

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las catorce horas con cuarenta y dos minutos del día veintitrés de diciembre de dos mil dieciséis.

El presente proceso fue iniciado por demanda suscrita por los ciudadanos Eduardo Salvador Escobar Castillo, José Ramón Villalta, José Salvador Sanabria Gutiérrez y René Landaverde Hernández, con el fin de que se declare la *inconstitucionalidad por omisión total* porque el legislador ha omitido desarrollar las garantías para el ejercicio del sufragio activo —para votar en las elecciones legislativas y municipales— y pasivo —para ser votado en las elecciones presidenciales, legislativas y municipales— de los ciudadanos salvadoreños aptos que residen en el extranjero, omisión que presuntamente contraviene el mandato establecido en los arts. 3, 72 ords. 1° y 79 inc. 3° Cn.

Han intervenido los actores, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

I. 1. Puesto que los demandantes hacen un reproche a una omisión que atribuyen a la Asamblea Legislativa, no hay disposición jurídica que deba ser transcrita a título de objeto de control.

2. La síntesis de los motivos de inconstitucionalidad alegados por los actores es la siguiente:

A. En relación con los arts. 3 y 72 ord. 1° Cn., dijeron que es necesario crear una estructura normativa que permita el ejercicio adecuado del derecho al sufragio, esto es, un marco legal que posibilite votar y ser candidato en todas las elecciones populares a las que convoque el Tribunal Supremo Electoral. Esto implica elaborar un registro electoral con todos los ciudadanos salvadoreños mayores de 18 años sin distinción de su residencia, crear el padrón electoral, disponer de urnas o un mecanismo para emitir el voto, entre otros aspectos logísticos y operativos. Para ellos, la residencia es el criterio objetivo que el legislador ha tomado en consideración para omitir regular el voto de los salvadoreños en el extranjero, lo cual es irrelevante. No obstante, la residencia en el extranjero no es un aspecto de capital importancia para diferenciar a los salvadoreños en el exterior e impedirles el ejercicio del sufragio. A diferencia del criterio adoptado por el legislador, sostienen que el criterio que debe tomarse en cuenta para optimizar el derecho en referencia es estar habilitado para votar, es decir, haber cumplido 18 años. En consecuencia, al no haber regulado el voto en el extranjero, el legislador no ha dado cumplimiento al mandato contenido en los arts. 3 y 72 ord. 1° Cn. ya que a dicho sector no se le permite sufragar.

B. En lo atinente al art. 79 inc. 3° Cn. —en conexión con los arts. 3 y 72 ord. 1° Cn.—, afirmaron que existe un mandato constitucional dirigido al legislador de regular la forma, tiempo y demás condiciones del ejercicio del sufragio de todos los salvadoreños,

residan o no en el país. Pero, el legislador no ha dado cumplimiento a esa orden porque solo se limitó a regular el sufragio para los salvadoreños que habitan en el territorio nacional.

3. A partir de tales alegatos, por auto del 23-I-2013, emitido en este proceso, esta sala admitió la demanda como un caso de inconstitucionalidad por omisión parcial. Sin embargo, por auto del 5-VII-2013, también emitido en este proceso, los términos de la admisión fueron modificados por causa de la petición planteada por el ciudadano Eduardo Salvador Escobar Castillo. En su planteamiento, él consideró que aunque la Asamblea Legislativa haya emitido la Ley Especial para el Ejercicio del Voto desde el Exterior en las Elecciones Presidenciales —en adelante “LEEVEEP”—, aún persistía la inconstitucionalidad por omisión parcial ya que en tal ley “... no [había] sido regulado el sufragio activo y pasivo de los ciudadanos salvadoreños que residen en el exterior para las elecciones legislativas y municipales”. Sobre ello, este tribunal entendió que, “... para el peticionario, existe una exigencia constitucional de regular en un cuerpo normativo único el derecho y el procedimiento”.

Sobre ello, se explicó que “... una cosa es la decisión política de emitir una ley formal y otra la técnica que debe utilizarse para su redacción. La primera [...] corresponde a la Asamblea Legislativa, pues su atribución por antonomasia es la de legislar (arts. 121 y 131 ord. 5° Cn.); esta decisión apunta al contenido de una ley, que el legislador puede dotar de acuerdo con el margen de acción estructural que la Constitución delimita. El segundo, la técnica, en realidad no es necesariamente una tarea del legislador, sino del técnico y apunta al continente, es decir, al texto que formaliza la decisión política. Entre la voluntad política del legislador al tomar esa decisión (lo que el legislador quiere sancionar) y el texto aprobado debe existir fidelidad, por lo que la técnica legislativa entraña un acto de ‘traducción’ de la decisión política del legislador”.

“Esta ‘traducción’ debe cumplir por lo menos dos requisitos. El primero es mantener la coherencia con el resto del sistema de fuentes del Derecho. Cuando el Legislativo aprueba un proyecto de ley, no lo hace para que permanezca aislado del resto de leyes (en sentido material), como si se tratara de compartimentos estancos dentro de un sistema jurídico, sino que lo hace justamente para que forme parte de una unidad. El segundo es ser un fiel reflejo de la decisión política que motivó al legislador. El texto normativo no debe alterar la decisión política, de tal manera que ha de expresar en términos claros cuál fue la decisión real”.

“Teniendo presente estas distinciones, parece que la LEEVEEP es una manifestación de la voluntad legislativa de regular únicamente el derecho al sufragio activo de los ciudadanos que residen en el exterior a fin de que puedan votar en las elecciones presidenciales; esto se fundamenta no solo por lo que indica el nombre del decreto adoptado, sino por el contenido de su articulado. Como antes se ha dicho, el decreto ha sido denominado ‘Ley Especial del Voto desde el Exterior en las Elecciones Presidenciales’ y su art. 1 (que contiene el objeto de dicha normativa) crea el ‘... sistema de voto desde el

exterior, con el objeto que las salvadoreñas y los salvadoreños residentes fuera del territorio nacional, puedan ejercer su derecho al sufragio activo en los eventos electorales para elegir Presidente y Vicepresidente de la República a partir del año 2014”.

“En principio, la Asamblea Legislativa posee autonomía para regular el sufragio activo y pasivo de los salvadoreños que residen en el exterior, en las elecciones presidenciales, legislativas y municipales. Pero esto no significa que todo ello deba estar previsto en el Código Electoral o en la misma LEEVEEP, a pesar del reproche que pueda hacerse al legislativo por la técnica utilizada al emitir un decreto legislativo por cada tipo de elección o evento electoral. Aunque la decisión política sea la de regular todo lo concerniente al derecho al sufragio (que incluye el voto de residentes en territorio nacional o en el exterior, para cualquier tipo de elección), el legislador no está obligado (en principio) a normar *todos esos ámbitos* en una sola ley. De la dispersidad normativa no se sigue una inconstitucionalidad”.

“De lo anterior se infiere que no estamos en presencia de una auténtica inconstitucionalidad por omisión parcial, en los términos que ha indicado el actor. Más bien, los nuevos supuestos planteados (la falta de regulación del tema que se refiere al sufragio activo para las elecciones legislativas y municipales, y el sufragio pasivo para las elecciones presidenciales, legislativas y municipales) son constitutivos de [...] *inconstitucionalidades por omisión total*, con lo cual los motivos de inconstitucionalidad que fueron alegados en la demanda y que dieron lugar a la admisión de tal escrito, aún persisten, pero ya no solo con respecto al Código Electoral —que sirvió de referente normativo a los demandantes—, sino a la totalidad del ordenamiento jurídico”.

En el auto de admisión de 23-I-2013 se ordenó la admisión de la demanda como un caso de “inconstitucionalidad por omisión parcial”, pero en el auto de 5-VII-2013 se aclaró que ello se hizo porque “... el término de referencia o comparación estaba contenido en una normativa general (el Código Electoral) que está destinada a regular las elecciones de primer grado, no en una especial como la LEEVEEP, que solo se refiere al sufragio pasivo para las elecciones presidenciales”. En consecuencia, en la última decisión se ordenó que el presente proceso continuara su trámite, “... pero como un supuesto de *omisión total* (lo que excluye al Código Electoral como término de comparación), de acuerdo con los términos en que fue admitida la demanda...”.

4. Por su parte, en su intervención, la Asamblea Legislativa se refirió (A) a los sistemas de control de constitucionalidad, (B) a los límites de la jurisdicción constitucional concentrada, y (C) a las razones con base en las cuales esta Sala admitió la demanda.

A. Sobre los sistemas de control de constitucionalidad, dijo que en relación con el proceso de inconstitucionalidad el art. 183 Cn. estatuye que la Corte Suprema de Justicia —o “CSJ”—, por medio de la Sala de lo Constitucional, será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos; el art. 174 Cn. determina que la CSJ tendrá una Sala de lo Constitucional, a las cual corresponderá conocer

y resolver de las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos; y el art. 53 de la Ley Orgánica Judicial prevé que corresponde a la Sala de lo Constitucional conocer o resolver los procesos de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos. Pero en ninguno de ellos se estableció que este tribunal tenga competencia sobre la inconstitucionalidad por omisión parcial ni, mucho menos, total.

Además, recordó que el objetivo del proceso de inconstitucionalidad es la defensa del orden constitucional cuando éste se considera vulnerado por la emisión de una disposición jurídica. Aquí el ciudadano pretende una declaratoria de inconstitucionalidad, por lo que, en el fondo, intenta el restablecimiento de tal orden constitucional supuestamente afectado. De esto concluye que la decisión que adopte esta Sala solo debe versar sobre la incompatibilidad o no de la disposición objeto de control con la Constitución.

B. En cuanto a los límites de la jurisdicción concentrada, la autoridad demandada expresó que esta Sala “... no tiene competencia material para conocer de la inconstitucionalidad por omisión absoluta, en el sentido de que[,] como bien lo establece el art. 183 Cn., esta se [encuentra] facultada únicamente para conocer y declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, puesto que en el caso particular de la supuesta inconstitucionalidad por omisión absoluta, en la medida en que no existe texto legal, llámese este: leyes, decretos o reglamentos sobre el cual ejercer el control de constitucionalidad...”. Según el Legislativo, la Sala es incompetente para pronunciar una decisión de inconstitucionalidad fundada en una omisión absoluta porque “... hay una ausencia total de regulación, y es el caso que esa Sala[,] y sin ningún fundamento legal, dejando de lado la pretensión planteada por los impetrantes en su demanda, resuelve controlar la omisión total [...] en que ha incurrido la Asamblea Legislativa por no regular el derecho al sufragio activo de los salvadoreños que residen en el exterior para votar en las elecciones legislativas y municipales, así como el derecho al sufragio pasivo de los mismos individuos para elecciones presidenciales, legislativas y municipales”.

Prosiguió señalando que “... es del criterio que el proceso de inconstitucionalidad, si bien permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, no autoriza la fiscalización de lo que el legislador supuesta y genéricamente ha omitido, conforme a directrices constitucionales...”. De ahí que, de conocer el presente proceso, esta Sala “... estaría vulnerando el principio de competencia, por el cual los órganos del Estado actúan válidamente dentro de su competencia, que debe ser expresa y no implícita; estaría ejerciendo atribuciones sin gozar de la investidura regular para ello, omitiendo la forma que señala el orden jurídico, y vulnerando la separación de funciones del Estado”.

Agregan que, “... si bien es cierto que la Sala y el impetrante citan jurisprudencia [...] con [la] que pretenden establecer la competencia material para entrar a conocer en el fondo sobre dicho constructo [...]. No es cierto que la Sala haya logrado establecer los extremos de tal afirmación; tan es así que en el derecho comparado con el cual dicha Sala intenta, aunque sea mínimamente, sostener tal aseveración, son órdenes constitucionales en

los cuales se ha establecido expresamente [...] la inconstitucionalidad por omisión, con el respectivo desarrollo de la institución en sus constituciones respectivas”.

Según ella, lo anterior plantea “... numerosas dificultades, por una parte, si el término para [el] cumplimiento a un mandato legislativo no está fijado por el poder constituyente ¿es legítimo que un poder constituido lo establezca? Generalmente se incluye un mandato al legislador sin fijar el plazo de cumplimiento del mismo”. Para la autoridad demandada, “[c]on ello, a la hora de interpretar y custodiar el cumplimiento de esa voluntad por parte de los Tribunales Constitucionales, lo que realmente ocurrirá, es que de guardianes del poder constituyente, pasarían a transformarse en sustitutos. Por otra parte, en el difícil supuesto de que se conteste afirmativamente a la pretensión del impetrante, nos asalta una pregunta ulterior: ¿[q]ué poder constituido debiera estar legitimado para juzgar la ‘razonabilidad’ del plazo? O, en otros términos, ¿quién debe defender en este terreno la Constitución? Parece que el Parlamento, a quien se le encomienda la tarea de legislación positiva, que conoce la complejidad del problema y que, por si fuera poco, está directamente elegido por el pueblo, debería ser el más indicado para determinar el momento y afirmar si una dilación es o no razonable”.

En todo caso, prosiguió, “... toda construcción dirigida a defender la posibilidad de controlar la constitucionalidad de la inactividad del legislador debe declarar, ante todo, qué concepto de Derecho se utiliza como punto de partida”. En este punto, manifestó que “[s]olo si la Constitución le confiere tal facultad a un órgano, puede asumir la tarea de examinar la posible disconformidad de una inactividad legislativa, respecto de un precepto constitucional que contenga un mandato de legislar”. En principio, continuó, “... la [s]ala de lo Constitucional es competente para el control de constitucionalidad de normas con rango y valor de ley. En realidad, ostenta respecto de estas normas el llamado ‘monopolio de rechazo’, pues todos los tribunales están obligados a enjuiciar la constitucionalidad de la ley que han de aplicar al caso concreto, si bien no pueden inaplicar o anular la que juzguen contraria a la Constitución, sino limitarse a cuestionar la validez ante [esta] [s]ala de lo Constitucional, único competente para invalidar las leyes contrarias a la Norma Fundamental”.

C. En cuanto a las razones aducidas por este tribunal para ordenar la admisión de la demanda, la Asamblea Legislativa sostuvo que el Considerando III del auto de 5-VII-2013 es ilegal. De acuerdo con dicha autoridad, este tribunal “... simplemente resuelve ‘de conformidad con los argumentos explicitados’. Esa resolución no solo infringe el art. 216 [del Código Procesal Civil y Mercantil] (de aplicación supletoria en los procesos de inconstitucionalidad) [...], sino también [el art. 277 inc. 1º frase última del mismo código]”. Aclaró que, de ambas disposiciones. “... se desprende la obligación que tienen todos los jueces [...] de motivar sus resoluciones, a fin de suministrar los datos, razonamientos y conclusiones necesarios para que las partes puedan conocer el [porqué] de las mismas...”.

Reprocha que en la citada decisión no hay cita alguna de “... las disposiciones en que [esta sala] basó su decisión...”.

De acuerdo con la autoridad demandada, “[s]i nos encontramos frente a un escenario nuevo[,] no quiere decir que esta Asamblea [...] haya caído en una inconstitucionalidad, ya que a lo largo del tiempo [...] este país ha caminado a pasos lentos[,] pero importantes[,] para llegar a una ‘normalidad democrática’; que las diferentes circunstancias que el país ha pasado y sigue pasando [...] son normales para un desarrollo democrático, que no se puede advertir que es malo un caminar lento, cuando vemos que los resultados han sido buenos”.

En consecuencia, concluye que este tribunal “... no tiene competencia material para conocer sobre la inconstitucionalidad por omisión total o absoluta...”, por lo que solicita que en sentencia se declare no ha lugar la demanda presentada”.

5. Por último, el Fiscal General de la República dijo básicamente que “[n]i en la Constitución de la República o en las Convenciones Internacionales se advierte por ningún motivo que los salvadoreños mayores de dieciocho años residentes en el extranjero estén habilitados para ejercer el sufragio pasivo o activo. En consecuencia, el Estado debe establecer los mecanismos que faciliten la inscripción al Registro Electoral independientemente de las cuestiones administrativas técnicas, financieras y operativas que ello implica, ya que los derechos políticos son derechos fundamentales, puesto que el voto es *igualitario* y tiene el mismo valor y no resulta posible condicionarlo o restringirlo en razón [de] la religión, raza o condición social, económica o estatus migratorio del ciudadano”.

Continuó diciendo que “[e]l sufragio o voto activo de los ciudadanos salvadoreños que residen en el exterior ha sido reconocido por el Órgano Legislativo al emitir [la] Ley Especial Para el Ejercicio del Voto desde el Exterior en las Elecciones Presidenciales...”. No obstante, “... el legislador limita y trata en desigualdad al salvadoreño residente en el extranjero, en relación [con el] ejercicio del sufragio activo en cuanto a las elecciones de Diputados y Consejos Municipales; y omite legislar en la modalidad pasiva en las elecciones establecidas en el art. 80 [Cn.]”. Por tanto, concluyó que sí existe la omisión denunciada por los actores de este proceso.

II. En congruencia con los motivos de inconstitucionalidad planteados, para justificar esta decisión, (III) se analizará el alegato de la Asamblea Legislativa relativo a que esta Sala carece de competencia para conocer y decidir una omisión inconstitucional; (IV) se retomará la jurisprudencia constitucional en torno a la reserva de ley; (V) se desarrollarán breves consideraciones sobre la igualdad y el carácter enunciativo de las categorías sospechosas de discriminación indicadas en el art. 3 Cn.; (VI) se hará una relación general de los derechos políticos, del sufragio universal y de la titularidad del derecho al sufragio de los ciudadanos salvadoreños residentes en el extranjero; (VII) las dimensiones negativas de libertad y positivas de prestación de los derechos fundamentales y la relación de estas últimas con los mandatos constitucionales; y (VIII) se resolverán los motivos de inconstitucionalidad. La sentencia cerrará con (IX) el fallo y la modulación de sus efectos.

III. En vista de que la Asamblea Legislativa ha cuestionado la competencia de esta Sala para conocer en este proceso, y que el argumento de la demanda es que dicha autoridad ha incurrido en una omisión inconstitucional, es pertinente pronunciarse de inmediato sobre este alegato. Básicamente, el argumento relevante aducido para ello es que el control de las omisiones inconstitucionales no está previsto expresamente en el orden jurídico salvadoreño y, por ello, este tribunal carece de competencia para controlar este tipo de omisiones.

La Constitución, la Ley de Procedimientos Constitucionales o la Ley Orgánica Judicial no prevén expresamente el control de las omisiones inconstitucionales. De hecho, así se ha reconocido en nuestra jurisprudencia: “... a diferencia de otros países, nuestra Ley de Procedimientos Constitucionales [...] no prevé expresamente a la inconstitucionalidad por omisión como uno de los mecanismos que garantizan la eficacia de la Ley Suprema ante la inacción legislativa” —sentencia de 1-II-2013, Inc. 53-2005—. Sin embargo, ello no ha representado un óbice para admitir su aplicación en nuestro orden jurídico: “... tal instrumento de protección reforzada es aplicable en nuestro Derecho Procesal Constitucional por derivación directa de las funciones de la jurisdicción constitucional y el carácter normativo de la Constitución” —resolución de 5-XI-1999, Inc. 18-98—.

En el auto de 23-I-2013, emitido en este proceso, se recordó que, “[e]n El Salvador, la Asamblea Legislativa es una de las entidades con potestades normativas destinatarias de [los] encargos constitucionales. Por ello, si bien el margen de acción estructural que [tiene dicha autoridad] le permite escoger el contenido de las leyes entre un número de alternativas de acciones válidas constitucionalmente (o cuando menos, no contrarias a la Constitución), lo cierto es que no tiene facultad de decidir si ejecutará el encargo o no. Los límites están fijados por la Constitución y, en concreto, por la razonabilidad del intervalo de tiempo que ha transcurrido sin que el mandato se haya cumplido”.

A tenor de lo indicado, puede concluirse que en El Salvador el control de las omisiones inconstitucionales es una figura de origen jurisprudencial. Y esto no es una innovación creada únicamente por esta Sala. En el Derecho Comparado, existen algunos casos en que el citado control de las omisiones inconstitucionales ha tenido también un origen jurisprudencial. Éste es el caso de Alemania, Austria, España e Italia. En estos países, a semejanza de lo que sucede con la línea jurisprudencial de este tribunal, es manifiesta la pretensión de superar la estrecha concepción teórica que reduce la omisión inconstitucional a la integración normativa expresamente requerida por el constituyente o por el legislador.

Por otra parte, el que este tribunal haya asumido la competencia para conocer de la omisión legislativa denunciada por los actores, no es una novedad. De ahí que cause extrañeza que la Asamblea Legislativa, en este proceso, cuestione la competencia de esta Sala para conocer de la pretensión planteada, cuando tal autoridad no lo ha hecho en otros procesos de inconstitucionalidad. Para ilustrarlo, es suficiente citar algunos precedentes en los que se ha conocido y resuelto demandas de inconstitucionalidad por omisión:

1. Proceso de inconstitucionalidad 2-95.

En tal proceso se analizó el argumento consistente en que el Legislativo vulneró el art. 32 Cn. ya que había omitido regular las uniones no matrimoniales de personas casadas con terceros y la situación de los hijos resultantes de este tipo de relaciones, por lo que se desprotegió la institución del matrimonio.

2. Proceso de inconstitucionalidad 19-98.

Entre otras, la pretensión formulada en ese proceso contenía las siguientes solicitudes: (i) declaratoria de inconstitucionalidad por omisión del art. 16 de la Ley del Sistema de Ahorro para Pensiones ya que tal disposición secundaria no cumplía con el contenido del art. 50 Cn., en el sentido que no incluía al Estado dentro de los sujetos que contribuyen al pago de la seguridad social, sino únicamente a los trabajadores y patronos; (ii) declaratoria de inconstitucionalidad por omisión de los arts. 193, 220, 224 y 229 de la citada ley, por no cumplir con lo previsto en los arts. 227 y 228 Cn., pues consideraba que tales disposiciones regulaban de manera incompleta el costo fiscal generado por el cambio del sistema de Seguro Social al de Capitalización Plena e Individual; y (iii) declaratoria de inconstitucionalidad por omisión de los arts. 102 y 103 del cuerpo jurídico en cuestión porque no regulaban la rentabilidad mínima para las inversiones de los recursos del fondo de pensiones, incumpliendo el art. 50 Cn.

3. Proceso de inconstitucionalidad 18-98.

La pretensión planteada en tal proceso consistió en que el tribunal declarara la inconstitucionalidad por omisión del Código Penal de 1998 porque no regulaba los casos tradicionales indicados en el aborto.

4. Proceso de inconstitucionalidad 53-2005.

En ese proceso, la pretensión planteada tenía por fin que se verificara si los contenidos normativos de los arts. 38 ord. 12º y 252 Cn. habían sido transgredidos por la abstención de la Asamblea Legislativa de producir una ley que determinara las condiciones para hacer efectiva la prestación económica por renuncia del trabajador.

En todos los anteriores precedentes, la Asamblea Legislativa no cuestionó la competencia material de esta Sala para conocer de la pretensión de inconstitucionalidad por omisión. En su lugar, dicho órgano estatal defendió la constitucionalidad de la omisión.

La interpretación funcional, finalista y sistemática que esta sala ha hecho sobre el art. 183 Cn. ha determinado que las fuentes que se indican allí no son las únicas controlables en el proceso de inconstitucionalidad. Además de las “leyes, decretos y reglamentos”, las omisiones legislativas también deben considerarse incluidas en dicha disposición y, por tal razón, susceptibles de control constitucional. Así lo ha sostenido este tribunal, al afirmar que “[e]n la jurisprudencia de esta [s]ala se ha reconocido suficientemente tanto el carácter normativo de la Constitución como su rango de supremacía; sobre tales cualidades no es necesario insistir más en esta resolución, pero sí resaltar que las mismas fundamentan la necesidad que los mandatos constitucionales —verdaderas normas jurídicas, que además se encuentran insertas en la Ley Suprema del ordenamiento jurídico salvadoreño— sean

eficaces; eficacia que debe ser garantizada primariamente por esta [s]ala. De ello [...] deriva la consecuencia que, en caso de incumplimiento de los mandatos constitucionales, la jurisdicción constitucional debe desarrollar mecanismos idóneos para evitar que la Constitución sea vulnerada por el comportamiento omisivo de los órganos y entes públicos encargados de velar por su realización” —sentencia de 28-IV-2000, Inc. 2-95—.

Y en línea con lo anterior, se ha agregado como argumento que justifica el control de las omisiones legislativas “... la necesidad específica de dar cumplimiento al proyecto global que la Constitución informa para la convivencia justa y democrática dentro de la comunidad estatal salvadoreña; teniendo en cuenta que la vigente Constitución [s]alvadoreña, a diferencia de las Leyes Primarias del pasado siglo y de las primeras décadas de este siglo, no puede entenderse como un simple estatuto organizativo del poder, limitado a determinar los instrumentos de garantía de la esfera jurídica individual frente a las intromisiones arbitrarias de los poderes públicos; sino, además —como complemento de lo anterior—, debe entenderse como un intento por cumplir, con idénticas pretensiones de eficacia, la función de promoción de ciertas condiciones económicas, sociales y culturales que garanticen el pleno ejercicio de los derechos y garantías heredados de las tradiciones del constitucionalismo individual, función que recibe su orientación en el concepto de justicia social, a que se refiere el art. 1 inc. 2º Cn.” —sentencia de Inc. 2-95, ya citada—.

Pues bien, aceptar el alegato de la Asamblea Legislativa, supondría volver nugatoria la fuerza normativa de los mandatos constitucionales puesto que quedaría en su campo de discrecionalidad, sin control alguno, decidir en qué momento se les dará o no cumplimiento. A diferencia de la apreciación de la autoridad demandada —que pone al descubierto una concepción de la interpretación de la Constitución demasiado estrecha y formalista, incluso obsoleta—, está justificado que *esta Sala tenga competencia para controlar las omisiones inconstitucionales*. En este punto de la evolución del constitucionalismo en el Estado de Derecho, las zonas exentas de control son inconcebibles. El argumento de su defensa debe ser, por ello, desestimado.

IV. La reserva de ley es una técnica de distribución de potestades normativas que exige que ciertas materias sean reguladas solo por la Asamblea Legislativa, como garantía de la institución parlamentaria frente a otros órganos constitucionales con potestades normativas y frente a sí misma —sentencia de 26-II-2002, Inc. 19-98—. Esta técnica está en función de los principios democrático y pluralista —art. 85 Cn.— y del principio de publicidad —sentencia de 6-IX-2001, Inc. 27-99—, que exigen, los primeros, que la diversidad política, incluidas las minorías parlamentarias, tengan la oportunidad de discutir y deliberar sobre asuntos de interés colectivo y, el segundo, que se obtenga el mayor nivel posible de divulgación de las actuaciones legislativas. Dicho en otros términos, la reserva de ley garantiza que la regulación normativa de materias específicas se haga por el Pleno de la Asamblea Legislativa, que posee legitimación democrática directa para asegurar que la

adopción de sus actos tenga un forzoso debate público previo en el que los diputados de las diferentes ideologías políticas tengan la oportunidad de intervenir.

Nuestro ordenamiento jurídico confiere a varios órganos estatales la competencia para producir fuentes de Derecho, tales como leyes, reglamentos y ordenanzas municipales —arts. 131 ord. 5°, 168 ord. 14° y 204 ord. 5° Cn.—. Existen varios centros de producción normativa. A pesar de esta circunstancia, la Constitución no establece con claridad qué materias o disposiciones están reservadas a ley formal. Ninguna de sus disposiciones indica o enumera de modo específico “cuál es el dominio natural de la potestad normativa de la Asamblea Legislativa”. Lo que algunos preceptos constitucionales sí estatuyen es que varias materias serán objeto de una “ley especial” o serán reguladas por “ley”. Este es el caso, por ejemplo, del art. 79 inc. 3° Cn., según el cual “[l]a ley determinará la forma, tiempo y demás condiciones para el ejercicio del sufragio”.

El vocablo “ley” en estos contextos es un concepto que adolece de ambigüedad, de modo que no siempre debe ser interpretado como “ley formal”, ni como alusivo a “reserva de ley”. La misma jurisprudencia constitucional ha determinado que “... el vocablo ‘ley’ es utilizado en innumerables disposiciones constitucionales y no siempre en el mismo sentido, por lo que no puede concluirse que cada vez que la Constitución utiliza el término ‘ley’ se está refiriendo a los decretos de contenido general emanados de la Asamblea Legislativa” —sentencia de 23-III-2001, Inc. 8-97—. Y el argumento aducido en apoyo de esta idea es que “... entender que la ley en sentido formal es la única fuente de regulación de todos los ámbitos de la vida normada, implica exigir una profusión legislativa que va en detrimento de las potestades normativas que la misma Constitución reconoce a otros órganos estatales o entes públicos” —sentencia de 14-XII-2004, Inc. 17-2003—.

Por supuesto, esta problemática no ha quedado irresoluble. La jurisprudencia de esta sala ha determinado en qué casos debe entenderse que existe reserva de ley. El supuesto, por antonomasia, es la “reserva de ley expresa”, que se produce solo si la Constitución ordena explícitamente que algunas materias sean reguladas por “decreto legislativo”, debiéndose entender por tal todo acto normativo emitido por la Asamblea Legislativa —ej. art. 148 inc. 3° Cn.—. Pero en aquellos otros supuestos en los que la Ley Suprema estatuya los términos “ley” o “ley especial”, o cuando nada se establezca al respecto, este tribunal será el que fije con precisión, caso a caso, qué ámbitos de la realidad normada están sometidos a reserva de ley, así como en cuáles otros esta será relativa o absoluta —sentencia de Inc. 17-2003, ya citada—.

La reserva de ley no tiene un único objeto. Los ámbitos a los que puede referirse son heterogéneos. Como ejemplo de la clase de acciones o estado de cosas que están sometidos a ley formal están la restricción de derechos fundamentales; la creación de impuestos; la tipificación de los delitos, infracciones y sanciones; y la creación de supuestos de expropiación. *También hay clases de materias que ineludiblemente requieren de actuación*

legislativa dada la importancia que tienen, así como sus propiedades definitorias — sentencia de inc. 17-2003, ya mencionada—.

V. Una de esas materias que requiere de actualización legislativa es la que se refiere a la universalidad del derecho al sufragio. El carácter universal de este derecho está determinado por la igualdad que, anclada en el art. 3 inc. 1º Cn., puede ser analizada como un principio constitucional y como un derecho fundamental. Como principio, la igualdad impone al Estado la obligación de garantizar a todas las personas, en condiciones de similares o paritarias, un trato equivalente en la creación, aplicación y ejecución de la ley; esto no significa, en modo alguno, que no pueda darse un trato diferente en beneficio de cualquiera de los sujetos normativos, siempre que sea de forma deliberada, en condiciones distintas y con base en criterios justificables en la Constitución. Como derecho fundamental, la igualdad confiere a su titular un poder o facultad para exigir un trato paritario o, dicho en sentido inverso, para exigir no ser arbitrariamente diferenciado, esto es, a no ser excluido injustificadamente del goce y ejercicio de los derechos que se reconocen a los demás.

En concreto, el principio de igualdad constitucional impone obligaciones a todos los poderes públicos y a los particulares, entre las que se pueden mencionar: (i) tratar de manera idéntica las situaciones jurídicas iguales; (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 distinta aquellas situaciones jurídicas en las cuales las diferencias son más relevantes que las similitudes. Dicho principio impide tratar desigual a los iguales, pero no excluye la posibilidad de que se trate igualmente a los desiguales. Este precepto constitucional no estatuye, sin más, un derecho a la desigualdad de trato, pero sí una concreción que forma parte del principio de igualdad —sentencia 4-V-2011, Inc. 18-2010, reiterada en la sentencia de 17-XI-2014, Inc. 59-2014—.

La igualdad, como principio o como derecho, se proyecta en dos niveles: la igualdad en la formulación de la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. Puesto que en el presente caso es un supuesto de una inconstitucionalidad por omisión, el nivel relevante es el de la igualdad en la formulación de la ley, cuyos sujetos normativos son todos los órganos con potestades normativas. El legislador es uno de ellos. Y sobre esta cuestión, se ha señalado que “... el principio de igualdad busca garantizar a los iguales el goce de los mismos beneficios —equiparación— y a los desiguales diferentes beneficios —diferenciación justificada— (sentencias de 6-VI-2008 y de 24-XI-99, Amp. 259-2007 e Inc. 3-95, por su orden). En este sentido, frente a diferencias fácticas relevantes entre los individuos —de índole sociocultural, biológica, económica, etc.— que no es posible eliminar con la promulgación de normas jurídicas de equiparación, el cumplimiento del principio de igualdad en la formulación de la ley establece a favor del Legislativo una habilitación para prever un tratamiento normativo diferenciado de las personas, atendiendo a las diferencias reales y justificadas en las que se encuentran.

El mandato de trato igualitario incorpora una prohibición de discriminación injustificada —art. 3 inc. 1º frase 2ª Cn.—. Y la forma en que la Constitución garantiza la aplicación del mandato en cuestión es la enumeración o indicación de categorías establecidas en las fuentes de Derecho sobre las que hay que sospechar porque son situaciones, criterios o factores que históricamente han sido causas comunes de tratos discriminatorios. Aunque la disposición señala como tales la nacionalidad, raza, sexo y religión, la enumeración no se reduce a esos únicos motivos de discriminación. La existencia de otro tipo de categorías sospechosas es posible. Así lo ha indicado esta Sala, al aclarar que del art. 3 Cn. “... se coligen algunas de las posibles causas de discriminación, esto es, aquellas situaciones bajo las cuales comúnmente se ha manifestado la desigualdad, debido a tratos diferenciados basados en criterios o factores, tales como: la nacionalidad, raza, sexo y religión...” —sentencia de 10-VIII-2015, Inc. 112-2012—.

Dicha enumeración no es taxativa precisamente porque “... existen otros aspectos o motivos de discriminación como los mencionados en los artículos 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —tratados internacionales suscritos y ratificados por El Salvador—, en los cuales el Estado se ha comprometido a respetar y garantizar a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en los mencionados cuerpos normativos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, o cualquier otra condición social” —sentencia de Amp. 259-2007, ya citada—.

Ahora bien, cuando se alega una violación a la igualdad, es condición necesaria realizar un “juicio de igualdad”, mediante el que se persigue establecer si existe o no en la disposición impugnada una justificación para el trato desigual regulado a las situaciones jurídicas comparadas. Para ello, es indispensable encontrar la *razón para la diferenciación* y, luego, verificar si ésta es *legítima* desde el punto de vista constitucional; ambos análisis permiten determinar si la diferenciación es razonable, o si no lo es. Sin embargo, tal como se dijo en la sentencia de 7-XI-2011, Inc. 57-2011, no es suficiente con dictaminar si el trato desigual impugnado es razonable, pues, aun así, pudiera ocurrir que ese trato conlleve una limitación desproporcionada a un derecho fundamental.

En definitiva, *uno de los mandatos derivados de la igualdad es el trato paritario —o prohibición de discriminación—*. Pero, el legislador puede hacer diferenciaciones al configurar los derechos fundamentales, lo que no es por sí inconstitucional. La igualdad no prohíbe al legislador cualquier trato diferenciado, sino sólo el que resulte artificioso por no estar fundado en algún criterio objetivo suficiente y razonable, de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados —sentencia del 30-III-2011, Inc. 18-2008—. Para que la diferenciación sea legítima, es insuficiente con que lo sea el fin perseguido. Además, se requiere que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean proporcionadas. En realidad, hay que interpretar que cuando el actor impugna un trato

diferenciado, lo que quiere decir es que el trato en cuestión carece de justificación constitucional. Y así habrá de entenderse en la presente sentencia.

VI. Los derechos políticos son derechos de participación que imponen un conjunto de condiciones positivas para posibilitar que el ciudadano participe en la vida política. Son derechos que representan todos los instrumentos que posee el ciudadano para participar activamente en la vida pública o, si se quiere, el poder político con que él cuenta para participar, configurar, incidir y decidir en la vida política del Estado —sentencia de I-X-2014, Inc. 66-2013—. Dentro del catálogo de derechos que establece la Constitución se encuentra el que goza todo ciudadano de ejercer el sufragio, que descansa sobre el principio de soberanía popular, la democracia como forma de gobierno y la representación política. Esto es porque la elección popular de los gobernantes sirve, tanto para que el pueblo pueda participar en el gobierno, como para que los gobernantes ejerzan la calidad de representantes del mismo.

Como lo ha indicado la Corte Constitucional de Colombia, “[a] las democracias modernas les es consustancial la elección, por voluntad popular, de los miembros de las Cámaras Legislativas. Éstas constituyen ámbitos institucionales en los que hay lugar a la representación de grupos mayoritarios y minoritarios y ello es posible gracias a su sistema de elección mediante el sufragio universal y libre pues de esa manera se eligen representantes de las diversas fuerzas políticas que confluyen en cada sociedad. De este modo, el derecho individual y colectivo al voto está ligado a la legitimidad misma del sistema democrático y de allí que al Estado le interese sobremanera configurar los procesos electorales de una manera transparente y sujeta a controles que verifiquen las condiciones de igualdad, las posibilidades de participación y la no injerencia de fraude o violencia en su ejercicio” —sentencia C-890/04—.

Lo anterior indica, en concordancia con lo afirmado por esta Sala, que el sufragio también se justifica en la necesidad de conferir a la población un procedimiento organizado de expresión política. En consecuencia, al sufragio se le concibe como un procedimiento institucionalizado mediante el cual el cuerpo electoral se manifiesta políticamente, a fin de designar a los titulares del poder político —sufragio electoral—. En el cuerpo electoral debemos entender comprendidos a todos los salvadoreños aptos para votar, esto es, los mayores de edad, inscritos en el registro electoral y en el pleno goce de sus derechos políticos —arts. 71-77 Cn.—. Y aquí es donde encaja precisamente una de sus características: el sufragio universal. De acuerdo con esta propiedad, “... el derecho al sufragio se reconoce a todos los miembros del cuerpo electoral, sin que pueda hacerse ninguna distinción por razón de raza, sexo, religión o cualquier otro motivo de diferenciación arbitraria. Son compatibles con el carácter universal del sufragio las regulaciones o restricciones a su ejercicio que atiendan a circunstancias objetivas, tales como: la inscripción en el registro electoral, la edad, la capacidad o el pleno goce de los derechos políticos” —sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009—.

La garantía normativa para la defensa y protección de la universalidad del sufragio está configurada en la Constitución mediante la prohibición de discriminación. Y esta garantía pasa por admitir que el lugar de residencia, en principio, no debe constituir un obstáculo o impedimento para el ejercicio del sufragio. Si este derecho es universal y la residencia no es un criterio objetivo que justifique una diferenciación justificada, entonces el ciudadano es titular del derecho a sufragar donde sea que se encuentre residiendo. El lugar de residencia, dentro o fuera del territorio nacional, no determina la titularidad ni el ejercicio del derecho en cuestión. Los actores acotaron bien este aspecto, al afirmar que la residencia en el extranjero no es un aspecto de capital importancia para diferenciar a los salvadoreños en el exterior e impedirles el ejercicio del sufragio.

El sufragio universal exige plantearse como real un fenómeno existente: el movimiento migratorio de salvadoreños hacia el exterior. En efecto, y aunque existe una dificultad en precisar el número total de salvadoreños que reside en el exterior, sí es posible identificar algunos de los países que registran cifras oficiales de salvadoreños migrantes. Por ejemplo, la Encuesta sobre la Comunidad Estadounidense 2010, elaborada por el Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos del Banco Interamericano de Desarrollo, indica que los países con mayor número de emigrantes salvadoreños son Estados Unidos de América, Canadá Guatemala, Costa Rica, Australia, Belice, España, Italia, Estados Unidos Mexicanos, Honduras, Nicaragua, Panamá, Suecia, Francia, Venezuela, Reino Unido, Alemania, Ecuador, República Dominicana, Brasil. En 2010, el número total de salvadoreños migrantes fue de 1,366,819.

Pero, en tanto ciudadanos, los salvadoreños migrantes deben ser considerados como miembros de la comunidad salvadoreña y como políticamente iguales. Si esto es así, entonces el estatus de ciudadano se conserva con independencia del lugar donde residan. Hay que recordar que, dentro o fuera del territorio nacional, la nacionalidad salvadoreña se conserva, y por ende, la titularidad al derecho al sufragio. Ambos derechos fundamentales, no se pierden por el hecho de la migración. Entonces, *los ciudadanos salvadoreños residentes en el extranjero son titulares del derecho al sufragio*, por lo que el Estado, en consecuencia, debe garantizar el ejercicio pleno de ese derecho político, en toda circunstancia.

La promoción plena del derecho al sufragio en el exterior, como un derecho humano universal e inalienable, es una herramienta útil para fomentar la vinculación entre el Estado y el salvadoreño emigrante, principalmente ante el desarraigo y la afectación de identidad cultural que provocan fenómenos como la migración. Esto se debe a que el derecho a emitir el voto o a optar a cargos públicos, son parte del núcleo de la comprensión democrática del estatus que confiere la ciudadanía, es decir, de ser miembro pleno de una comunidad de iguales que se autogobiernan, permitiendo la participación directa o indirecta en la toma de decisiones que afectan el interés general. En tal sentido, el reconocimiento del sufragio a los

ciudadanos que no residen en el territorio nacional permite a éstos mantener la integración y la cohesión con la comunidad política.

VII. Los derechos fundamentales poseen una doble dimensión: la de defensa o de libertad y la prestacional. Ambas imponen correlativos deberes legislativos de abstención y de acción. Los deberes de abstención establecen una inmunidad en favor individuo frente al Estado que se proyecta, en primer lugar, como una inmunidad frente a la legislación. Pero cuando se concretan en posiciones jurídicas de prestación, los derechos imponen al legislador una carga o deber de protección, para fomentar, facilitar o promocionar el ejercicio real de aquellos.

En relación con los deberes de protección, el Estado debe realizar diversas prestaciones positivas. Uno de los ámbitos operativos de estas prestaciones, son las medidas legislativas, esto es, prestaciones normativas —sentencia de 1-II-2013, Inc. 53-2005—. No obstante, la necesidad de medidas o actuaciones legislativas o reglamentarias para la efectiva protección de los derechos no habilita una abstención que los convierta en categorías jurídicas formales o vacías de contenido, sin posibilidad real de ser ejercidos por sus titulares. Cuando la Constitución ordena la protección de un derecho, específicamente la promoción prestacional de uno de ellos mediante la emisión de una legislación, los órganos públicos a los que se haya conferido potestades normativas están obligados a establecer las condiciones normativas para llevar a cabo dicha promoción y aseguramiento. De ahí que, cuando su abstención implica o involucra la ausencia de garantías para un derecho fundamental o un bien o principio constitucional —instrumentales a aquellos—, esta Sala puede constatar la existencia de una omisión inconstitucional.

El deber estatal de garantizar las prestaciones que imponen los derechos fundamentales se articula, sobre todo, en garantías adicionales que subrayan la superlativa importancia de su dimensión objetiva y que se derivan, por lo general, de normas regulativas o constitutivas, sean estas últimas de competencia, de organización y de procedimiento. La finalidad es la creación de condiciones fácticas y jurídicas que permitan la efectividad de la dimensión subjetiva de los derechos.

Los “mandatos constitucionales” son un tipo de normas regulativas que establecen órdenes al legislador, para que éste relacione una exigencia constitucional con otras de desarrollo infraconstitucional. Con ello se pretende alcanzar la plenitud aplicativa de las posiciones jurídicas que incorporan los derechos fundamentales. Dichos mandatos son normas incompletas pues, en principio, requieren de una remisión hacia un cuerpo jurídico diferente para ser completadas. Si la ley a la que envía el mandato ha sido emitida cuando la Constitución entra en vigor, dicho mandato queda completado, es decir, que va a tener aplicación inmediata; en cambio, si en aquel momento no se ha emitido la ley, la aplicación del mandato constitucional quedará diferida hasta que la ley se produzca.

El legislador tiene un papel relevante en la disciplina normativa de los derechos fundamentales. Él debe llevar a cabo las competencias atribuidas, regular y limitar su

ejercicio, así como establecer el marco jurídico eficaz para su garantía y protección. Es el primer llamado a proteger los derechos fundamentales —sentencia de 21-IX-2004, Inc. 16-2005—. Esta vinculación positiva se justifica por la relativa indeterminación de los enunciados constitucionales que proclaman los derechos fundamentales ya que en lugar de dejar enteramente la determinación de sus alcances en manos de la casuística jurisdiccional, es necesario que estas cuestiones sean abordadas de manera general por la Ley.

Los mandatos constitucionales dirigidos al legislador no necesariamente deben aparecer explícitos en el texto de la Constitución. Además, es posible que puedan ser derivados por la jurisprudencia constitucional, siempre que la adopción de disposiciones infraconstitucionales sea una condición necesaria para dotar de eficacia plena a la disposición constitucional que tipifica un mandato. Pueden estar condicionados por un plazo determinado por la Constitución —lo que tampoco es necesario— y por la existencia actual de circunstancias que difieren razonablemente la regulación jurídica que de la correspondiente prestación derivada de los derechos fundamentales. De tal manera que, en este último supuesto, desaparecida la circunstancia, el mandato dirigido al legislador es exigible y, por tanto, la abstención legislativa se reputa inconstitucional.

Por último, para determinar si una omisión legislativa ha sido injustificada y, por ello, inconstitucional, es indispensable realizar el siguiente test, tal y como se dijo en el proceso de inconstitucionalidad 53-2005: (i) constatar si en el texto constitucional existe un mandato que obligue al legislador a emitir dicha ley; (2) verificar si existe un comportamiento omisivo del legislador para cumplir con dicho mandato; (3) establecer si la omisión del legislador ha sido excesivo e injustificadamente retardado; y, en su caso, (4) fijar con precisión la forma en que se dará cumplimiento al mandato constitucional.

VIII. Ahora corresponde resolver los motivos de inconstitucionalidad.

I. El argumento central de los actores estriba en que los arts. 3, 72 ord. 1º y 79 inc. 3º Cn. imponen un mandato, omitido por el legislador, consistente en regular el sufragio activo de los salvadoreños que residen en el exterior, para que éstos puedan votar en las elecciones legislativas y municipales; así como el derecho al sufragio pasivo de los mismos ciudadanos para las elecciones presidenciales, legislativas y municipales. La Asamblea Legislativa no arguyó nada al respecto, mientras que el Fiscal General de la República apoyó la tesis de los demandantes, al manifestar su conformidad con lo afirmado por ellos.

A. Como punto de partida, según se ha explicado, corresponde constatar la existencia del mandato constitucional a que se ha hecho referencia. Al respecto, en el art. 72 Cn. se reconoce el derecho al sufragio, tanto en sentido activo —ord. 1º, elegir a los titulares del poder político— como en sentido pasivo —ord. 3º, optar a cargos públicos—, el cual se enmarca dentro de un proceso electoral. De acuerdo con el art. 79 inc. 3º Cn., este derecho político, en las dos dimensiones señaladas, debe ser regulado en todos sus aspectos por el legislador a efecto de lograr su adecuado ejercicio, lo que implica necesariamente una reserva de ley en esta materia, es decir, se verifica en el texto constitucional la remisión

expresa que se hace al legislador para que establezca todas las condiciones necesarias para volver efectivo tal derecho.

Sin embargo, este mandato no puede considerarse de manera aislada, sino que (en atención a los principios de unidad e interpretación sistemática que rigen la interpretación de la Constitución por las particularidades de su contenido —sentencias de 7-X-2011 y 24-X-2014, Incs. 7-2011 y 33-2012—) debe integrarse de manera coherente con otras disposiciones que permitan ampliar su alcance y potenciar las condiciones para el ejercicio del derecho en cuestión. Así, debido a que el principio de igualdad reconocido en el art. 3 inc.1° Cn. conlleva la obligación de trato equitativo para todas las personas en la formulación de la ley y la prohibición de discriminaciones injustificadas, su relación con lo establecido en los arts. 72 y 79 Cn. implica reconocer el derecho al sufragio a todos los ciudadanos salvadoreños aptos para votar —art. 76 Cn.—, esto es, que sean mayores de 18 años, que se encuentren inscritos en el registro electoral —art. 77 inc. 1° Cn.— y en pleno goce de sus derechos políticos —arts. 71 a 77 Cn.— o bien que cumplan los requisitos correspondientes para optar a cargos públicos, según se trate de elecciones presidenciales, legislativas o municipales.

De esta manera, este tribunal concuerda con los actores en cuanto al mandato constitucional identificado a partir de la interpretación sistemática de los arts. 3 inc. 1°, 72 y 79 Cn., consistente en que *la Asamblea Legislativa debe regular las condiciones para el adecuado ejercicio del sufragio para todos los ciudadanos salvadoreños que se encuentren aptos para votar o para optar a cargos públicos, sin considerar, aparte de estos requisitos, criterios que impliquen discriminaciones injustificadas, como el hecho de no residir en el país, y que por tanto, restrinjan tal derecho en ambas dimensiones.*

B. Al haber identificado el mandato constitucional, debe analizarse si existe omisión del legislador en su cumplimiento. Como se aclaró en considerandos precedentes, aunque la demanda fue admitida para examinar una posible omisión legislativa parcial, esta Sala, en razón de la emisión de la LEEVEEP, y lo expresado por uno de los actores, ordenó por resolución de 5-VII-2013 la continuación del proceso, pero como control de una omisión total por parte del Órgano Legislativo. Por tal motivo, en este apartado se verificará la observancia del mandato mencionado en los cuerpos normativos que regulan lo relativo a los procesos electorales en los que se hace efectivo el derecho al sufragio en su dimensión activa y pasiva, es decir, el Código Electoral o “CE” y la LEEVEEP.

a. Con respecto al sufragio activo, el CE se limita a establecer los requisitos para poder ejercer el sufragio —art. 9—, es decir, ser ciudadano salvadoreño y, por tanto, mayor de 18 años, estar inscrito en el registro electoral —art. 14 CE—, estar en pleno goce de los derechos políticos, identificarse con su Documento Único de Identidad vigente —art. 6 CE— y, además, aparecer en el correspondiente padrón emitido por el Tribunal Supremo Electoral. Sin embargo, no establece procedimientos para que los salvadoreños que residan en el exterior y que cumplan con todos estos requisitos puedan hacer efectivo su derecho al

sufragio activo, en las elecciones legislativas y municipales. En relación con esto, en la LEEVEEP se regula el voto —sufragio activo— de los salvadoreños residentes fuera del territorio nacional, pero únicamente para las elecciones de Presidente y Vicepresidente de la República a partir del año 2014, y se omite lo relativo al sufragio en elecciones legislativas y municipales. Esto no cambió con las reformas a la LEEVEEP, que se realizaron mediante Decreto Legislativo n° 355, de 11-IV-2013, publicado en el Diario Oficial n° 80, tomo 399, de 3-V-2013, las cuales se ciñeron a modificar aspectos formales y de plazos del procedimiento para llevar a cabo el voto de los salvadoreños residentes en el exterior.

b. Sobre el sufragio pasivo, el CE se circunscribe a señalar los requisitos que deben reunir los candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República —art. 151—, a Diputados al Parlamento Centroamericano —art. 155— y a Diputados a la Asamblea Legislativa —art. 159 inc. 1°—, para todos los cuales se exige además la inscripción en el respectivo registro de candidatos —art. 150—. Para el caso de los candidatos a miembros de concejos municipales los requisitos a cumplir se consignan en el art. 164 CE, especificándose en la letra g) de esta disposición que éstos deben ser originarios o domiciliados del municipio que corresponda por lo menos un año antes de la elección, lo cual se probará con el documento único de identidad vigente. Empero, más allá de lo anterior, el CE no regula procedimientos a seguir por los candidatos a los cargos mencionados, que cumplan los requerimientos citados y que residan en el exterior, para garantizar su derecho constitucional al sufragio pasivo.

C. En este orden de ideas, coincidiendo con lo expresado por el Fiscal General de la República en su intervención, se constata que en la normativa electoral que desarrolla el ejercicio del derecho al sufragio —con excepción del caso del voto en el exterior para elecciones presidenciales a partir del 2014 que se estableció en la LEEVEP—, no existe regulación de los procedimientos, requisitos y garantías necesarias para que los salvadoreños domiciliados fuera del territorio de la República que cumplan con los requisitos respectivos, puedan votar en elecciones legislativas y municipales o para que puedan postularse para cargos públicos de elección popular. *Como consecuencia de haber incumplido el mandato constitucional identificado, el legislador ha vulnerado el art. 72 Cn.* —que reconoce el derecho al sufragio activo y pasivo para los ciudadanos salvadoreños sin excepción—, *así como el art. 79 inc. 3° Cn.* —que le ordena determinar por ley, la forma, tiempo y demás condiciones para el ejercicio del sufragio—, lo cual así será declarado en esta sentencia.

2. Sobre la base de lo expuesto, se analizará si la omisión legislativa del mandato constitucional detallado conlleva la violación al principio de igualdad reconocido en el art. 3 inc. 1° Cn.

En principio, debe mencionarse que la omisión de la Asamblea Legislativa de cumplir el mandato mencionado, confirma el trato desigual que han alegado los actores entre los ciudadanos salvadoreños aptos para votar o para ser votados en cargos públicos de elección popular, que tengan residencia en el territorio de la República; y los ciudadanos

salvadoreños que, aunque aptos para votar o ejercer cargos públicos, residan fuera del territorio. Como se observa, el criterio objetivo utilizado por el legislador para diferenciar ambas categorías, es el domicilio o residencia de las personas, según el cual se han regulado o no en el CE y en la LEEVEEP procedimientos, garantías y condiciones para el ejercicio del sufragio.

Considerando esto, para realizar el examen de igualdad y determinar si el trato desigual carece o no de justificación, se analizará primero la finalidad del legislador en cuanto a la regulación del derecho al sufragio y, particularmente, en relación con los ciudadanos salvadoreños domiciliados en el extranjero. Acto seguido, se verificará si dicha finalidad es constitucionalmente válida por guardar coherencia con el sustrato ético de la Constitución. De ser así, se verificará si la medida en análisis es *idónea* para obtener el fin legítimo perseguido; de superar este último test, se constatará si la medida es necesaria y proporcional en sentido estricto. La razón es que el principio de proporcionalidad —que se utiliza para evaluar las infracciones a la igualdad— constituye una estructura de análisis escalonado: para pasar al examen de necesidad, es condición indispensable que se supere el de idoneidad; y para hacer una ponderación, es ineludible a su vez que la medida sea necesaria.

En cuanto a la finalidad del legislador, en tanto que en su intervención se limitó a cuestionar la competencia de esta Sala para conocer del presente proceso, en lugar de aportar razones para justificar o desvirtuar la omisión que se le atribuye, es necesario la remisión a los considerandos de la LEEVEEP —único cuerpo normativo que regula parcialmente un aspecto del voto de los salvadoreños en el exterior— y, en caso de ser insuficientes las razones allí expuestas, al correspondiente dictamen que emitió la Comisión de Reformas Electorales y Constitucionales de la Asamblea Legislativa de forma previa a la emisión de dicha ley.

En la LEEVEEP, en el considerando III se reconoce que “[...] debido a la creciente y significativa importancia que han adquirido las comunidades de salvadoreños en el exterior y la necesidad de garantizar de mejor manera el ejercicio de su ciudadanía política, se ha despertado un interés dentro y fuera de El Salvador, orientado a que los salvadoreños residentes en el exterior puedan votar en las elecciones presidenciales”. Por tal motivo, en el considerando IV se acepta “[...] la necesidad e importancia de proporcionar los medios necesarios para el ejercicio del sufragio de las y los salvadoreños residentes en el exterior [...]”. En el mismo sentido, en el Dictamen n° 12 Favorable, de fecha 24-I-2013, emitido por la aludida Comisión de Reformas Electorales y Constitucionales —que dio paso a la aprobación de la LEEVEEP—, se establece la necesidad de que el número significativo de salvadoreños residentes en el exterior pueda ejercer el derecho al sufragio, para permitir “... su expresión de voluntad política en los asuntos de gobierno ...”, porque “[...] votar en elecciones libres y periódicas es un derecho constitucional que está por encima de cualquiera

otras valoraciones [sic], sean estas económicas o de valoración de resultados políticos electorales [...]”.

La intención del legislador fue establecer los procedimientos necesarios y las condiciones adecuadas para permitir el ejercicio del derecho al sufragio a los ciudadanos salvadoreños domiciliados en el exterior, tanto en su dimensión activa como pasiva. En estos términos, la finalidad legislativa resulta constitucionalmente legítima, por ser congruente con lo establecido en los arts. 72 y 79 inc. 3° Cn. Sin embargo, al evaluar la regulación del CE y de la LEEVEEP, se concluye que es inadecuada para fomentar la finalidad reseñada por cuanto la Asamblea Legislativa, a partir del criterio de la residencia o domicilio, únicamente ha normado procedimientos, condiciones y garantías para volver efectivo el ejercicio del sufragio activo a los salvadoreños residentes en el exterior, en el caso de elecciones presidenciales, omitiendo desarrollar lo relativo al voto en el exterior para elecciones legislativas y municipales; y, en cuanto al sufragio pasivo, ha omitido totalmente realizar regulación alguna para este sector del cuerpo electoral. En otros términos, *en lugar de promover de forma plena el ejercicio del derecho al sufragio como se ordena en los arts. 72 y 79 inc. 3° Cn., la omisión del Órgano Legislativo, en la forma explicada, obstaculiza sin justificación alguna la efectividad del mismo a un sector concreto de ciudadanos por el motivo de su residencia o domicilio en el extranjero*, lo cual vulnera el principio de igualdad reconocido en el art. 3 inc. 1° Cn., *debiendo declararse en esta sentencia la inconstitucionalidad de la omisión cuestionada*.

IX. En consideración de la inconstitucionalidad determinada, corresponde ahora analizar el alcance y efectos que la presente sentencia debe producir.

1. En primer término, hay que recordar que este tribunal tiene competencia para modular los efectos de sus decisiones, por ser una función inherente a su actividad jurisdiccional. Esto se debe a la obligación impuesta por la Constitución de brindar una eficaz protección de los contenidos constitucionales, por lo cual puede utilizar los mecanismos que desarrollan la doctrina y la jurisprudencia constitucional para reparar las infracciones cometidas contra la Ley Suprema —sentencias de 13-I-2010 y 5-VI-2012, Incs. 130-2007 y 23-2012, respectivamente—.

2. El efecto principal de esta Sentencia es que la Asamblea Legislativa deberá emitir la legislación electoral pertinente o adecuar la ya existente, a más tardar el 31 de julio de 2017, para regular los procedimientos y condiciones que sean necesarias para que los ciudadanos salvadoreños con residencia en el exterior, que cumplan con los requisitos constitucionales y legales, puedan votar en elecciones legislativas y municipales —sufragio activo— y, además, para que puedan postularse a cargos públicos de elección popular en elecciones presidenciales, legislativas y municipales —sufragio pasivo—.

3. Dicho mandato podrá cumplirse de forma progresiva, según lo disponga la Ley. Deberá asegurarse el ejercicio del derecho al sufragio e implementarse en tiempo y territorios en el exterior, de acuerdo a las capacidades organizativas y financieras de las

Instituciones implicadas en los procesos electorales, para lo cual la Asamblea Legislativa deberá emitir la normativa correspondiente en el plazo antes determinado. Si por cualquier motivo justificado no fuese posible implementar el voto en el exterior en las elecciones previstas para el año 2018, éste deberá ser garantizado a más tardar para las elecciones a realizarse en el año 2021.

Por tanto:

Con base en las razones expuestas, disposiciones constitucionales 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 existe la inconstitucionalidad por omisión* alegada por los demandantes, ya que la Asamblea Legislativa no ha cumplido con el mandato constitucional que deriva de los arts. 3 inc. 1º, 72 y 79 inc. 3º Cn., consistente en regular los procedimientos, requisitos y garantías necesarias para que los ciudadanos salvadoreños domiciliados fuera del territorio de la República, que cumplan con los requisitos constitucionales y legales respectivos, puedan votar en elecciones legislativas y municipales; y para que puedan postularse en los cargos públicos de elección popular.

2. El efecto principal de esta Sentencia es que la Asamblea Legislativa deberá emitir la legislación electoral pertinente o adecuar la ya existente, a más tardar el 31 de julio de 2017, para regular los procedimientos y condiciones que sean necesarias para que los ciudadanos salvadoreños con residencia en el exterior, que cumplan con los requisitos constitucionales y legales, puedan votar en elecciones legislativas y municipales —sufragio activo— y, además, para que puedan postularse a cargos públicos de elección popular en elecciones presidenciales, legislativas y municipales —sufragio pasivo—.

3. Dicho mandato podrá cumplirse de forma progresiva, según lo disponga la Ley. Deberá asegurarse el ejercicio del derecho al sufragio e implementarse en tiempo y territorios en el exterior, de acuerdo a las capacidades organizativas y financieras de las Instituciones implicadas en los procesos electorales, para lo cual la Asamblea Legislativa deberá emitir la normativa correspondiente en el plazo antes determinado. Si por cualquier motivo justificado no fuese posible implementar el voto en el exterior en las elecciones previstas para el año 2018, éste deberá ser garantizado a más tardar para las elecciones a realizarse en el año 2021.

4. *Notifíquese* a todos los intervinientes.

5. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, *debiéndose remitir copia al Director del mismo.*