

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las doce horas del día cinco de noviembre de dos mil catorce.

El presente proceso de inconstitucionalidad fue iniciado por demanda presentada por los ciudadanos Eduardo Salvador Escobar Castillo, Félix Augusto Antonio Ulloa (conocido por Félix Ulloa hijo) y José Ramón Villalta, mediante la cual solicitaron que se declare la inconstitucionalidad del art. 185 inc. 3° y, por conexión, de los arts. 205 letras b, c, y d y 207 letras b, c, y d del Código Electoral, aprobado por Decreto Legislativo n° 413, de 3-VII-2013, publicado en el Diario Oficial n° 138, tomo n° 400, de 26-VII-2013 (en lo sucesivo: “CE”), porque, a juicio de los actores, contraviene el carácter libre del voto, garantizado en el art. 78 Cn.

Las disposiciones impugnadas estatuyen lo siguiente:

“Papeletas y Forma de Votación

Art. 185 [inc. final]. En ningún caso se permitirá el voto cruzado, entendiéndose como tal aquel en que el elector hubiere marcado candidatos o candidatas de distintos partidos políticos, distintos candidatos o candidatas no partidarios, o candidatos o candidatas de partidos políticos y al mismo tiempo, candidatos o candidatas no partidarios”.

“Votos Válidos

Art. 205 [inc. 2°]. Se entenderán como votos válidos a favor de cada partido político o coalición contendiente, los que reúnan los requisitos de ley y que la voluntad del votante esté claramente determinada por cualquier marca sobre la bandera.

En la elección de Diputados y Diputadas a la Asamblea Legislativa, se contabilizarán como votos válidos los siguientes:

[...]

b. Si la marca fue realizada sobre la bandera y toda la planilla de candidatos o candidatas de un mismo partido político o coalición, lo que constituirá un voto válido para definir el número de escaños ganados por el partido o coalición postulante y, además, indicará las preferencias a favor de los candidatos y candidatas propuestos, para determinar el orden en que se asignarán los escaños obtenidos por cada partido o coalición.

c. Si la marca fue realizada sobre toda la planilla de candidatos o candidatas de un mismo partido político o coalición, sin marcar la bandera, lo que constituirá un voto válido para definir el número de escaños ganados por el partido o coalición postulante y, además, indicará las preferencias a favor de los candidatos y candidatas propuestos, para determinar el orden en que se asignarán los escaños obtenidos por cada partido o coalición;

d. Si la marca fue realizada a la par o sobre uno o varios de los candidatos o candidatas de un partido político o coalición contendiente, lo que constituirá un voto válido para definir el número de escaños ganados por el partido o coalición postulante y, además, indicará la o las preferencias a favor de los candidatos y candidatas propuestos, para determinar el orden en que se asignarán los escaños obtenidos por cada partido o coalición. Lo anterior no se modificará si el ciudadano o ciudadana además marcara la bandera [...].”

“Votos Nulos

Art. 207.-El voto será nulo en los casos siguientes:

[...]

b. Cuando se haya marcado una bandera de un partido político o coalición y un candidato o candidata no partidario;

c. Si estuvieren marcados candidatos o candidatas correspondientes a planillas diferentes, o un candidato o candidata de un partido político o coalición y un candidato o candidata no partidario;

d. Cuando estuvieren marcados dos o más candidatos o candidatas no partidarios, o uno o más candidatos o candidatas no partidarios y una bandera de partido o coalición [...]”.

I. I. A. En síntesis, los demandantes sostuvieron que el sistema de listas cerradas y desbloqueadas abordado en la sentencia de 29-VI-2010, Inc. 61-2009, no potencia íntegramente la libertad del sufragio activo ya que “...sólo permite votar por la propuesta electoral de un único partido político...” o candidato no partidario, lo que se traduce en un reconocimiento incompleto de la libertad electoral. Para ellos, el carácter libre del voto debió ser integrado por el legislador ampliando las opciones de elección de los ciudadanos y permitirles “...marcar la papeleta de votación a cualquier candidato sin importar su procedencia partidaria o no partidaria”. Por ello, consideraron que la jurisprudencia constitucional puede y debe ser reinterpretada, a partir de lo afirmado en las sentencias de 25-VIII-2010 y 23-XI-2011, Inc. 1-2010 y 11-2005, respectivamente, a fin de que se adecue el precedente contenido en la Inc. 61-2009, citada.

La necesidad de adecuar la jurisprudencia se centra en que, según ellos, la Inc. 61-2009 “...no garantizó la libertad plena del ciudadano elector y se limitó a desbloquear las listas de candidatos, sin permitir la libre elección entre todos los candidatos propuestos en la boleta electoral”. En este sentido, señalaron que, desde la visión personalista contemplada en nuestra Constitución, la normativa electoral debe estar diseñada en torno a los derechos de los ciudadanos y no en torno a los partidos políticos.

Argumentaron que la libertad se configura como uno de los pilares fundamentales del ordenamiento, entendiéndose por tal la facultad de autodeterminación que en el plano electoral de las democracias representativas es la única vía para legitimar el ejercicio del poder en el gobierno. Con base en esta premisa, entendieron que una de las exigencias indispensables para el pleno ejercicio del derecho político al voto, es que se lo entienda como libre. Aquí explicaron que la normativa electoral debe asegurar que el elector cuente con la potestad de seleccionar a los candidatos, basado únicamente en su facultad de autodeterminación, la cual puede ser dirigida a través del voto de la siguiente forma: “1) candidatos de distintos partidos políticos, 2) distintos candidatos no partidarios, 3) candidatos de partidos políticos y al mismo tiempo candidatos no partidarios”.

Los peticionarios indicaron que el art. 185 inc. 3° CE contiene una prohibición, que no permite a los ciudadanos desarrollar plenamente su derecho al voto por las distintas opciones político partidarias o no partidarias. De acuerdo con el art. 207 CE, decantarse por candidatos de diferentes partidos políticos y/o candidatos no partidarios es motivo de nulidad del voto.

Según los actores, lo anterior está entrelazado con el sistema electoral proporcional, el cual a su vez tiene una relación directa con la forma de las candidaturas. Estas pueden ser listas cerradas y bloqueadas, listas cerradas y desbloqueadas, y listas abiertas, siendo esta

última la que “... ofrece al elector la oportunidad de elegir candidatos no solo de un partido político, sino del resto de listas propuestas a elección, elaborando así su propia lista”. Con ello se otorga al ciudadano que ejerce el sufragio activo la posibilidad real de emitir tantos votos, según el número de escaños que dispone la circunscripción territorial. En opinión de los interesados, el propósito de las listas abiertas es “evitar la fragmentación o distribución del poder legislativo en varios partidos o individuos”, lo cual implica indefectiblemente ejercer el sufragio por los candidatos de los partidos con mejores opciones de triunfo en la elección. Esto conlleva a una limitación desproporcionada en relación con el principio de pluralismo político y el de representación e implica la necesidad de reconocer las ventajas de otra alternativa que contribuya a la efectividad del derecho constitucional limitado – libertad del sufragio–, que lo afecte en menor medida.

En conclusión, para los ciudadanos demandantes, al no permitirse el voto cruzado, no se fomenta ni promociona una libre y auténtica expresión de la voluntad del ciudadano elector puesto que se invade su capacidad de autodeterminación para elegir a los candidatos de un determinado instituto político o no partidarios –que supone suplantar la voluntad del ciudadano, por parte del legislador, produciéndose una afectación directa a la capacidad del ciudadano al momento de emitir el sufragio– y no acceder con su voto a diferentes plataformas legislativas que le permitan la satisfacción de sus exigencias e intereses.

B. Del mismo modo, los demandantes expresaron que, “... como consecuencia ulterior, deben de declararse las inconstitucionalidades por conexión que se puedan advertir”, haciendo referencia en concreto al contenido normativo de los arts. 205 inc. 2º letras b, c y d, y 207 letras b, c y d CE.

2. A. Por su parte, en su intervención, la Asamblea Legislativa sostuvo que en la mayoría de los países del mundo, el parlamento es quien diseña el sistema político electoral, con el proceso de discusión y acuerdos construidos entre las diferentes fuerzas políticas e ideologías que participan en él. Dicha competencia se ejercita a partir de los parámetros que establece la Constitución, con el propósito de determinar el sistema electoral más adecuado a las condiciones históricas y políticas de una nación que mejor responda a las necesidades y procesos específicos de conformación de las instituciones de representación y de gobierno y que, además, goce del más amplio consenso entre los actores políticos relevantes y la mayoría ciudadana.

Por ello, consideró que si esta Sala emitiera una sentencia estimatoria en el presente proceso, estaría asumiendo la función de legislación y determinación del tipo de sistema político electoral. Sería este tribunal el que determinaría qué sistema conviene al país, cuando esta competencia corresponde al Legislativo, a tenor de lo que indica el art. 79 inc. 3º Cn. El principio democrático exige que la labor de legislar se haga por conducto de la ley, y no mediante sentencias. Y en relación con esto, apuntó que cuando el constituyente

opta por un determinado sistema electoral, el legislador “... debe sujetarse a los parámetros fijados por aquél; en cambio, si la Constitución guarda silencio al respecto, la libertad del legislador para configurarlo será un poco más amplia”, amparándose para justificar tal afirmación en la sentencia de 25-XI-2008, Inc. 9-2006.

B. Por otra parte, consideró que el fin constitucionalmente legítimo que persigue el voto cruzado (art. 185 inc. 3° CE) es el de establecer una real representación y vínculo efectivo entre el elector y el representante, ligamen que no es posible conseguirlo si el elector dispone o elige entre diferentes propuestas legislativas basadas en diversas ideologías políticas. En realidad, subraya, los ciudadanos buscan la identificación con un programa político, para obtener una representación política, tal como pretende el principio de la democracia representativa. Sin embargo, esta pretensión se volvería nugatoria si un ciudadano pudiera votar por diferentes programas políticos porque en tal caso no existirá un vínculo verdadero ni una representación definida entre elector y elegido.

C. Con base en la sentencia de 1-X-2014, Inc. 66-2013, sostuvo que, según el actual sistema de listas cerradas y desbloqueadas, los diputados con afiliación partidaria que resultan electos son depositarios de un caudal de votos por parte de los ciudadanos que tienen la opción de identificar al candidato al que consideran los representará de una mejor forma. Del mismo modo, apuntó que este tipo de lista confiere a los ciudadanos la facultad de emitir su voto preferente y de modificar total o parcialmente las listas que le proponen los partidos políticos. Protege, de igual manera, la capacidad de los ciudadanos de optar por los candidatos que se postulan sin mediación de un partido político en total libertad.

D. La autoridad demandada hizo referencia igualmente al carácter igualitario del voto, que desarrolló con mayor amplitud.

E. Por último, recordó que ningún derecho fundamental es absoluto y que, de acuerdo con el contenido normativo del art. 79 inc. 3° Cn., el legislador tiene libertad de configuración y competencia para evaluar la conveniencia del sistema electoral actual, que tiene una finalidad: alcanzar el vínculo entre electores y electos. A partir de esta premisa, el Legislativo infiere que la prohibición del voto cruzado es una medida idónea, esto es, adecuada para alcanzar dicho fin. En realidad –consideró– el voto cruzado no contraviene el carácter libre del voto porque, “... hoy por hoy, los electores han visto ampliado su abanico de opciones a la hora de votar...”. En efecto, los ciudadanos “... pueden votar [...] no solo en bloque por una bandera, sino individualmente por las candidaturas que propone el partido político con cuya oferta y programa político se identifica, pudiendo alterar parcial o totalmente la lista propuesta...”. Pueden votar, de la misma manera, “... por candidaturas no partidarias...”. Por tanto, concluyó que los electores “... no están restringidos en su libertad de opción.

En consecuencia, la Asamblea Legislativa consideró que las disposiciones enjuiciadas no contravienen el carácter libre del voto y, por ello, solicitó que no se declare la inconstitucionalidad alegada por los actores.

3. Por último, el Fiscal General de la República aludió a las ventajas y desventajas que acarrearán los diversos tipos de listas por medio de los cuales los candidatos a diputados de la Asamblea Legislativa pueden presentarse ante la ciudadanía.

A. Con respecto a las listas abiertas, dijo que: “los partidos políticos o los candidatos a diputados, partidarios o no, en sistemas más competitivos y abiertos como el sistema de voto por rostro y cruzado (abierto), podrán formular propuestas políticas más asertivas durante las campañas electorales, y se verán obligados a explicar cómo esas políticas afectarían o beneficiarían el interés de los ciudadanos; éstos podrán decidir de una manera más informada a quién de los candidatos a diputados deberán elegir como sus mandatarios para que implementen la oferta electoral ofrecida en campaña”.

Además, explicó que “...un modelo de elección de voto por rostro y cruzado sirve para responsabilizar al diputado de manera directa por los resultados de las acciones realizadas por él y por su partido político en la Asamblea Legislativa. Esta es la relevancia del voto cruzado, la posibilidad de individualizar la decisión del electorado y la razón por la cual los diputados y sus partidos podrán prever, razonablemente, el juicio de los electores en las siguientes elecciones”.

Agregó que “... la lista abierta permite una mayor independencia en la relación ya mencionada, debido a que cuando se vota por una persona importa ‘quién es quién’, haciendo que la relación entre el representante y el elector sea menos distante”. Y en esta clase de listas, “... el elector ejerce por sí mismo una fracción del poder electoral eligiendo sin intermediarios o compromisarios a los titulares de cargos electivos. Así, el elector tiene la última palabra en la designación a su libertad de aquellos que habrán de representarlo”.

B. Siguió indicando que “[e]l modelo electoral de listas cerradas y desbloqueadas, si bien ha representado un avance en la democracia del país, implica que el votante estaría avalando el orden de prelación que ha determinado el partido político para signar los escaños ganados en la votación. En otras palabras, vota no solo por el partido, sino también acepta la asignación de escaños que el partido realiza de acuerdo [con] sus criterios”. Explicó que este tipo de listas “... no permite una elección personalizada del candidato por parte del ciudadano, porque siempre está condicionado a la propuesta de las cúpulas de los partidos políticos, donde no siempre se realizan o han existido elecciones internas libres, secretas y democráticas, en virtud de lo cual [...] el ciudadano no puede elegir verdaderamente a sus candidatos para la contienda electoral, lo cual supone una injerencia al principio de igualdad tanto en su vertiente de aplicación de la ley y formulación de la ley que se conectan con una de las categorías de dichos derechos fundamentales como es la

‘*igualdad democrática*’”. Añadió que la “... lista cerrada y no bloqueada puede influir en que la dependencia entre el representante y su partido disminuya, debido a que, aunque sea el partido quien elabore la lista, es el ciudadano quien decide quiénes de éstos son electos”.

Concluyó su intervención indicando que “... la normativa electoral debe procurar garantizar el pleno ejercicio del derecho político al voto libre, asegurando que el elector cuente con la posibilidad y potestad de seleccionar a los candidatos a diputados, inclusive considerando candidatos de distintos partidos políticos; distintos candidatos no partidarios y candidatos de partidos políticos y, al mismo tiempo, candidatos no partidarios”. Por ello, pidió que las disposiciones legales objeto de control en esta oportunidad sean declaradas inconstitucionales, por contravenir el carácter libre del voto establecido en el art. 78 Cn.

II. En este apartado se enunciará el esquema de análisis de la pretensión planteada. Para hacerlo, es necesario identificar previamente el problema jurídico que debe ser resuelto a la vista de los motivos de inconstitucionalidad argüidos por los demandantes y los argumentos de la autoridad demandada y del Fiscal General de la República. Según el auto de 29-IX-2014, el presente proceso se desarrollaría para determinar: si la supuesta prohibición contenida en el art. 185 inc. 3° CE –y los supuestos efectos de dicha prohibición regulados en los arts. 205 letras b, c, y d y 207 letras b, c y d CE– viola o es incompatible con el carácter libre del voto (art. 78 Cn.), al restringir las opciones de elección a los candidatos a diputados de un mismo partido político o solamente para candidatos no partidarios.

Los aspectos que se abordarán en la presente sentencia son los siguientes: (III) antecedentes jurisprudenciales acerca del carácter libre del voto en las elecciones para Diputados; luego, se realizará el control de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas impugnadas, lo cual requerirá: (IV) identificar si el art. 185 CE es realmente una prohibición para marcar o elegir (i) candidatos de distintos partidos políticos, (ii) distintos candidatos no partidarios, o (iii) candidatos de partidos políticos junto con candidatos no partidarios; su contraste con el significado del voto libre con el contenido normativo del citado art. 185 CE; (V) establecer si los arts. 205 letras b, c y d y 207 letras b, c y d CE regulan efectos o consecuencias de la norma contenida en el art. 185 CE y si ello entraña una conexión entre los primeros dos preceptos y este. Por último, (VI) se determinará el fallo y los efectos de la presente sentencia.

III. 1. En la sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009, esta Sala sostuvo que el ejercicio del sufragio activo tiene, entre sus cualidades fundamentales, la de ser libre. Ello 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, en caso de elecciones; y abstenerse o votar en blanco, en cualquier caso). Pero para hablar de elecciones libres 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”.

Por otra parte, se sostuvo que: “En el caso de las elecciones de diputados, los votos tienen que convertirse en escaños para determinar cuáles de los candidatos votados son elegidos. Para ello existen dos sistemas: el mayoritario, donde sólo se asigna un escaño por circunscripción y lo consigue obviamente el partido que obtuvo más votos; y el sistema proporcional, donde hay varios escaños en cada circunscripción y se adjudican en proporción a los resultados.

Asimismo, las candidaturas pueden adoptar dos formas: la candidatura unipersonal o la lista de candidatos. Mientras que la primera forma es la utilizada para el sistema mayoritario (por ejemplo, en nuestro país, para elecciones de Presidente de la República); la segunda es la que se suele emplear para elecciones de diputados bajo sistema de representación proporcional (como es también el caso de nuestro país)”.

Finalmente, se explicó en la misma sentencia las diferentes clases de listas, así: cerradas y bloqueadas, cerradas y desbloqueadas, y abiertas. Se dijo que: “a. En la lista cerrada y bloqueada –sistema adoptado por el legislador secundario salvadoreño (art. 262 inc. 6º CE)– el partido político decide el orden de los candidatos y éstos van obteniendo un escaño a medida que el partido suma votos, según ese mismo orden. Esto significa que el elector no puede votar por los candidatos individualmente considerados, sino que debe hacerlo ‘en bloque’ por un partido político. --- b. En cambio, en la lista cerrada y desbloqueada los electores pueden modificar total o parcialmente el orden de candidatos propuestos por un partido, ya sea mediante el voto preferencial (a favor de uno o más candidatos), tachando algunos nombres o colocando un orden numérico en los nombres de los candidatos. --- c. Por último, en la lista abierta el elector puede escoger candidatos de diferentes partidos políticos y determinar el orden de preferencia entre ellos. Es decir, el elector configura su propia lista, pudiendo apartarse por completo de las propuestas de los partidos políticos”.

2. Para poder predicar el carácter democrático del sufragio activo, es condición necesaria garantizar la forma en que se expresa, esto es, el voto. Este es el propósito de las garantías, cualidades o características estatuidas en el art. 78 Cn. Y la principal es la libertad. El voto debe ser libre, para erigirse en una genuina expresión del derecho al sufragio. Esta característica es predicable del voto tanto en el acto de su emisión o expresión como en el resultado, pero en esta sentencia solo interesa hacer referencia al primer momento.

Han sido dos los significados relevantes que esta Sala ha atribuido al carácter libre del voto. Por un lado, se ha entendido que en el momento en que dicho acto político se ejerce no debe existir ningún tipo de recompensa, castigo o presión que desvíe la voluntad del elector. A esta noción es a la que se refiere la sentencia de 8-IV-2003, Inc. 28-2002, al establecer que “[l]a libertad electoral consiste ante todo en que cada elector pueda ejercitar su derecho a sufragar sin coacción o presión alguna y exento de cualquier otra influencia externa”. Por otro lado, este tribunal ha concebido el carácter libre del voto como una manifestación de la “plena capacidad de opción” del cuerpo electoral.

En el acto de su emisión, el voto debe ser libre. En el contexto de esta idea de libertad, la Constitución otorga al ciudadano una facultad para elegir y esto a su vez parte de la premisa del concepto de persona en una sociedad democrática, en la cual la autonomía del individuo le atribuye capacidad para ser un sujeto deliberante y, por ello, titular de un poder para determinar u orientar cursos de acción.

Que al momento de ejercer el voto el ciudadano posea “plena capacidad de opción”, equivale a reconocerlo como titular de un poder deliberativo que se traduce en una facultad constitucional para elegir al candidato de su preferencia, de entre diversas alternativas. Y frente a una papeleta de votación, el ciudadano es libre en la medida en que tiene la posibilidad real de decantarse por cualquiera de las opciones en la oferta electoral. En ese orden, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional reseñada, el voto es libre si dicha “capacidad de opción” es plena, es decir, completa, considerando todas las opciones posibles de decisión. Y para serlo, no debe existir ningún impedimento o prohibición para decantarse por alternativas de acción. Tener plena capacidad de opción es igual a tener la habilitación para elegir libremente entre los diferentes candidatos que permite el pluralismo político.

3. La plena capacidad de opción comprende los siguientes aspectos: primero, la facultad para elegir a *cualquiera* de los candidatos a diputados de la totalidad que aparezca en la papeleta de votación, limitado únicamente por el número de diputados que el Código Electoral asigna a la respectiva circunscripción departamental; y segundo, la inexistencia de prohibiciones que impidan al ciudadano optar por *cualquiera* de los candidatos a diputados de la totalidad que aparezca en la papeleta de votación.

En consecuencia, *la plena capacidad de opción al emitir un voto válido ejercido con libertad, permite al elector: (i) votar por la bandera del partido o coalición de su preferencia, lo cual se traduce en una aceptación de la totalidad de los candidatos propuestos por dicho partido o coalición; (ii) votar por la bandera de un partido o coalición de su preferencia, y al mismo tiempo por uno o varios candidatos de la misma planilla o lista por la que se ha votado, lo que implica que se está privilegiando a los candidatos marcados por el elector, y no a todos los candidatos contenidos en la planilla o*

lista; (iii) votar por uno o varios candidatos de un solo partido político o coalición; (iv) votar por uno o varios candidatos no partidarios; (v) votar por candidatos de distintos partidos políticos o coaliciones; y (vi) votar por candidatos partidarios y no partidarios.

IV. A continuación se realizará el examen del motivo de inconstitucionalidad planteado.

1. La controversia a resolver en esta sentencia radica en determinar si la prohibición contenida en el art. 185 inc. 3° CE —de marcar candidatos de distintos partidos políticos, distintos candidatos no partidarios o candidatos de partidos políticos junto con candidatos no partidarios—, viola el contenido del carácter libre del voto (art. 78 Cn.).

El punto en cuestión es, por tanto, el de si las normas regulativas contenidas en las disposiciones propuestas como parámetro y objeto de control son contradictorias entre sí. Este análisis descarta, por consiguiente, el argumento que la Asamblea Legislativa parece insinuar acerca del posible “juicio de perfectibilidad” que esta Sala haría de conocer la pretensión en cuanto al fondo. Según la autoridad demandada, este tribunal determinaría cuál es la forma de la candidatura que más conviene al país: el de las listas cerradas y bloqueadas o el de las listas abiertas, facultad que según la Asamblea, no le compete a esta Sala.

Esta apreciación de la autoridad demandada se explica porque los demandantes acotaron que el sistema de listas cerradas y desbloqueadas que esta Sala desarrolló en la Inc. 61-2009 no potencia integralmente la libertad del voto, al permitirse votar únicamente por la propuesta electoral de un único partido político o candidato no partidario. No obstante, los peticionarios no derivan ninguna consecuencia constitucional que incida en la validez del art. 185 inc. 3° CE.

La Asamblea Legislativa desvía su atención del análisis de contradictoriedad que debe hacerse en el presente caso (porque verdaderamente así fue formulado por los actores) y, en su lugar, aduce: (i) que el fin constitucionalmente legítimo que el art. 185 inc. 3° CE pretende alcanzar es el de fomentar el vínculo entre el elector y el elegido; (ii) que el carácter libre del voto ya está asegurado con las listas cerradas y desbloqueadas, al proteger la capacidad de opción del ciudadano; (iii) que el carácter igualitario del voto también está asegurado por las listas cerradas y desbloqueadas; y (iv) que el voto cruzado no contraviene el carácter libre del voto porque, hoy por hoy, los electores han visto ampliado su abanico de opciones a la hora de votar.

Estos planteamientos son improcedentes. El primero, porque esta Sala no hará un test de proporcionalidad, en cuyo caso sí habría tenido sentido determinar cuál es el fin constitucionalmente legítimo que persigue el art. 185 inc. 3° CE. El segundo y el cuarto, porque los actores no han cuestionado el régimen de listas cerradas y desbloqueadas. Y el

tercero, porque el único parámetro de control sugerido en esta oportunidad es el carácter libre del voto, no su carácter igualitario.

El Fiscal General de la República, por su parte, aludió en concreto a las ventajas y desventajas que acarrear los diversos tipos de listas por medio de los cuales los candidatos a diputados de la Asamblea Legislativa pueden presentarse ante la ciudadanía, omitiendo con ello dirigir su atención a la comparación de las normas establecidas por el carácter libre del voto y por la no permisión del voto cruzado.

El resto de consideraciones que hace la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República eluden los términos de la impugnación genuinos que fueron planteados por los actores.

2. Así, al entrar a analizar el tenor del art. 185 inc. final CE, se puede notar que esta disposición estatuye una norma regulativa y una definición, por lo que el análisis se centrará en la primera, no así en la segunda, porque ésta no tiene por sí misma la pretensión de dirigir la conducta mediante una prohibición, una imposición, ni una permisión o facultad. La función de dicha definición es aclarar qué debe entenderse por “voto cruzado” y, con ello, si el legislador ha querido restringir o limitar el poder de interpretación del texto normativo en ese aspecto. En consecuencia, esta parte del inciso cuestionado queda excluida del presente análisis.

El enunciado a interpretar implica negar toda acción de votar en forma cruzada. Y como por “voto cruzado” se entiende “aquel en que el elector hubiere marcado candidatos o candidatas de distintos partidos políticos, distintos candidatos o candidatas no partidarios, o candidatos o candidatas de partidos políticos y al mismo tiempo, candidatos o candidatas no partidarios”, se concluye que el art. 185 inc. final CE prohíbe todas estas alternativas de votación.

3. *El reconocimiento de una facultad es contradictoria con la existencia de una prohibición.* Antes se ha dicho que el voto libre significa tener plena capacidad de opción, lo cual *permite* al ciudadano optar por los cursos de acción que ya se han señalado en el Considerando III de esta decisión; pero de tales acciones, están *prohibidas* por el art. 185 inc. 3° CE, las que implican un voto cruzado.

En consecuencia, dado que en un conflicto entre el contenido normativo de un derecho fundamental y el de una norma legal, debe prevalecer el primero, a tenor de lo que prescribe el art. 246 inc. 2° Cn., se concluye que el art. 185 inc. 3° CE es inconstitucional y así deberá declararse en el fallo.

Esta declaratoria no afecta la definición de voto cruzado contenida en dicho inciso.

V. Ahora debe establecerse si los arts. 205 letras b, c y d, y 207 letras b, c y d CE, regulan efectos o consecuencias de la norma contenida en el art. 185 inc. 3° CE y si ello entraña una conexión entre los primeros dos preceptos y éste. Si esto es así, entonces el

vicio de inconstitucionalidad del 185 inc. 3° CE tendría que transmitirse por conexidad a los arts. 205 letras b, c y d, y 207 letras b, c y d del CE.

1. De acuerdo con el art. 205 letra b, c y d CE, si un ciudadano marca la bandera y toda la planilla de candidatos de un mismo partido político o coalición; o si marca toda la planilla de candidatos de un mismo partido político o coalición, sin marcar la bandera; o si marca a la par o sobre uno o varios de los candidatos de un partido político o coalición contendiente; entonces el voto o la marca debe considerarse válido. Esta es una norma constitutiva cuyos antecedente y consecuente están previstos en ella. El contenido normativo de dicha disposición tiene, por ello, una relativa autonomía con la norma prohibitiva establecida en el art. 185 inc. 3° CE.

La validez del voto en el art. 205 letras b, c y d CE, no depende de la prohibición del voto cruzado. El voto es válido si se producen las circunstancias pertinentes (el contexto temporal de elecciones para diputados, la identidad del votante, etc.) y si el ciudadano realiza la conducta de marcar en las opciones a que se refiere tal disposición. Estas circunstancias están previstas todas ellas en la misma norma. Se trata de una norma que regula ella misma su antecedente y su consecuente. Con base en esta premisa, la clase de acciones prohibidas por el art. 185 inc. 3° CE no puede considerarse como el antecedente del resultado institucional producido, es decir, votos o marcas válidos. *La prohibición del voto cruzado no es condición, ni suficiente ni necesaria, para la validez del voto en los términos del art. 205 letras b, c y d CE y, por consiguiente, no puede predicarse una conexión entre ellas.* Y si esto se acepta, entonces no existe la inconstitucionalidad por conexión alegada por los demandantes, y así deberá declararse en el fallo.

2. A. Según el art. 207 letra b del CE, el voto será nulo: “cuando se haya marcado una bandera de un partido político o coalición y un candidato o candidata no partidario”. Este supuesto se refiere a la situación del votante que, luego de haber marcado una bandera, y con ello apoyar a la lista completa propuesta por el partido o coalición respectiva, marca además uno o más candidatos no partidarios. Tal situación acarrea nulidad del voto, por haber excedido el número de candidatos a diputados asignados por el Código Electoral a la circunscripción departamental respectiva, y por ello no es inconstitucional que la Ley declare nulo tal supuesto y así deberá declararse en la presente sentencia.

B. De conformidad con el art. 207 letra c del CE, el voto es nulo: “si estuvieren marcados candidatos o candidatas correspondientes a planillas diferentes, o un candidato o candidata de un partido político o coalición y un candidato o candidata no partidario”. El Legislativo ha previsto en este caso dos supuestos de nulidad, los cuales son inconstitucionales dado que comprenden situaciones en las que el elector manifiesta libremente su voto al escoger, entre diversas opciones posibles, a los candidatos de su preferencia; lo cual, lejos de representar un acto nulo, refleja la libertad inherente al

derecho al sufragio. En consecuencia, los dos supuestos contemplados en tal disposición son inconstitucionales y así deberá ser declarado en la presente sentencia.

C. El art. 207 letra d del CE, prescribe que el voto es nulo: (i) “cuando estuvieren marcados dos o más candidatos o candidatas no partidarios”, o (ii) cuando estuvieren marcados “uno o más candidatos o candidatas no partidarios y una bandera de partido o coalición”.

El primero de tales supuestos no puede adolecer de nulidad dado que constituye el ejercicio libre del voto, por lo tanto dicha disposición es inconstitucional y así deberá ser declarado en la presente sentencia.

En el segundo supuesto se produce la misma circunstancia prescrita en la letra b del art. 207 del CE, pues el elector marca un número de candidatos que excede a los diputados asignados por el Código Electoral a la circunscripción departamental respectiva. Por tanto, este último supuesto no es inconstitucional, y así deberá ser declarado en la presente sentencia.

VI. Finalmente, es necesario aclarar los efectos de esta sentencia.

El carácter libre del voto ha sido delimitado en esta decisión e implica que el elector posee plena capacidad de opción en el momento de emitir su voto. Esto significa que es titular de una facultad irrestricta que le permite elegir a cualquiera de los candidatos a diputados que aparezcan en la papeleta de votación, y que no deben existir prohibiciones que impidan al ciudadano votar por candidatos de distintos partidos políticos, distintos candidatos no partidarios o candidatos de partidos políticos y, al mismo tiempo, candidatos no partidarios, a fin de expresar plenamente su voluntad ciudadana.

En vista que la presente declaratoria de inconstitucionalidad implica la expulsión de la prohibición del voto cruzado contenida en la primera parte del inc. 3° del art. 185 CE, la Asamblea Legislativa oportunamente deberá actualizar el contenido normativo del carácter libre del voto desarrollado en esta sentencia, y los efectos que ello producirá en la asignación de escaños, garantizando el sistema de representación proporcional.

Si al momento de las próximas elecciones de 2015 no estuviera vigente la legislación pertinente que desarrolle el contenido del voto cruzado, esto no implicará una pérdida de eficacia de la plena capacidad de opción que supone el voto libre, y por lo tanto, el contenido del derecho al sufragio, declarado en la presente sentencia, deberá ser aplicado de modo directo, a partir de tal evento electoral, por los ciudadanos, los partidos políticos y el Tribunal Supremo Electoral, el cual deberá adoptar las medidas pertinentes a fin de garantizar la capacitación del personal electoral, especialmente sobre la forma de asignación de escaños y la información pública a la ciudadanía sobre la forma de ejercer el voto cruzado.

Por tanto,

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

Falla:

1. *Declárase inconstitucional*, de un modo general y obligatorio, el art. 185 del Código Electoral, en el enunciado de la primera parte del inciso 3°, el cual establece que “en ningún caso se permitirá el voto cruzado”. Lo anterior dado que, al prohibir al elector marcar candidatos de distintos partidos políticos, distintos candidatos no partidarios o candidatos de partidos políticos y al mismo tiempo candidatos no partidarios, viola el carácter libre del voto, contenido en el art. 78 de la Constitución.

En vista que la presente declaratoria de inconstitucionalidad implica la expulsión de la prohibición del voto cruzado contenida en la primera parte del inc. 3° del art. 185 CE, la Asamblea Legislativa oportunamente deberá actualizar el contenido normativo del carácter libre del voto desarrollado en esta sentencia, y los efectos que ello producirá en la asignación de escaños, garantizando el sistema de representación proporcional.

Si al momento de las próximas elecciones –de Diputados– 2015 no estuviera vigente la legislación pertinente que desarrolle el contenido del voto cruzado, esto no implicará una pérdida de eficacia de la plena capacidad de opción que supone el voto libre, y por lo tanto, el contenido del derecho al sufragio, declarado en la presente sentencia, deberá ser aplicado de modo directo a partir de tal evento electoral, por los ciudadanos, los partidos políticos y el Tribunal Supremo Electoral, el cual deberá adoptar las medidas pertinentes a fin de garantizar la capacitación del personal electoral, especialmente sobre la forma de asignación de escaños y la información pública a la ciudadanía sobre la forma de ejercer el voto cruzado.

2. *Declárase inconstitucional por conexión*, de un modo general y obligatorio, el art. 207 letra c del CE, dado que comprende situaciones en las que el elector manifiesta libremente su voto al escoger, entre diversas opciones posibles, a los candidatos de su preferencia; lo cual, lejos de representar un acto nulo, refleja la libertad inherente al derecho al sufragio.

3. *Declárase inconstitucional por conexión*, de un modo general y obligatorio, el art. 207 letra d, primera parte, del Código Electoral, según el cual el voto es nulo “cuando estuvieren marcados dos o más candidatos o candidatas no partidarios”, pues tal supuesto no puede adolecer de nulidad dado que constituye el ejercicio libre del voto por el elector.

4. *Declárase* que en el art. 207 letra b del Código Electoral, *no existe la inconstitucionalidad alegada*, pues este supuesto se refiere a la situación del votante que, luego de haber marcado una bandera, y con ello apoyar a la lista completa propuesta por el partido o coalición respectiva, marca además uno o más candidatos no partidarios; tal

situación acarrea nulidad del voto, por haber excedido el número de candidatos a diputados asignados por el Código Electoral a la circunscripción departamental respectiva.

5. *Declárase* que en el art. 207 letra d, segunda parte, del Código Electoral, según el cual el voto es nulo “cuando estuvieren marcados uno o más candidatos o candidatas no partidarios y una bandera de partido o coalición”, *no existe la inconstitucionalidad alegada*, pues este supuesto se refiere a la situación del votante que, luego de haber marcado una bandera, y con ello apoyar a la lista completa propuesta por el partido o coalición respectiva, marca además uno o más candidatos no partidarios; tal situación acarrea nulidad del voto, por haber excedido el número de candidatos a diputados asignados por el Código Electoral a la circunscripción departamental respectiva.

6. *Declárase* que en el art. 205 letras b, c y d del Código Electoral no existe la inconstitucionalidad por conexión alegada por los demandantes debido a que la norma contenida en tal disposición no es una consecuencia de la prohibición del voto cruzado que ha sido declarar inconstitucional en la presente sentencia.

7. *Notifíquese* la presente decisión a todos los sujetos procesales y al Tribunal Supremo Electoral.

8. *Publíquese* esta sentencia en el Diario Oficial dentro de los quince días siguientes a esta fecha, para lo cual se enviará copia al Director de dicha oficina.

VO-

TO RAZONADO DEL MAGISTRADO PRESIDENTE JOSE OSCAR ARMANDO
PINEDA NAVAS

No obstante compartir el argumento decisivo – *ratio decidendi*- de la anterior sentencia, concuro con el presente voto razonado, en cuanto al ámbito temporal de los efectos de la sentencia, por lo cual, procedo a exponer las razones de mi decisión.

En referencia a la obligación de los jueces constitucionales de garantizar los derechos fundamentales a través de la técnica de la ponderación de los derechos, en relación a la facultad de modulación de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, disiento del párrafo VI de la anterior sentencia, con basamento en motivos que considero han sido obviados, lo cual podría llevar a ser contraproducente con los derechos que se pretenden tutelar.

Siendo que, en respeto de las competencias constitucionales, como efecto material de la sentencia en el considerando VI se establece que la Asamblea Legislativa deberá actualizar el contenido normativo del carácter libre del voto desarrollado en esta sentencia, y los efectos que ello producirá en la asignación de escaños, garantizando el sistema de representación proporcional.

Para ello y como parte del proceso legislativo, debe cumplirse con el procedimiento de formación de una ley – entiéndase creación, reforma o derogatoria- el cual se conforma por una combinación de actos, y su esencia se encuentra precisamente en la conexidad que existe entre los diversos actos que lo integran, para la consecución de un resultado final. Las reformas electorales que se ha ordenado se efectúen, deben pasar por un proceso legislativo el cual como tal constituye una manera de formar la voluntad estatal, en el que se expresa y se representa el pluralismo político de la sociedad. El respeto al principio democrático en la actividad del Órgano Legislativo, se manifiesta mediante el cumplimiento de los elementos definitorios de la institución legislativa: (i) principio de representación, (ii) principio de deliberación, (iii) regla de las mayorías para la adopción de las decisiones, y (iv) publicidad de los actos (sentencia de 13-XII-2005 Inc. 9-2004).

Cabe recordar que, la actividad antes mencionada, la cual la Asamblea Legislativa tiene por mandato constitucional realizar, reviste de legitimidad ante la sociedad el producto legislativo, y que además, reviste de *seguridad jurídica* – artículo 2 Cn.– al proceso electoral, para los participantes ya sea en organismos electorales permanentes y temporales, candidatos, partidos políticos y principalmente a los ciudadanos al tener la certeza que su voluntad será debidamente procesada e interpretada, reflejándose así en el resultado de las elecciones.

De manera que, debe cumplirse con el procedimiento legislativo, en el que deben evaluarse objetivamente las diversas aristas y consecuencias materiales de esta declaratoria de inconstitucionalidad para implementar o permitir el voto cruzado, que van desde considerar la modalidad concreta de voto cruzado que se adoptará, la sencillez que debe ofrecer de cara al electorado, la manera de emitir el sufragio, el escrutinio y recuento de votos; a lo anterior hay que agregar las novedades que llevarán a cabo en el inmediato proceso electoral, como son la implementación de los concejos municipales plurales, elección de diputados del Parlamento Centroamericano, lo que conlleva a la cantidad de papeletas y diversas modalidades de sufragio en cada caso, así como los mecanismos de obtención de cada uno de los resultados en el respectivo escrutinio, todo esto, con su impacto en el presupuesto general de la nación, entre otros aspectos, referido a capacitación de los organismos electorales permanentes – Tribunal Supremo Electoral, Junta de Vigilancia Electoral–, organismos electorales temporales – Juntas Electorales Departamentales, Juntas Electorales Municipales y Junta Receptoras de Votos, estos últimos en definitiva efectúan el escrutinio real de cada urna–, y sobre todo capacitación e información a los votantes, sobre las modalidades de voto que encontrará, todo ello debe prepararse a escasos cuatro meses, sin contar con las dificultades con las que ya cuenta dicho proceso, pues ya que, son aspectos ineludibles para garantizar la eficacia objetiva y el pleno cumplimiento de la anterior sentencia, la cual reitero tiene como fin principal el pleno cumplimiento de los derechos del ciudadano.

La obligación del Juez Constitucional de ejercer una tutela efectiva de los derechos políticos de los ciudadanos, es lo que lleva a declarar la inconstitucionalidad de los artículos 185 parte primera del inciso 3º y 207 literales “c” y “d” del Código Electoral –en adelante CE–, sin embargo esa misma obligación de tutela conlleva visibilizar los efectos materiales en el tiempo – aplicación de la sentencia–, debiendo preverse cualquier riesgo que vuelva ineficaz o contraproducente, o inclusive lesionar otros derechos fundamentales con la misma sentencia.

En tal caso, como Juez Constitucional estoy obligado a hacer uso de otras herramientas argumentativas e interpretativas para analizar la constitucionalidad inclusive en sus efectos, como la proporcionalidad, la razonabilidad o la ponderación de los derechos en los efectos inmediatos de la sentencia, esto último significa que en casos específicos donde los intereses jurídicos, que desde la perspectiva abstracta poseen el mismo rango, tienen diferente peso; pero, para la resolución del caso concreto puede utilizarse elementos de la realidad que hagan prevalecer a uno de los bienes jurídicos en juego, según las circunstancias del caso concreto.

Es decir que *bajo ciertas circunstancias uno de los bienes jurídicos tutelados precede al otro; mientras que bajo otras circunstancias la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa* -sentencia 26-VI-2003 Amp. 242-2001-.

En cuanto a la seguridad jurídica del proceso electoral, el cual no puede ser visto en su dimensión más reducida, como un simple y sencillo acto administrativo; sino que debe valorarse su dimensión más integral, la cual constituye el más importante proceso de participación de los ciudadanos, determinando así el rumbo de una sociedad, por lo que se requiere que se cumpla con el deber de dotar de *seguridad jurídica* al proceso eleccionario.

En ese contexto, vale decir que, es suficiente la mera posibilidad real de poner en riesgo la seguridad jurídica, a partir de elementos objetivos precitados para efectuar el respectivo análisis de ponderación. Asimismo, debe ser atendible en el juicio de ponderación, otros aspectos que puedan lesionar la seguridad jurídica que todos queremos en el proceso electoral, siendo pertinente destacar que la realización del proceso electoral sin que eventualmente se logre legislar al respecto –lo cual es verosímil considerar por la cercanía temporal del evento electoral marzo 2015, por haberse ya convocado a elecciones por parte del TSE, entre otras circunstancias–.

No obstante se pudieran promulgar en el corto plazo las reformas y/o normativa que manda la sentencia, existen aún distintos temas como: a) *aspectos financieros y presupuestarios*, ello es, la disponibilidad de fondos con que se cuenta a fin de garantizar que sea realmente posible materializar las exigencias establecidas en la anterior sentencia– art. 228 inc. 1º de la Cn. –, así como las consecuencias presupuestarias, en cuanto el resultado electoral de cara a la deuda política –art. 210 Cn. –; b) *aspectos normativos*, como la necesidad de regular de manera clara y precisa la modalidad de voto cruzado, situaciones de nulidad, mecanismo de computo y su impacto en el sistema de representación proporcional en cuanto al sistema de residuos – ver sentencia de fecha 7- XI- 2011 Inc. 42- 2005– (esto último en caso de aplicación directa de la sentencia), así como las disposiciones normativas ya emitidas por el TSE, aunado a la convocatoria a elecciones ya efectuada, con lo cual se definieron plazos precisos; c) *aspectos operativos o logísticos*, lo que significa diseño e impresión de papeletas, de formatos de actas para resultados, capacitación a los organismos electorales permanentes y temporales, y especialmente información a los ciudadanos para que emitan válidamente el sufragio, evitando en la medida de lo posible que involuntariamente anulen su voto o votos emitidos. Tales circunstancias podrían posiblemente vulnerar la seguridad jurídica para el próximo proceso electoral de marzo 2015, o invalidar materialmente los efectos de la sentencia, perjudicando directamente a los ciudadanos.

En ese sentido, se debió buscar una solución a esa posible colisión de derechos o intereses jurídicos. Dicha solución debería consistir pues, en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los intereses jurídicos una relación de precedencia condicionada, como la denominó Robert Alexy en su *Teoría de los derechos fundamentales*, evitando o reduciendo únicamente en aquello que produce el riesgo, que para el caso se trata de la capacidad de implementación y asimilación de los participantes y votantes en el inmediato proceso electoral.

Tal ejercicio de prever los riesgos negativos ante los efectos de la sentencia en el contexto actual deviene del cumplimiento plenamente del rol constitucional en relación al ejercicio de una modalidad de auto contención de manera concreta en cuanto a los efectos inmediatos de la sentencia - *self-restraint desde el enfoque del Tribunal Constitucional Alemán*-, como una manifestación del juicio de proporcionalidad, considerando para ello las consecuencias.

En ese orden de ideas, en mi opinión, ante la posibilidad de riesgos negativos con los efectos inmediatos de la sentencia, debió de haberse efectuado, lo que esta Sala ha adoptado en llamar, modulación de los efectos –v. gr. Sentencia de fecha 23- XII- 2010 Inc.5- 2001–.

Ello implica que en virtud de que el principal efecto del anterior pronunciamiento de inconstitucionalidad está determinado por la expulsión definitiva del artículo 185 parte primera del inciso 3º y artículo 207 literales “c” y “d” del CE del ordenamiento jurídico, debe considerarse el impacto de tal efecto.

Por ello, no puede obviarse que, ante la cercanía en el tiempo de las elecciones a desarrollarse el día uno de marzo del año dos mil quince, lo que requiere una serie de actos preparatorios, que como ya se dijo, van desde planificación logística, impresión de papeletas, aspectos financieros, capacitación e inducción de cómo emitir el sufragio a los ciudadanos, reformas legales, en su caso, para lo cual solo se tiene un promedio de tres meses, por lo que se podría haber dado otros efectos para la declaración de inconstitucionalidad, e incluso la posibilidad de no establecer, en principio, consecuencia jurídica alguna sobre la validez del precepto, a pesar de haber constatado su incompatibilidad constitucional.

En este orden de ideas, es del caso acotar la pertinencia de las sentencias prospectivas, de inconstitucionalidad diferida o de mera inconstitucionalidad. Mediante este tipo de sentencias, esta Sala establece la modulación que deriva de los principios en cuanto

los efectos de su fallo *pro futuro*, es decir, los suspende por un periodo razonable de tiempo, con el fin de preservar la integridad y supremacía de la Constitución, respecto de otros bienes que pudieran ser afectados por el vacío que genera la inconstitucionalidad, lo que podría derivar en inseguridad jurídica.

Con ello se pretende que el Legislador subsane en un tiempo prudencial, razonable y proporcional las situaciones de inconstitucionalidad detectadas en las disposiciones o normas evaluadas, aun cuando éstas no hayan sido expulsadas del ordenamiento jurídico; es decir, este tipo de sentencias modula sus efectos normales en el tiempo, para alcanzar la solución considerada más justa, determinándose la fecha desde la que ella producirá efectos, y da la posibilidad al legislador para actuar antes y adecuar el ordenamiento jurídico a la Constitución.

Por lo anterior, puede decirse que la tipología de sentencias mencionada nace de la necesidad que se tiene de garantizar la integridad de la Constitución, en eventos en donde no es posible expulsar del ordenamiento, de manera inmediata, una disposición o norma infraconstitucional, por los efectos eventualmente perjudiciales o inconstitucionales que tendría esa decisión; pero tampoco es posible declarar su constitucionalidad, pues el tribunal ha constatado que aquella vulnera la Constitución.

Este tipo de decisiones son adoptadas cuando la inconstitucionalidad –con expulsión inmediata– no es el medio más adecuado para restablecer una situación contraria a la Constitución; pues podría conducir a una situación más gravosa que aquella que se pretende corregir.

Por las mismas razones apuntadas, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que “[s]e explica así la aparente paradoja de que la Corte constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales...” (C-221/1997) – véase sentencia de fecha 23- XII-2010 Inc- 5-2001–.

La Sala ya ha hecho uso de este tipo de opciones jurisdiccionales, para modular los efectos de sus sentencias (Inconstitucionalidades 130-2007, 23-2012, 63-2013, entre otras).

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso la expulsión inmediata de las disposiciones declaradas inconstitucionales –arts. 185 y 207 CE.– puede generar efectos

más perjudiciales que los que se pretenden solventar, pues implicaría poner en riesgo bienes jurídicos de gran relevancia para la colectividad, por ello, considero que era más acertado, pertinente y conveniente para la seguridad jurídica del próximo evento electoral, optar por la adopción de una sentencia de inconstitucionalidad diferida, con el fin de que el legislador pueda, en un plazo razonable, proporcional y prudencial, adecuar las implicaciones materiales de la sentencia, entre el Código Electoral y la Constitución y, así, solventarse la inconstitucionalidad declarada.

En definitiva, tenemos que como efecto material de la sentencia, se expulsa del ordenamiento jurídico la prohibición del voto cruzado, y se ordena adoptar medidas legislativas a fin de que el ciudadano que desee hacer uso del voto cruzado lo pueda hacer.

Ello significa que la aplicación de listas abiertas de candidatos, también conocidas doctrinariamente como “panachage”, en las cuales cada ciudadano podrá elegir los candidatos a diputados de cualquiera de las listas presentadas por los partidos, o candidatos no partidarios y no solo de una lista de un partido, dándose la posibilidad que un ciudadano de una circunscripción territorial que le corresponda determinada cantidad de escaños legislativos pueda optar por similar cantidad de diputados, de cada una de las listas de los diferentes partidos participantes.

Por ello, considero importante atender las eventuales dificultades que eso representa, para que el ciudadano no anule su sufragio, para que la Junta Receptora de Votos, esté debidamente capacitada para el escrutinio y además los participantes candidatos independientes o candidatos de los diversos partidos políticos tenga la seguridad jurídica en cuanto receptores del voto de los ciudadanos, además de la potencial situación de inseguridad que se podría generar, por el escaso tiempo para la realización de las elecciones de marzo de 2015, en cuanto a los tiempos legislativos para adecuar la normativa, las distintas actividades administrativas del TSE, el tema financiero y sus previos procedimientos, entre otros.

Por lo que disiento del efecto material de la sentencia en cuanto a la aplicación inmediata del voto cruzado en el proceso electoral que ya ha dado inicio, -con la respectiva convocatoria a elecciones por parte del TSE-, y que en caso de no darse la reformas legales pertinentes para marzo 2015, se genere –no obstante lo resuelto en la sentencia en relación–inseguridad jurídica en el proceso de elecciones.

Por todo lo anteriormente expresado, basado en la potencialidad del acaecimiento de las relacionadas situaciones, es que emito el presente voto razonado, únicamente con 

respecto al ámbito temporal de los efectos de la sentencia, ya que, según la misma, los efectos materiales deben implementarse a partir de las próximas elecciones, a realizarse en el mes de marzo de 2015, siendo ello, en mi opinión, eventualmente inconveniente, inviable y susceptible de lesionar la seguridad jurídica del proceso electoral próximo, tal como he dejado relacionado, por lo que, motivado ante la posibilidad de ocurrencia de situaciones como las apuntadas, concurre con el presente voto para expresar, que soy del juicio que los efectos de la sentencia pronunciada en el presente proceso, deberían haber tenido efecto material a partir de los subsiguientes eventos electorales, después del de marzo de 2015.