto –art. 78 Cn.–.

B. a. En el art. 253-C inc. 4° letra c) CE se establece que la marca efectuada sobre una bandera y un candidato de la lista, se contabilizará como voto válido a favor del partido *sin preeminencia para el candidato*; y, en la letra d) de la misma disposición, se prescribe que el voto válido será para el partido, aunque *sin preeminencia para el candidato*, en los siguientes casos: (i) cuando se marcan dos o más candidatos de una misma lista, (ii) cuando se marca sobre toda la lista de un partido político o coalición, o (iii) cuando se marca una bandera y dos o más candidatos de un mismo partido o coalición.

b. Ahora bien, en la mencionada Sentencia pronunciada en el proceso de Inc. 61-2009, se declararon incompatibles con el voto libre, consagrado en el art. 78 Cn., aquellas regulaciones que inciden perniciosamente en la posibilidad del elector de expresar sus preferencias en forma plena y, además, atenúan la autonomía de los individuos.

En ese sentido, se advierte que la disposición impugnada tiene en cuenta el sistema de *lista cerrada y desbloqueada*, según el cual los electores pueden modificar total o parcialmente el orden de candidatos propuestos por un partido. En razón de ello, el sistema adoptado –lista cerrada desbloqueada– posibilita que el ciudadano *tenga capacidad de opción* a la hora de votar, o sea, que pueda elegir libremente según sus preferencias.

c. No obstante, tal como se sostuvo *supra*, el sufragio libre también implica *la posibilidad real de decidir sobre la permanencia o sustitución de los titulares del poder público*, lo que implica que *debe respetarse la voluntad del electorado que se consolida en el resultado de las elecciones* –Sentencia de 29-IV-2011, pronunciada en el proceso de Inc. 11-2005–.

Así, se advierte que el art. 253-C inc. 4° letras c) y d) CE establece que, a pesar de que el electorado ha decidido votar por uno o más candidatos o candidatas de un partido político o coalición al marcar la papeleta de votación, los votos válidos se contabilizarán a favor del respectivo partido político o coalición al que pertenecen dichos candidatos, sin otorgarles preeminencia a éstos.

Lo anterior implica que, aún cuando se posibilite que el electorado elija libremente –por medio de una lista cerrada y desbloqueada– a los candidatos que lo representarán, la voluntad electoral es alterada por el Legislador y la desvía hacia un tipo de votos que no fueron la intención del ciudadano: es decir, hacia la lista completa de un partido político o coalición.

Asimismo, su voluntad sería tergiversada al momento de convertir los votos válidos en escaños, pues este tipo de votos que prescribe la disposición impugnada se contabilizarán a favor del partido o coalición a la que pertenece el candidato o candidata votado y –posteriormente– se trasladarían a los primeros lugares de la lista y según el orden de preferencia proporcionado por el partido, hasta el número de escaños que abstractamente haya logrado –art. 262 inc. 1º letra f) número 1 CE–.

d. Ante ello, debe tenerse en cuenta que los partidos políticos, en tanto medios por los que se canaliza la participación de los ciudadanos en la configuración de la voluntad de los actos estatales, son *instrumentos de la democracia*.

De esta forma, los partidos políticos no pueden desplazar al pueblo o conjunto de ciudadanos, como sujetos pasivos de la representación institucionalizada y en quienes radica la voluntad electoral. El representado sigue siendo el pueblo soberano, ya sea que su actuación se articule por medio de los partidos, que adquieren así el valor de cauce esencial en el sistema constitucional, o por medio de candidatos no partidarios.

Así, es imperativo señalar que *son los candidatos, no los partidos, los que reciben el mandato de los electores*, puesto que los representantes lo son de todo el cuerpo electoral, sin que los partidos puedan sustituir esa relación entre representantes y cuerpo electoral.

e. En ese sentido, cuando el art. 253-C inc. 4º letras c) y d) CE prescribe que –en relación con los supuestos regulados en la misma disposición– los votos válidos serán contabilizados a favor del partido o coalición respectiva, y en el orden de precedencia previamente decidido por el partido, se vuelve a implementar una especie de *lista bloqueada*, contraria a la determinación del voto *libre*. Ya que si la representación la asumen personas concretas, y no los partidos políticos, el sujeto representado –el elector– debe tener la posibilidad de elegir directamente a sus representantes.

En efecto, la decisión del elector debe ser determinante y coherente con su voluntad, en el momento de contabilizarse los votos y distribuir los escaños que a cada partido

correspondan, pues estos deben ser otorgados a los candidatos que han sido seleccionados por los ciudadanos y *no alterar la voluntad de éstos para interpretar que ha optado por toda la lista, y luego trasladar sus votos hacia el orden propuesto por el partido o coalición correspondiente.*

De permitirse el traslado de los votos válidos emitidos para dos o más candidatos hacia los primeros lugares en la lista del partido, no existiría respeto a la libertad de elección de los ciudadanos para legitimar a sus *representantes*, y por tanto, se perdería el carácter libre del voto.

f. Al anterior argumento abona el hecho de que los sistemas de *listas desbloqueadas* no sólo tratan de proporcionar una mayor sustantividad a la posición que ocupa el representante, sino ante todo de hacer efectivo el funcionamiento interno de los partidos políticos. Estos no son –ni deben ser– organizaciones monolíticas y uniformes, sino complejos en que convivan grupos o tendencias diversas, ciertamente con un mínimo de cohesión y disciplina. Para ello, las listas *cerradas y desbloqueadas* abren la oportunidad de participación de las bases o afiliados para la elección de las mejores opciones para la oferta electoral conjunta de un instituto político.

g. Entonces, se concluye que *una de las garantías que le dan el verdadero carácter democrático al sufragio es su ejercicio en libertad*; esto implica que el ciudadano debe tener plena capacidad de opción a la hora de votar y la posibilidad real de que su decisión se refleje en el resultado e incida sobre la permanencia o sustitución de los titulares del poder público. *Es precisamente este último componente del derecho en análisis, el que resultaría vulnerado cuando los votos válidos emitidos favorezcan el orden de preferencia determinado por los partidos políticos o coaliciones, en los casos que el elector se ha decantado por dos o más candidatos en particular y en un orden de preferencia distinto.*

Ahora bien, este pronunciamiento no se extiende a aquellas disposiciones que permiten votar solo por bandera, pues en estos casos si queda clara la intención del elector de avalar toda la lista. Esto es posible –como se abordará más adelante–, siempre y cuando estos votos por bandera o lista completa no se distribuyan inequitativamente en los primeros lugares de la lista, hasta donde alcancen según el número de escaños que abstractamente le corresponden al partido. En ese sentido, las presentes consideraciones se refieren solo a aquellas prescripciones en las que se regulan la posibilidad de que el elector

vote por un candidato particular más bandera o lista o por dos o más candidatos de una misma lista, pues, en estos casos, no se puede interpretar que el ciudadano avala toda la lista, sino una parte de ella.

Y es que, en definitiva, esta modalidad de atribución de votos –y posteriormente de escaños– es equiparable, como ya se dijo, a la votación por una lista bloqueada y, por tanto, bajo este esquema, si bien el elector no es constreñido a votar por el orden de los candidatos a Diputados propuestos por los partidos o coaliciones, al final se desnaturaliza la intención de voto para favorecer el orden que cada partido ha determinado con antelación, violándose de esa forma el carácter libre del voto, art. 78 Cn.

En ese sentido, con fundamento en las consideraciones que anteceden, es posible concluir que la afectación producida por la posibilidad de que los votos válidos emitidos en una contienda electoral se contabilicen a favor de los candidatos que los partidos o coaliciones proponen en orden de prelación, implica una intervención ilegítima en el ejercicio del derecho a sufragar libremente; motivo por el cual *el art. 253-C inc. 4º letras c) y d) es inconstitucional al contradecir la garantía del voto libre, consagrada en el art. 78 Cn., y así debe declararse en esta sentencia.*

Y, como consecuencia de ello, también se deberá declarar inconstitucional, por conexión, el art. 253-D letra d) frase primera, que anula el hecho de que un elector escoja dos o más candidatos no partidarios.

La consecuencia de esta sentencia es que si un elector vota por varios candidatos, aceptando parcialmente la lista por un partido o aceptando parcialmente la planilla de no partidarios –estructurada– por el TSE, tal voto valdrá, ya que así ha sido la decisión del ciudadano elector.

IV. Por otra parte, en vista de que otro de los problemas jurídicos que deben resolverse en la presente sentencia consiste en determinar si el art. 262 inc. 1º letra f) números 1, 2, 3, 4 y 5 CE –en relación con los arts. 238 incs. 2º y 3º, 250 inc. 3º y 253-C inc. 4º letras c) y d) CE– infringe el carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–, es indispensable referirse en términos genéricos a dicha garantía.

I. A. El art. 78 Cn. consagra una serie de garantías que deben respetarse en el momento en que se ejerce el derecho al sufragio, las cuales sirven de defensa al elector y de

título de legitimidad para la elección. Entre ellas se encuentra el *carácter igualitario del voto*.

Tal garantía postula que el voto de todos los ciudadanos debe tener la misma influencia –igualdad cuantitativa–. A ello, se opone el voto de clase (subdivisión del electorado en grupos de desigual composición que eligen números fijos de representantes) y al voto plural (otorgamiento a una persona de más de un voto en razón de su pertenencia a un grupo) –Sentencia de Inc. 61-2009, ya citada–.

Sobre ello, en la jurisprudencia constitucional se ha afirmado que el principio democrático exige que cada ciudadano tenga igual parte en la estructuración y actividad del poder al concurrir a la formación de la voluntad colectiva –Sentencia de 8-IV-2003, Inc. 28-2002–. En términos gráficos, esa participación igualitaria se traduce en la fórmula “una persona, un voto”. De esta manera, todos los ciudadanos se encuentran en las mismas condiciones para el ejercicio del sufragio, independientemente de las diferencias sociales, económicas o culturales que existan entre ellos. De ahí que se encuentra prohibida toda forma de sufragio reforzado –plural, múltiple o familiar– con el cual se pretenda asegurar la influencia de grupos considerados superiores sobre el poder político.

Esta valoración igual de todos los ciudadanos en el ejercicio del sufragio no se agota con el acto de emisión, sino que *se extiende hasta el resultado electoral. En este sentido, el sufragio igualitario significa que el voto de un elector debe tener la misma fuerza que los demás en la conformación de los órganos de representación*. Es más, la idea fundamental que subyace a esta igualdad es la de asegurar que los votos emitidos tengan eficacia.

Aquí se plantean algunas diferencias, según se trate de un sistema electoral mayoritario o proporcional. Así, en el primero basta que se garantice a los votos un valor numérico absolutamente igual. En cambio, en el segundo, la formalización de la igualdad del sufragio garantiza no sólo el mismo valor numérico, *sino también el mismo valor de resultado de los votos*.

En definitiva, *la igualdad del sufragio reconocida en el art. 78 Cn. exige que, por una parte, cada sufragante tenga un voto y, por otra, que el voto posea el mismo peso en la obtención de los escaños legislativos*.

B. El carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–, garantía que se encuentra íntimamente relacionada con el sistema de representación proporcional, también

fundamenta la existencia de un mayor grado de correspondencia entre la cantidad de votos y los escaños obtenidos por los diversos participantes en el proceso electoral, esto es, que *las diferentes opciones políticas –partidarias y no partidarias– estén representadas en la Asamblea Legislativa en la proporción más aproximada al número de votos obtenidos en la elección; en suma, que la participación político-electoral de los ciudadanos tenga igual peso en la configuración del Legislativo.*

2. Acotado el marco jurisprudencial que antecede, se pasará a examinar la inconstitucionalidad del art. 262 inc. 1° letra f) números 1, 2, 3, 4 y 5 CE –en relación con los arts. 238 incs. 2° y 3°, 250 inc. 3° y 253-C inc. 4° letras c) y d) CE–, por la supuesta violación al carácter igualitario del voto.

En este orden de ideas, puede afirmarse preliminarmente que el art. 262 inc. 1° letra f) CE establece una serie de reglas orientadas a determinar *cuál debe ser la prelación de los diputados electos*, luego de que se ha fijado el número de escaños que en abstracto corresponde a cada partido político o coalición contendiente en cada circunscripción electoral.

A continuación, se expondrá el contenido normativo de los diversos números establecidos en el art. 262 inc. 1° letra f) CE, para, después, enjuiciar su validez constitucional a partir de los motivos explicitados por el actor.

3. En cuanto al *segundo motivo impugnado*, el art. 262 inc. 1° letra f) n° 1 CE prevé que “[l]os votos obtenidos por el partido o coalición sin preeminencias, se distribuirán de manera equitativa hasta donde alcancen, de acuerdo [con] los escaños obtenidos, según la prelación propuesta por el partido o coalición”.

A. Para concretar el contenido prescriptivo de tal disposición, es necesario relacionarla con los arts. 238 inc. 3° frase final, 250 inc. 3° frase final y 253-C inc. 4° letras c) y d) frase final en ambas CE –que, en opinión del actor, también infringen el carácter igualitario del voto–. Esto obedece a que una interpretación aislada no permite apreciar la estructura normativa global del art. 262 inc. 1° letra f) n° 1 CE, en la medida en que este enunciado prevé únicamente las consecuencias que se producen como efecto del voto por bandera.

En efecto, el art. 238 inc. 3° CE, posibilita que marcar: (i) dos o más candidatos; (ii) toda la lista de candidatos; (iii) la bandera junto con alguna parte o toda la lista; se

contabilicen como votos a favor del partido, sin darle preeminencia a ningún candidato, *todo ello se traduce posteriormente en una ventaja hacia los primeros lugares de la lista, cuando el art. 262 inc. 1° letra f) n° 1 CE, se los adjudica de acuerdo al número de escaños obtenidos.*

Por su parte, también el art. 250 inc. 3° parte final CE, establece que no constituye preeminencia para ninguno el hecho de marcar en más de un candidato dentro de la misma planilla propuesta por el partido, *en cuyo caso nuevamente estos votos son computados para el partido y, posteriormente, asignados a los primeros lugares de la lista de acuerdo con el número de escaños obtenidos por el partido respectivo –art. 262 inc. 1° letra f) n° 1 CE–.*

Finalmente, el art. 253-C inc. 4° letras c) CE, establece que si la marca se realiza sobre la bandera y un candidato de un mismo partido o coalición, se contabilizará el voto válido a favor del respectivo partido político o coalición; aspecto que luego se complementa también con el art. 262 inc. 1° letra f) n° 1 CE, para distribuir dichos votos “por el partido” entre los primeros lugares de la lista de acuerdo a los escaños obtenidos en abstracto por el partido político respectivo.

En igual sentido, la letra d) de la citada disposición prescribe que: (i) si se realizan dos o más marcas sobre los candidatos de una misma lista, o (ii) se marca sobre toda la lista de un partido político, o (iii) se marca una bandera y dos o más candidatos de un mismo partido político; *el voto es favorable para el respectivo partido político sin constituir preeminencia para ningún candidato individualmente considerado.* Ello habilita a que estos votos que se contabilizan para el partido, para que, después, sean distribuidos a los primeros lugares de la lista.

B. Pues bien, un análisis preliminar del art. 262 inc. 1° letra f) n° 1 CE, en conexión con los arts. 238 inc. 3° frase final; 250 incs. 3° frase final; y 253-C inc. 4° letras c) y d) frase final en ambas CE, permite inferir que el Legislador ha hecho una *ponderación disímil del valor de los votos* cuando éstos se *distribuyen* entre los candidatos propuestos por los partidos políticos o coaliciones contendientes, en comparación con el momento en que dichos votos se *emiten* por parte de los ciudadanos.

En efecto, se observa que estos preceptos constituyen los efectos jurídicos del voto por bandera. El fundamento de tal afirmación se cifra en que, de acuerdo con tales

disposiciones, la distribución de votos de manera equitativa hasta donde alcancen según el número de escaños que en abstracto a logrado adjudicarse cada partido, en el orden de prelación propuesta por el partido o coalición, presupone que los ciudadanos han optando por marcar la bandera que identifica a un partido o coalición específica.

Tal afirmación es posible fundamentarla a partir del sistema de listas que el Legislador ha introducido por medio de las reformas al Código Electoral que contiene el D. L. n° 758/2011. Este decreto establece a favor del ciudadano la posibilidad de manifestar, *en el momento de emitir su voto*, su preferencia por una de las banderas de los partidos políticos o coalición, por uno de los candidatos partidarios o por uno de los candidatos no partidarios –arts. 238 inc. 1° letra b) n° 1 e incs. 2° y 3°; 250 inc. 2° frase primera e inc. 3°; y 253-C incs. 3° y 4° letras a), c) y d) del CE–.

Como ya se dijo, esta dimensión del derecho al sufragio activo es una expresión típica del sistema de *listas cerradas desbloqueadas*, pues en éste el ciudadano puede expresar su favoritismo o rechazo por alguno de los candidatos.

Sin embargo, la formulación del art. 262 inc. 1° letra f) n° 1 CE –distribución equitativa de votos hasta donde alcancen, según la prelación propuesta por el partido político o coalición contendiente– permite afirmar que *el sistema de listas cerradas bloqueadas “reaparece” en el momento en que los votos que han sido emitidos se distribuyen a los candidatos partidarios, pues los escaños que se van obteniendo a medida que el partido suma votos, son los que, finalmente, se reparten según el orden de los candidatos que previamente ha decidido el partido respectivo, lo que genera una preferencia en los votos emitidos en beneficio de los partidos políticos.*

Lo afirmado en último término tiene una incidencia significativamente perjudicial en el *carácter igualitario del voto*, porque, a pesar de que los ciudadanos pueden emitir sus votos a favor de los candidatos individualmente considerados –partidarios o no–, lo cierto es que ello no incidirá en la elección de los representantes políticos que en definitiva ingresarán a la Asamblea Legislativa, sino que tendrán influencia *los votos atribuidos a los partidos políticos o coaliciones*, entidades que deciden a quienes de sus candidatos deberán atribuirse los votos en forma preferente por la colocación inicial en la lista partidaria.

Esto significa que los “votos del partido” son los que, en realidad, pesarán más en el momento de asignar los escaños, según el orden definido en la lista partidaria.

Naturalmente, esta circunstancia deja en desventaja a los electores que deciden votar por los candidatos individualmente considerado, reflejando con ello la decisión libre y autónoma del elector.

En ese sentido, *el orden de prelación establecido en el art. 262 inc. 1º letra f) constituye, en realidad, un sistema de listas cerrada bloqueada en el resultado, puesto que los votos que se atribuyan a una lista partidaria pasarían a los candidatos que se encuentran en los primeros lugares de la misma, con lo cual serían excesivamente difíciles de superar por los votos individuales.*

De ello se infiere que las consecuencias jurídicas que se producen en relación con la asignación de escaños, según lo prescrito en los arts. 262 inc. 1º letra f) nº 1, arts. 238 inc. 3º frase final; 250 inc. 3º frase final; y 253-C inc. 4º letras c) y d) frase final en ambas CE son incompatibles con el carácter igualitario del voto, porque la voluntad del elector que haya optado por la votación individual de uno de los candidatos –partidarios o no– no se transformaría en una verdadera representación política, al estar en desventaja con respecto los votos atribuidos a la prelación determinada por los partidos políticos.

C. Otras de las razones que militan para sostener la inconstitucionalidad de las disposiciones legales en cuestión son que, de aceptarse su validez, se generarían las siguientes consecuencias perniciosas para el sistema electoral:

a. Permitirían que los candidatos con menor representación individual accedan al poder parlamentario en atención a su colocación en los primeros lugares de la lista y no por sus votos individuales, pues se le trasladarían los “votos del partido”.

b. En estos casos, en los que existe una *sobreponderación* de los primeros lugares de la lista hecha por el partido –al trasladarles los votos que obtiene–, se desnaturalizaría, a su vez, la voluntad del elector que optó por uno de los candidatos –aunque simultáneamente marque una bandera–, pues la acumulación de otros votos a favor de un candidato sobre el cual no se ha querido votar expresamente le sobrepasaría en exceso y no se respetaría su rechazo tácito hacia otras ofertas electorales individuales.

c. También se produce la distribución de los votos hacia los primeros lugares de una lista, aunque no hayan obtenido un grado de aceptación electoral meritorio, pues tendrían una alta probabilidad de ser elegidos, sin acreditar suficiente legitimidad democrática propia. Así, el ciudadano que opta por un candidato se ve superado por aquellos que votan

por una lista cerrada desbloqueada en el momento de emitir el voto –pero bloqueada en el resultado–, y quienes al final en alguna medida decidirán por él.

Lo anterior implica que si se trata de un sistema electoral donde impera la elección proporcional –representación institucional con iguales proporciones a la representatividad social–, la igualdad del voto –“una persona, un voto” e igualdad de resultado– es prioritaria y debe garantizarse.

Por tanto, debe declararse la inconstitucionalidad *del art. 262 inc. 1º letra f) nº 1 CE*, en conexión con *los arts. 238 inc. 3º, 250 inc. 3º frase segunda y 253-C inc. 4º letras c) y d) del CE*, por vulnerar el carácter igualitario del voto contenido en el art. 78 de la Constitución, porque la voluntad del elector que haya optado por la votación individual de uno de los candidatos –partidarios o no– no se transformaría en una verdadera representación política, al estar en desventaja en relación con los votos atribuidos a la lista de los partidos políticos, en el orden de prelación determinado por éstos.

4. A. De igual forma, el ciudadano Monge Galdámez ha impugnado el art. 262 inc. 1º letra f) números 2, 3 y 4 CE, en relación con los arts. 238 incs. 2º y 3º, 250 inc. 3º frase final y 253-C inc. 4º letras c) y d) frase final en ambas CE, ya que, en su opinión, también transgreden el carácter igualitario del voto consagrado en el art. 78 Cn.

B. En este apartado, el motivo de inconstitucionalidad argüido por el actor consiste en que los números de la letra indicada tienen una *conexión material* con el art. 262 inc. 1º letra f) CE, por lo que también solicita que sean declarados inconstitucionales.

Inicialmente, es preciso aclarar que, atendiendo a la inconstitucionalidad que se acaba de anunciar a propósito de los arts. 238 incs. 3º frase final; 250 inc. 3º frase final; y 253-C inc. 4º letras c) y d) frase final en ambas del Código Electoral, por su estrecha vinculación normativa con el art. 262 inc. 1º letra f) nº 1 CE, resulta innecesario emitir un pronunciamiento autónomo con respecto a estos.

De esta forma, únicamente se abordará el examen de la *conexión material* que los números 2, 3 y 4 tienen con el nº 1, todos de la letra f) del art. 262 CE.

C. Así las cosas, se observa que *tanto el supuesto normativo como la consecuencia jurídica prevista en los números apuntados en primer término dependen de la producción de la situación jurídica prevista en el art. 262 inc. 1º letra f) nº 1 CE, lo cual constituye un supuesto de inconstitucionalidad por conexión.*

Sobre este tema, debe recordarse que la inconstitucionalidad por conexión o derivada tiene por objeto expulsar del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones cuya ilegitimidad constitucional *se deriva como efecto* de la decisión adoptada; es decir, si se constatan o verifican las conexiones que se coligen a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad de la disposición o cuerpo normativo inicialmente impugnado, no puede consentirse la validez de las disposiciones que constituyen el *consecuente desarrollo* de la que ya ha sido declarada inconstitucional –Sentencias de 6-IX-2001, 11-XI-2003, 1-IV-2004, 23-X-2007 y 29-VII-2010, pronunciadas en los procesos de Inc. 27-99, 23-2001, 52-2004, 35-2002 y 61-2009, respectivamente–.

Sin ánimo de taxatividad, la *inconstitucionalidad por conexión o derivada* puede presentarse cuando: (a) la declaración de inconstitucionalidad se extiende hacia otras disposiciones que *coinciden con la impugnada en el efecto considerado como inconstitucional*; y (b) la supervivencia de las disposiciones con respecto a las cuales se extiende el pronunciamiento estimatorio *plantee una incompatibilidad con la resolución estimatoria*, sobre todo con las finalidades que con la misma se han querido alcanzar, ya sea por contener el mismo reproche de inconstitucionalidad o por *constituir disposiciones que son una regulación instrumental o complementaria de la que es declarada inconstitucional*.

D. En el presente caso, es necesario verificar qué es lo que prescriben las disposiciones impugnadas.

a. Respecto del *tercer motivo impugnado*, de acuerdo con lo establecido en el art. 262 inc. 1º letra f) nº 2 CE, a los candidatos y candidatas que les correspondió una parte de la división con arreglo a lo señalado en el nº 1 de la disposición legal mencionada, se les sumarán los votos con preeminencias obtenidos de manera individual, de conformidad con el art. 250 CE, y se obtendrá un subtotal para cada candidato o candidata dentro de la planilla.

Tal y como claramente se observa, parte de los efectos derivados de la distribución de los votos conferidos a los partidos políticos se encuentra prevista en el nº 2 que ha sido impugnado, ya que la suma de los votos con preeminencia que se obtienen con base en el art. 250 CE –art. 262 inc. 1º letra f) nº 2 CE– sólo se puede hacer a partir del resultado que arroje la distribución de los votos obtenidos por el partido o coalición sin preeminencia –

art. 262 inc. 1º letra f) nº 1 CE-. De esta forma, la eficacia normativa del número en cuestión depende, a su vez, de la eficacia normativa del número 1, razón por la cual la declaratoria de inconstitucionalidad debe extenderse al objeto de control en referencia.

Consecuentemente, *el art. 262 inc. 1º letra f) nº 2 CE incurre en una inconstitucionalidad por conexión, en virtud de que tal disposición jurídica contiene los efectos directos de la distribución de los votos que se le atribuyen a los partidos políticos o coaliciones; inconstitucionalidad que debe ser declarada en la presente sentencia.*

b. Igual situación se presenta en el caso del *cuarto motivo impugnado*, relativo al art. 262 inc. 1º letra f) nº 3 CE, porque la eficacia prescriptiva de esta disposición está subordinada a la condición de aplicación prevista en el número 1. En efecto, el número 3 señala que “[s]i hubieran candidatos o candidatas con preeminencia a los cuales no les correspondió el reparto establecido en el numeral uno de este literal, sus respectivas preeminencias se tomarán como totales”.

De esta manera, *es claro que las respectivas preeminencias de los candidatos partidarios que no estén posicionados en el orden de la lista hasta donde alcancen los escaños en abstracto que le corresponden a cada partido, se toman como totales cuando a aquellos no se les logra repartir los votos del partido con arreglo a lo establecido en el número 1 de la letra f), inc. 1º del art. 262 CE.*

Así las cosas, *el art. 262 inc. 1º letra f) nº 3 CE también incurre en una inconstitucionalidad por conexión, en virtud de que tal disposición contiene una consecuencia jurídica cuya eficacia depende de la condición de aplicación prescrita en el art. 262 inc. 1º letra f) nº 1 CE, y por tanto debe ser declarado también inconstitucional en la presente sentencia.*

5. Igualmente, en el *quinto motivo impugnado*, el actor demanda la inconstitucionalidad del art. 262 inc. 1º letra f) nº 5 CE. En este punto, el ciudadano Francisco Edgardo Monge Galdámez expuso motivos de inconstitucionalidad en forma autónoma, no de conexión material con respecto al nº 1 de la letra f), inc. 1º del art. 262 CE. No obstante, se considera que entre ambas disposiciones jurídicas existe una vinculación indisoluble que no fue cuestionada por el actor.

En virtud de la inconstitucionalidad por conexión, este Tribunal se encuentra habilitado para someter a control constitucional el n° 5 de la letra f), inc. 1° del art. 262 CE, a partir de su conexión material con el art. 262 inc. 1° letra f) n° 1 CE.

Pues bien, el número 5 de la disposición en cuestión prescribe que “[e]n caso de empate entre dos candidatos o más candidatas, prevalecerá entre éstos el orden según la planilla presentada por el partido o coalición postulante”.

El contenido prescriptivo de tal enunciado es una *consecuencia directa* del n° 1 de la letra f), inc. 1° del art. 262 CE, ya que el n° 5 establece que, en caso de empate, prevalecerá el orden de prelación de la planilla presentada por el partido o coalición postulante, trasladándose finalmente los votos a los que están en los primeros lugares de la lista.

Por tanto, *las normas contenidas en la parte final del n° 5 de la letra f) del inc. 1° del art. 262 CE constituyen regulaciones que son consecuencia del n° 1 del mismo artículo, disposición que infringe el carácter igualitario del voto. En consecuencia, se concluye que la última frase de la primera de las disposiciones mencionadas también vulnera el art. 78 Cn., debido a su conexión material con la segunda disposición, por lo que así deberá declararse en esta sentencia.*

6. A. En cuanto al *sexto motivo impugnado*, es preciso destacar que también el art. 262 inc. 1° letra f) n° 4 CE tiene una *conexión material* con el n° 1 del mismo artículo, debido a que, en el contexto global de la letra f) de la disposición en referencia, el n° 4 es una consecuencia de lo regulado en el n° 1. En efecto, el enunciado apuntado en primer término se refiere al momento en que se *distribuyen los votos* entre los candidatos participantes, mientras que el segundo alude a la forma de *asignar los escaños*, lo cual es un efecto de lo anterior. No obstante, dicha *conexión* desaparecerá al declararse la inconstitucionalidad del *sistema de distribución de escaños* establecido en el art. 262 inc. 1° letra f) números 1, 2, 3 y 5 CE. A causa de lo anterior, el art. 262 inc. 1° letra f) n° 4 CE aun quedaría vigente, por lo que es necesario enjuiciar su constitucionalidad de manera autónoma.

Al respecto, el número en cuestión establece que: “[e]l Tribunal procederá a asignar los escaños atendiendo [a] los resultados de mayor a menor, tomando en cuenta toda la lista”.

B. Para determinar la interpretación del art. 262 inc. 1° letra f) n° 4 CE es pertinente evocar algunas ideas formuladas en relación con el carácter igualitario del voto contenido en el art. 78 Cn. y con el sufragio pasivo.

En efecto, la valoración igual de todos los ciudadanos en el ejercicio del sufragio no se agota con el acto de emisión, sino que *se extiende hasta el resultado electoral*; de esta manera, *el sufragio igualitario significa que el voto de un elector debe tener la misma fuerza que los demás en la conformación de los órganos de representación*. Además, en un sistema electoral proporcional, la formalización de la igualdad del sufragio garantiza no sólo el mismo valor numérico, *sino también el mismo valor de resultado de los votos*.

En tal virtud, es posible entender que, individualmente considerado, el art. 262 inc. 1° letra f) n° 4 CE constituye una *actualización legislativa* del carácter igualitario del voto en el resultado y un desarrollo de las posibilidades de ejercicio del sufragio pasivo para optar al cargo de diputado en igualdad de condiciones –arts. 3, 72 ord. 3° y 126 Cn.–. Esto significa que, al ser declarada inconstitucional la distribución de votos con arreglo a la prelación de los candidatos propuesta por el partido político correspondiente, los escaños deben distribuirse entre los candidatos partidarios que integran las listas propuestas por los partidos, *según los resultados individuales de mayor a menor*.

Entendido de esta manera, cualquier candidato partidario tendrá iguales posibilidades objetivas de acceder a un escaño a medida que sume un mayor número de votos, independientemente del lugar en que se encuentre dentro de la respectiva lista.

C. Consecuentemente, *no existe la inconstitucionalidad por conexión alegada por el actor, sino que, por el contrario, el art. 262 inc. 1° letra f) n° 4 CE puede entenderse como actualización normativa del carácter igualitario del voto y, por tanto, no contradice los artículos 3, 78, 72 ord. 3° y 126 Cn., por lo que así deberá declararse en la presente sentencia*.

7. En el *séptimo motivo impugnado*, el actor también cuestionó la constitucionalidad del art. 238 inc. 2° CE, por la vulneración al carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–; si bien, tal pretensión fue declarada improcedente, según el auto de 3-X-2011, pronunciado en este proceso, en la misma decisión se aclaró que la situación apuntada en último término no constituía ningún óbice para que esta Sala conociera sobre la inconstitucionalidad por conexión del art. 238 inc. 2° CE, por constituir una regulación complementaria que volvía

operativo lo establecido en el art. 262 CE, con respecto a la determinación de los sujetos que han de resultar electos, según el tipo de lista y la fórmula prevista, por la supuesta violación al derecho fundamental al sufragio pasivo para el cargo de Diputado –arts. 72 ord. 3º y 126 Cn.– y al carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–

Pues bien, a partir de una interpretación sistemática de diversas disposiciones legales contenidas en el D. L nº 758/2011 –arts. 262 inc. 1º letra f), 250 inc. 3º y 253-C CE–, la *conexión material* del art. 238 inc. 2º CE con el art. 262 inc. 1º letra f) CE se cifra en que el primero, al permitir la posibilidad de votar por la bandera de un partido político, vuelve operativo al segundo, ya que este último establecía una serie de reglas orientadas a determinar *cuál debía ser la prelación de los diputados electos*, luego de que se hubiere fijado el número de escaños que corresponde a cada partido o coalición contendiente en cada circunscripción electoral.

No obstante, dicha *conexión* desaparece, porque, como se ha señalado, debe declararse la inconstitucionalidad del *sistema de distribución de escaños* establecido en el art. 262 inc. 1º letra f) números 1, 2, 3 y 5 CE. A causa de lo anterior, el art. 238 inc. 2º CE aun quedaría vigente.

Al respecto, es necesario manifestar que el art. 238 inc. 2º CE establece que “[a]l momento de votar [,] los ciudadanos s[ó]lo podrán escoger una de las alternativas anteriores, pero si marcaran la bandera de un partido o coalición y una de las candidaturas propuestas por este, se anotará como preeminencia a favor de la candidatura señalada, la cual será tomada en cuenta a la hora de definir la asignación de escaños ganados por el partido o coalición”.

A semejanza de lo afirmado con respecto al art. 262 inc. 1º letra f) nº 4 CE, para determinar la interpretación que debe adscribirse al art. 238 inc. 2º CE, es pertinente retomar ciertas ideas formuladas en relación con el carácter igualitario del voto contenido en el art. 78 Cn.

Individualmente considerado, el art. 238 inc. 2º CE constituye una *actualización legislativa* del carácter igualitario del voto en el resultado –art. 78 Cn.–, así como del derecho fundamental al sufragio pasivo para optar al cargo de Diputado –arts. 72 3º y 126 Cn.–. Esto significa que, al ser declarada inconstitucionalidad la distribución de votos con arreglo a la prelación de los candidatos propuesta por el partido político correspondiente,

los escaños deben distribuirse entre los candidatos partidarios que integran las listas propuestas por los partidos, *según los resultados individuales de mayor a menor*.

Entendido de esta manera, *cualquier candidato partidario que se encuentre en la lista tendrá la posibilidad óptima de acceder a un escaño, a medida que sume un mayor número de votos*.

Consecuentemente, *no existe la inconstitucionalidad por conexión, sino que, por el contrario, el art. 238 inc. 2º Cn. puede entenderse como una actualización normativa tanto del carácter igualitario del voto como del derecho fundamental al sufragio pasivo para optar al cargo de Diputado, por lo que así deberá declararse en la presente sentencia*.

8. A. El art. 238 inc. 1º letra b) nº 1 CE también ha sido cuestionado por el ciudadano Monge Galdámez en el *octavo motivo impugnado*, ya que, a su entender, vulnera el derecho de igualdad –art. 3 Cn.– Al respecto, expresó que dicha disposición legal prevé varias modalidades de elección que se le confieren al elector. Precisamente, el voto por bandera es una de ellas.

Con respecto a lo anterior, manifestó que, si bien el *voto por bandera*, en sentido estricto, no es inconstitucional, lo cierto es que los efectos que ello genera sí lo son. En efecto, aseveró que votar por bandera equivale a hacerlo por el partido sin preeminencia, lo que implica que los votos deben ser distribuidos de manera equitativa entre los primeros candidatos de la lista, en el orden de prelación determinado por el partido respectivo, según lo establece el art. 262 inc. 1º letra f) número 1 CE.

Por ello, consideró que *el “voto por bandera” previsto en el art. 238 inc. 1º letra b) nº 1 CE constituye una regulación complementaria del art. 262 inc. 1º letra f) número 1 CE*.

B. a. En relación con el citado motivo de inconstitucionalidad, esta Sala considera que al actor le asiste la razón cuando afirma que las disposiciones a las que alude tienen una *conexión material*. No obstante, dicha *conexión* desaparece, porque es necesario declarar la inconstitucionalidad del *sistema de distribución de escaños* establecido en el art. 262 inc. 1º letra f) números 1, 2, 3 y 5 CE. A causa de lo anterior, el art. 238 inc. 1º letra b) nº 1 CE aun quedaría vigente, por lo que es necesario enjuiciar su constitucionalidad de manera autónoma.

b. Individualmente considerado, el art. 238 inc. 1° letra b) n° 1 CE, constituye una *actualización legislativa* del carácter igualitario del voto en el resultado –art. 78 Cn.– y un desarrollo de las posibilidades de ejercicio del sufragio pasivo para optar al cargo de Diputado en igualdad de condiciones –arts. 3, 72 ord. 3° y 126 Cn.–

Esto significa que, al ser declarada inconstitucional la distribución de votos con arreglo a la prelación de los candidatos propuesta por los partidos políticos –hasta el número de escaños que en abstracto le correspondería a cada uno–, sí queda clara la intención de voto del elector de avalar toda la lista; y por lo tanto, para respetar la voluntad de los ciudadanos, *los votos “por bandera” o lista completa no se pueden distribuir inequitativamente, es decir, solo para favorecer los primeros lugares de la lista hasta donde alcancen, según el número de escaños que en abstracto le corresponderían al partido.*

Interpretado de esta manera, cualquier candidato partidario tendrá iguales posibilidades objetivas de acceder a un escaño, a medida que sume un mayor número de votos, independientemente del lugar en que se encuentre dentro de la respectiva lista. En consecuencia, la Asamblea Legislativa deberá determinar la forma en que el “voto por bandera” o por lista incida en el resultado de las elecciones legislativas, sin desconocer la fuerza constitucional preeminente y libre del voto por persona.

De cara a las elecciones legislativas de 2012, el TSE deberá tomar en cuenta lo dictaminado por la presente sentencia, en el caso de que el Legislador omita por cualquier circunstancia suplir los vacíos generados por el pronunciamiento de fondo de la misma.

Consecuentemente, *no existe la inconstitucionalidad por conexión alegada por el actor, sino que, por el contrario, el art. 238 inc. 1° letra b) n° 1 CE, puede interpretarse como una actualización normativa del carácter igualitario del voto y del derecho fundamental al sufragio pasivo para el cargo de Diputado, razón por la cual no contradice el art. 3 Cn., y así deberá declararse en la presente sentencia.*

C. En igual sentido, las disposiciones que se reputaron conexas con el art. 262 inc. 1° letra f) números 1, 2 y 3 CE, pueden conservar su vigencia, habiendo sido declarada la inconstitucionalidad de éste.

Así, el art. 250 inc. 2° *primera frase* CE, habilita al ciudadano a votar por la bandera –que implica avalar toda la lista–, y el art. 253-C incs. 3° y 4° letra a) CE, establece que dicho voto se considera válido.

Al respecto, una vez declarada la inconstitucionalidad del reparto que el art. 262 inc. 1° letra f) número 1 CE hacía de estos votos a favor de los primeros lugares de la lista, hasta el número de escaños que en abstracto le corresponden a cada partido, dichas disposiciones pueden reputarse constitucionales, en el entendido que el ciudadano que así lo decida, avale toda la lista, siempre y cuando estos votos por bandera o lista completa no se distribuyan inequitativamente en aquellos lugares de la lista hasta donde alcancen, según el número de escaños que en abstracto le corresponderían al partido.

Por tanto, es posible concluir que los arts. 250 inc. 2° *primera frase* y 253-C incs. 3° y 4° letra a) CE, no contradicen el carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–, pues constituyen *una actualización normativa del carácter igualitario del voto y del derecho fundamental al sufragio pasivo para el cargo de Diputado* –arts. 3, 72 ord. 3°, 78 y 126 Cn.–, y así deberá declararse en la presente sentencia.

9. Finalmente, en virtud de haberse establecido que los arts. 262 inc. 1° letra f) números 1, 2, 3 y 5 CE, en relación con los arts. 238 inc. 3° frase final, 250 inc. 3 frase final y 253-C inc. 4° letras c) frase final y d) frase final CE, son inconstitucionales por vulnerar el carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–, no es necesario analizar la pretensión planteada con relación a la supuesta vulneración al derecho fundamental al sufragio pasivo para optar al cargo de Diputado en igualdad de condiciones –arts. 3, 72 ord. 3° y 126 Cn.– *Consecuentemente, deberá sobreseerse este punto de la pretensión planteada.*

V. Noveno motivo impugnado. Corresponde en este apartado resolver la inconstitucionalidad *del art. 217 inc. 2° CE, por la supuesta vulneración de los arts. 3 inc. 1° y 246 Cn. –principios de igualdad y de proporcionalidad–, en relación con el art. 72 ord. 3° Cn. –derecho a optar al cargo de Diputado–.*

1. A. Al respecto, el demandante sostuvo que tal disposición legal genera un *trato desigual* a los candidatos no partidarios respecto de los candidatos postulados por los partidos políticos, consistente en que a los primeros se les exige, como condición indispensable para inscribirse en el registro pertinente del TSE, que sean originarios o

residentes de la circunscripción electoral en la que pretenden participar, mientras que a los segundos, se les permite presentar sus candidaturas en cualquier circunscripción electoral.

Ahora bien, es aceptado por la jurisprudencia constitucional salvadoreña que el Legislador, al configurar los derechos fundamentales puede hacer diferenciaciones, lo que no es *per se* inconstitucional. En ese sentido, debe entenderse que el actor, cuando impugna la diferenciación aludida, lo que quiere decir es que el trato en cuestión carece de *justificación constitucional* o, en otras palabras, que es discriminatorio.

B. El Órgano Legislativo basó su resistencia a este punto de la pretensión en las siguientes razones: (i) los partidos políticos son organizaciones que funcionan a nivel nacional, con una estructura territorial claramente identificable en cualquier tiempo, y están sujetos a ser fiscalizados por el TSE, mientras que los candidatos no partidarios participan en una sola circunscripción, son individuales y para una ocasión; (ii) el art. 72 ord. 3º Cn. atribuye al Legislador la facultad de establecer requisitos para el ejercicio del derecho a optar a cargos públicos; (iii) el candidato no partidario debe ejercer representación de la ciudadanía y, más aun, de la población que habita en su circunscripción departamental; (iv) el candidato no partidario requiere ser conocido y contar con un apoyo o representación mínima que lo legitime; y (v) se debe lograr “identidad” entre el candidato no partidario y la población, pues los candidatos no partidarios no poseen una estructura territorial visible y permanente, a diferencia de los partidos políticos, que son estructuras a nivel nacional que actúan constantemente en las elecciones.

Agregó la Asamblea Legislativa, que ella puede establecer diferencias cuando, como en el presente caso, los sujetos no son iguales, siempre y cuando no limite desproporcionadamente el derecho a optar a un cargo público.

2. A. Advierte esta Sala que, en efecto, en la resolución de 3-X-2011, pronunciada en el presente proceso, la demanda se admitió en contra del art. 217 inc. 2º CE por vulneración al principio de igualdad y al principio de proporcionalidad.

Cuando se plantea una pretensión de inconstitucionalidad ante esta Sala, en la que se aduce una vulneración del art. 3 inc. 1º Cn., debe realizarse el “juicio de igualdad”. Este consiste básicamente en establecer si existe o no en la disposición impugnada una justificación para el trato desigual brindado a las situaciones jurídicas comparadas.

Entonces, la disposición impugnada se someterá a un examen en el cual debe encontrarse, primero, *la razón para la diferenciación*; y segundo, una vez determinado que existe una razón, *verificar si es legítima* desde el punto de vista constitucional. Ambas constataciones permiten afirmar que la diferenciación es *razonable*. Sin embargo, no basta con dictaminar que el trato desigual impugnado es razonable, pues, aun así, pudiera ocurrir que ese trato conlleve una *limitación desproporcionada* a un derecho fundamental.

Por ello, el análisis debe continuar para determinar que los beneficios que reporta la diferenciación normativa compensan el sacrificio que ésta supone para un derecho fundamental (proporcionalidad en sentido amplio). Y, para llegar a esta conclusión –o a la conclusión contraria–, es indispensable verificar que el trato desigual cuestionado es *idóneo, necesario y proporcionado en sentido estricto* –o que no lo es–.

B. El examen de idoneidad consiste en identificar el fin de la medida impugnada y analizar si ésta de alguna manera permite alcanzar el primero. Por ello, se puede afirmar que, mediante el primer paso del juicio de proporcionalidad, se determina la *razonabilidad* de la diferenciación. Esta aclaración es necesaria, ya que en el Derecho constitucional comparado es usual que se hable de “razonabilidad” para referirse al juicio completo de igualdad. Sin embargo, dado que esta Sala, al momento de enjuiciar intervenciones en los derechos fundamentales, utiliza más la expresión “proporcionalidad”, es preferible también –por consistencia conceptual– hablar de *proporcionalidad* al momento de efectuar el juicio de igualdad.

De lo anterior se deduce que *carece de sentido conocer por separado las presuntas vulneraciones de los principios de igualdad y de proporcionalidad*, ya que es precisamente el trato diferenciado que la disposición controvertida supuestamente brinda a los candidatos no partidarios, respecto a los partidarios, lo que según el planteamiento del demandante, provocaría la afectación al segundo principio.

3. El análisis se reduce, entonces, a examinar si la regulación impugnada contraviene el principio de igualdad en la formulación de la ley.

A. a. La igualdad es uno de los valores constitucionales –junto con el de libertad– en los que se concreta la justicia (art. 1 inc. 2º Cn.), entendida esta última como un *reparto equitativo de libertades* –Sentencia 23-III-2001, Inc. 8-97–. Además, la igualdad es un

principio constitucional y un derecho fundamental que está consagrado en el art. 3 inc. 1º Cn.

De la igualdad, como principio constitucional, se deducen las siguientes obligaciones: (i) tratar de manera similar las situaciones jurídicas similares; (ii) tratar de manera diferente las situaciones jurídicas que no comparten ninguna característica común; (iii) tratar de manera igual aquellas situaciones jurídicas en las cuales las similitudes son más relevantes que las diferencias; y (iv) tratar de manera diferente aquellas situaciones jurídicas en las cuales las diferencias son más relevantes que las similitudes.

Se desprende de lo anterior, que si bien la igualdad se presenta como un mandato de carácter predominantemente formal, su correcta aplicación requiere del intérprete la valoración objetiva de las situaciones jurídicas comparadas, a efecto de determinar si procede, o bien equiparar, o bien diferenciar. Inclusive, existen casos en los cuales se puede justificar constitucionalmente el trato diferenciado, a través de acciones positivas, a fin de lograr la igualdad formal en el plano real; se habla, en ese sentido, de “igualdad material”.

b. Establecidas las anteriores líneas generales, conviene profundizar un poco en los problemas que suscita la aplicación del principio de igualdad.

En primer lugar, es pertinente aclarar que, cuando se dice que dos personas, cosas o situaciones son iguales, ello no significa que sean idénticas, 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 respecto a otra persona o cosa, y con respecto a cierta o ciertas características. Para formular un juicio de igualdad, pues, debe contarse por lo menos con dos personas, cosas o situaciones (los que se comparan), y una o varias características comunes (el o los términos de comparación).

Por último, para que un juicio de igualdad tenga relevancia jurídica no basta con el establecimiento del término de comparación. Es necesaria la imputación de consecuencias jurídicas a los sujetos comparados como efecto de la igualdad o desigualdad encontrada. En términos más concretos, la afirmación de que dos situaciones jurídicas son iguales o diferentes, servirá de justificación para formular una regla de trato igual o una regla de trato desigual, según el caso.

B. Al inicio de este apartado se resumieron los argumentos que el Órgano Legislativo, como resistencia a este punto de la pretensión, ha esgrimido. Se pasa, a continuación, a examinarlos –agrupándolos por afinidad–.

a. Por una parte, la autoridad emisora de la disposición impugnada argumentó que: (i) los partidos políticos son estructuras que funcionan a nivel nacional, identificables en cualquier tiempo y sujetos a ser fiscalizados por el TSE; mientras que los candidatos no partidarios participan en una sola circunscripción, pues son candidaturas individuales y para una ocasión; y (ii) se debe lograr identificación entre el candidato no partidario y la población, pues los candidatos no partidarios no poseen una estructura territorial visible y permanente, a diferencia de los partidos políticos, que son estructuras a nivel nacional que actúan constantemente en las elecciones.

Más que *razones* para el trato desigual impugnado, el Legislativo no ha establecido una *justificación*, sino que se ha limitado a *describir* las diferencias entre los candidatos no partidarios –por un lado–, y los candidatos de los partidos políticos –por el otro–.

No se niega que dichos candidatos y los últimos institutos sean diferentes. De hecho, *ni siquiera son comparables* desde el punto de vista de la regulación del derecho a optar a cargos públicos: unos son personas naturales –quienes son titulares del derecho en cuestión–, y los otros son asociaciones –quienes no son titulares de ese derecho y, por ello, solo pueden *proponer* candidatos–. Por consiguiente, los argumentos consignados en el párrafo anterior no tienen la capacidad de justificar el trato desigual entre *candidatos no partidarios* y *candidatos partidarios* y, en ese sentido, las justificaciones de la Asamblea no pueden aceptarse.

b. Por otra parte, la autoridad demandada alegó que el art. 72 ord. 3º Cn. le atribuye la potestad de establecer requisitos para el ejercicio del derecho a optar a cargos públicos. Desde luego, esta afirmación es cierta, pues, en virtud del art. 246 inc. 1º Cn., a la Asamblea Legislativa le compete la tarea primordial de configurar los derechos fundamentales, sea simplemente regulándolos, sea interviniéndolos, con obligación de respetar su contenido esencial y el principio de proporcionalidad. En ese sentido, el argumento aducido por dicho Órgano del Estado para tratar de modo desigual a los candidatos no partidarios, no tiene fuerza justificatoria alguna, pues se reduce a invocar una habilitación constitucional que ya se presupone cuando de regulaciones legislativas se trata.

c. Por último, para resistirse a la pretensión de inconstitucionalidad, la Asamblea Legislativa esgrimió las siguientes razones: (i) el candidato no partidario debe ejercer representación de la ciudadanía y, más aun, de la población que habita en su circunscripción departamental; y (ii) el candidato no partidario requiere ser conocido y contar con un apoyo o representación mínima que lo legitime.

El primer argumento apunta a la esencia misma de los cargos de representación popular, como el de Diputado: que el funcionario respectivo actúe y tome sus decisiones en nombre del pueblo –art. 125 Cn.– Para ello, incluso, la Constitución le garantiza que no estará ligado por mandato imperativo alguno, por ejemplo, de quienes lo propusieron o financiaron.

Esto último porque, si bien los Diputados se postulan para una circunscripción electoral, no siendo esta división de carácter político, sino administrativo –el Estado salvadoreño no es federal, sino unitario–, representan a *todo* el pueblo, no al departamento para el que se postularon –Sentencias de 26-VI-2000, 25-XI-2008, Amp. 34-A-96 y 9-2006, respectivamente–. Por consiguiente, la característica señalada por el Legislativo es aplicable tanto para candidatos no partidarios como para candidatos partidarios; consecuentemente, no se justifica el trato desigual ahora cuestionado.

El segundo argumento se refiere a la necesidad de que el candidato no partidario cuente con un mínimo de representatividad preelectoral. Esta es una exigencia natural en todos los sistemas electorales, a fin de depurar aquellas candidaturas que carecen de seriedad, que persiguen solo beneficios económicos o que puede razonablemente creerse que tienen pocas o nulas posibilidades de conseguir representatividad postelectoral (Sentencia de 25-IV-2006, Inc. 11-2004).

Ahora bien, tal exigencia se satisface plenamente a través de lo dispuesto en el art. 8 letra c) del D. L. n° 555/2010, el cual obliga a todo postulante a candidato no partidario, a presentar cierto número de firmas dependiendo de para qué circunscripción electoral se postula.

De ello se puede inferir que la exigencia de representatividad nada tiene que ver con el supuesto trato desigual a los candidatos no partidarios con respecto a los candidatos partidarios (Sentencia de 24-X-2011, Inc. 10-2011). Aun más, la comparación, ni siquiera es posible, ya que, en el caso de los candidatos postulados por un partido político, el que

debe acreditar representatividad para ser legalmente reconocido, es precisamente este último, y no el candidato respectivo.

Así, se concluye que la Asamblea Legislativa, a pesar de tener la carga de la alegación respecto al cumplimiento del mandato de igualdad (Sentencia de 17-V-2002, Inc. 6-2000), no ha logrado evidenciar una finalidad que justifique, desde el punto de vista constitucional, el tratamiento diferenciado a candidatos no partidarios con respecto a los candidatos propuestos por los partidos políticos, en cuanto al requisito de postularse por una circunscripción de la que se sea originario o residente.

Tampoco es posible deducir la finalidad de la norma, ni del texto de la ley, ni de sus considerandos, ni de algún antecedente legislativo. Al carecer de finalidad la medida, se concluye que es *irrazonable e inconstitucional*. Por ello, ya no es necesario proseguir el análisis a fin de determinar si dicha medida es, además, desproporcionada en relación con el derecho a optar a cargos públicos.

En conclusión, *el art. 217 inc. 2º del CE, vulnera el art. 3 inc. 1º Cn., y así deberá declararse en esta sentencia.*

El efecto de esta decisión será la expulsión del ordenamiento jurídico de la disposición impugnada. Por consiguiente, a partir de este fallo, el requisito declarado inconstitucional ya no será exigible.

Por tanto

Con base en las razones expuestas, disposiciones y jurisprudencia constitucional citadas y arts. 9, 10 y 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, en nombre de la República de El Salvador, esta Sala

Falla:

1. Declárase de un modo general y obligatorio que el art. 253-C inc. 4º letras c) y d) del Código Electoral, contenido en el Decreto Legislativo n° 417, de 14-XII-1992, publicado en el Diario Oficial n° 16, tomo 318, de 25-I-1993, reformado por Decreto Legislativo n° 758, de 16-VI-2011, publicado en el Diario Oficial n° 120, tomo 391, de 28-VI-2011, es inconstitucional, al vulnerar el art. 78 de la Constitución, pues implica una intervención ilegítima en el carácter libre del voto, garantizado por la Constitución, el hecho de que los votos válidos se contabilicen a favor de los partidos o coaliciones: (i) cuando se ha marcado sobre una bandera o lista y un candidato del mismo partido o

coalición; (ii) cuando se ha marcado sobre dos o más candidatos de una misma lista; o (iii) cuando se marca una bandera y dos o más candidatos de un mismo partido o coalición.

2. Declárase de un modo general y obligatorio que el art. 262 inc. 1º letra f) nº 1 del Código Electoral, es inconstitucional, al vulnerar el carácter igualitario del voto contenido en el art. 78 de la Constitución, porque la voluntad del elector que haya optado por la votación individual de uno o más de los candidatos –partidarios o no, dentro de la misma lista– no se transformaría en una verdadera representación política, al estar en desventaja en relación con los votos atribuidos a la lista de los partidos políticos, en el orden de prelación determinado por éstos.

3. Declárase de un modo general y obligatorio que los arts. 238 inc. 3º, 250 inc. 3º segunda frase –según la cual: “...si se marcara en más de un candidato o candidata dentro de la misma planilla el voto se registrará a favor del partido o coalición, pero en este caso no constituye preeminencia”– y 253-C inc. 4º letras c) y d) del Código Electoral, son inconstitucionales, atendiendo a la conexión material que tienen con el art. 262 inc. 1º letra f) número 1 del mismo Código, el cual vulnera el carácter igualitario del voto previsto en el art. 78 Cn.

4. Declárase de un modo general y obligatorio que el art. 262 inc. 1º letra f) números 2, 3 y 5 del Código Electoral, es inconstitucional, en virtud de su conexión material con el art. 262 inc. 1º letra f) nº 1 del mismo Código, porque transgrede el carácter igualitario del voto establecido en el art. 78 Cn.

Respecto de los 4 anteriores puntos estimatorios de este fallo, la Sala está privilegiando el voto por persona, a fin de que la sentencia refleje, claramente, la necesidad de respetar la libertad y plena capacidad de opción en materia electoral del ciudadano, quien es el sujeto fundamental de la democracia, y que como tal, constituye el origen y el fin de la actividad del Estado salvadoreño, art. 1 Cn.

Esto no sería respetado si se permitiera legalmente que los partidos determinaran una lista con orden de prelación, a efecto de imponerla sobre la libre elección de los ciudadanos. Por tanto, aunque en esta sentencia se interpreta que la Constitución permite la opción de voto por lista o bandera, ello no significa en modo alguno que se avale la

imposición de una prelación prefijada por los partidos, por encima de la decisión de los ciudadanos.

5. *Declárase de un modo general y obligatorio que el art. 217 inc. 2º del Código Electoral, es inconstitucional, ya que es incompatible con el art. 3 inc. 1º de la Constitución, pues tal disposición carece de finalidad legítima y, por tanto, es irrazonable. Por consiguiente, a partir de este fallo, el requisito de inscribirse exclusivamente en las circunscripciones electorales de las que sean originarios o en la cual residan, ya no será exigible a los candidatos no partidarios.*

6. *Declárase que en el art. 262 inc. 1º letra f) número 4 del Código Electoral, no existe la inconstitucionalidad por conexión alegada, consistente en la vulneración al carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–, pues, por el contrario, tal disposición legal constituye una actualización normativa del citado carácter constitucional del voto y un desarrollo del derecho al sufragio pasivo para optar al cargo de Diputado en igualdad de condiciones –arts. 3, 72 ord. 3º y 126 Cn.–*

7. *Declárase que en el art. 238 inc. 2º del Código Electoral, no existe la inconstitucionalidad por conexión alegada, pues dicha disposición puede entenderse como una actualización normativa tanto del carácter igualitario del voto como del derecho fundamental al sufragio pasivo para optar al cargo de Diputado.*

8. *Declárase que en el art. 238 inc. 1º letra b) nº 1 CE, no existe la inconstitucionalidad alegada en cuanto a la vulneración al art. 3 Cn., pues dicha disposición puede entenderse como una actualización normativa del carácter igualitario del voto y del derecho fundamental al sufragio pasivo para el cargo de Diputado, siempre y cuando dichos votos no se distribuyan de manera inequitativa entre los candidatos de la lista del partido respectivo.*

9. *Declárase que en los arts. 250 inc. 2º primera frase –la cual establece que “Al momento de votar los ciudadanos solo podrán escoger una de las alternativas anteriores...”– y 253-C incs. 3º y 4º letra a) CE, no existe la inconstitucionalidad planteada por la supuesta vulneración al carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–, pues constituyen una actualización normativa del carácter igualitario del voto y del derecho fundamental al sufragio pasivo para el cargo de diputado –arts. 3, 78, 72 ord. 3º y 126 Cn.–*

10. Sobreséese en el presente proceso la pretensión de inconstitucionalidad relativa a los arts. 262 inc. 1° letra f) números 1, 2, 3 y 5 CE, en relación con los arts. 238 inc. 3° frase final, 250 inc. 3° frase final y 253-C inc. 4° letras c) frase final y d) frase final CE, por la supuesta vulneración al derecho fundamental al sufragio pasivo para el cargo de Diputado en igualdad de condiciones –arts. 3, 72 ord. 3° y 126 Cn.–, en razón de haber sido declarados inconstitucionales en la presente sentencia por vulnerar el carácter igualitario del voto –art. 78 Cn.–

11. Notifíquese la presente resolución a todos los intervinientes.

12. Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial, dentro de los quince días siguientes a esta fecha, debiendo remitirse copia de la misma al Director de dicho órgano oficial.