

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, a las doce horas con cuarenta minutos del día diecinueve de febrero de dos mil quince.

I. Con base en lo dispuesto en el art. 172 inc. 3° Cn., que confiere a los tribunales del Órgano Judicial la potestad de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, esta Sala emite la presente *resolución de seguimiento* sobre el cumplimiento de la sentencia de fondo emitida en este proceso, resolución en la cual se analizará si determinadas disposiciones del Código Electoral aprobadas mediante Decreto Legislativo n° 413, de 3-VII-2013, publicado en el Diario Oficial n° 138, tomo n° 400, de 26-VI-2013 (en lo sucesivo: “CE”), contravienen lo fallado por la Sala, y decidir en consecuencia lo procedente.

Esta resolución se emite por las siguientes razones: (i) por constituir una atribución constitucional de vigilar el cumplimiento de lo juzgado, como se ha expresado, respecto a la forma de asignación de escaños para la Asamblea Legislativa; (ii) para verificar si el Órgano Legislativo ha cumplido o no la jurisprudencia constitucional en esta materia; (iii) para evitar que tanto el Tribunal Supremo Electoral (TSE) como los partidos políticos, candidatos a Diputados o ciudadanos en general, interpreten que para la asignación de diputaciones debe atenderse el orden de la lista propuesta por los partidos políticos o coaliciones; (iv) para evitar futuras impugnaciones, discrepancias o conflictos que sobre las formas de asignación de escaños, surjan con posterioridad a las elecciones previstas para el uno de marzo del presente año.

II. Los arts. 205 inc. 2° letras b y c, y 217 letra f ii del nuevo Código Electoral aprobado por DL de 3-VII-2013, prescriben lo siguiente:

Art. 205 inc. 2°. “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.

Art. 217 letra f ii. “Agotados los procedimientos que definen con claridad la asignación de los Diputados y Diputadas electos en base a las marcas de preferencia expresadas por los electores, y si aún quedaran escaños que asignar, se aplicará de forma supletoria, el orden en el cual fueron inscritas las candidaturas por el partido o coalición postulante”.

III. 1. De la lectura de las disposiciones legales transcritas se puede interpretar que el orden de inscripción en la planilla de los candidatos a diputados de la Asamblea Legislativa, es el que determina las preferencias a favor de ellos, de manera que el orden de colocación en la planilla es el relevante para la asignación de los escaños obtenidos por cada partido o coalición.

Esta forma de asignar los escaños a los diputados introduce de nuevo el sistema de listas cerradas y bloqueadas en el ordenamiento jurídico salvadoreño, sistema que ha sido declarado inconstitucional por esta Sala en la Sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009, y en la Sentencia pronunciada en este proceso. En la primera, por violación al carácter libre del voto en el acto de la emisión y, en la segunda, por contravención al carácter igualitario del voto en el resultado.

2. La competencia de esta Sala para establecer si sus decisiones han sido cumplidas o no por sus destinatarios, es una función inherente a la potestad jurisdiccional que la Constitución le atribuye. La Sala se encuentra habilitada para controlar el cumplimiento de sus fallos, de oficio o a petición de parte. Este alcance de la función jurisdiccional en materia constitucional se encuentra estatuido por el art. 172 inc. 1º frase 2ª Cn., el cual prescribe que la jurisdicción no solo comprende la potestad de juzgar, sino también la de hacer ejecutar lo juzgado. Y esto último, según la Sentencia de 18-XII-2009, Inc. 23-2003, impone a jueces y tribunales el deber de adoptar las medidas necesarias y oportunas para que la ejecución de sus decisiones se haga efectiva.

3. La sentencia pronunciada en este proceso declaró la inconstitucionalidad de la disposición legal que pretendía introducir un sistema de lista cerrada bloqueada en el resultado y por ello se expulsó del ordenamiento jurídico. Tal pronunciamiento no impone de manera explícita una obligación negativa a cargo de la Asamblea Legislativa de replicar el precepto invalidado. Pero ello no impide sobreentenderlo a partir de los efectos vinculantes de la sentencias de inconstitucionalidad, al ser estos una necesidad para el cumplimiento efectivo de las decisiones de este tribunal.

En la Sentencia de 14-X-2013, Inc. 77-2013, se afirmó que la atribución de fuerza vinculante y el carácter de fuente del Derecho a la jurisprudencia, emitida por este tribunal, han modificado sustancialmente el sistema de fuentes del Derecho salvadoreño. El precedente o autoprecedente es una parte de la sentencia constitucional, en el cual se atribuye un significado a una disposición contenida en la Ley Fundamental. En nuestro caso se ha afirmado que "... la jurisprudencia constitucional es parte [del sistema de fuentes del Derecho] y, por tanto, de obligatoria observancia para los intérpretes y aplicadores del ordenamiento jurídico" (Resolución de 23-XI-2011, Inc. 11-2005).

4. Para garantizar los efectos generales y obligaciones que el art. 183 Cn. establece para las sentencias de inconstitucionalidad, no es necesario que la inhabilitación para reproducir la disposición invalidada aparezca de modo expreso en una sentencia de

inconstitucionalidad, porque, dado que las sentencias estimatorias (cuando ese es el caso) suponen la expulsión del precepto cuestionado, el intento de reproducir implicaría desconocer el efecto vinculante de aquellas y una desobediencia al tribunal.

En consecuencia, dado que la Asamblea Legislativa está inhabilitada para reproducir el precepto declarado inconstitucional y considerando que este tribunal es titular de la “potestad de hacer ejecutar lo juzgado” en materia constitucional, se concluye que *esta Sala tiene competencia para determinar si dicha inhabilitación ha sido atendida o no por el órgano en cuestión.*

IV. No es la primera vez que esta Sala ha tenido que revisar actos legislativos emitidos en contravención a lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional. Así, en la Sentencia de 8-IV-2011, HC 59-2009, relacionado a la forma de contabilizar el plazo de la detención provisional, la Asamblea Legislativa pretendió superar o desconocer la jurisprudencia constitucional por la vía de la interpretación auténtica de una disposición secundaria.

También se pretendió “derogar” la jurisprudencia fijada en la Sentencia de Inc. 61-2009 a través de un Acuerdo de Reforma Constitucional. No obstante, esta Sala lo invalidó. Sobre este punto, se acotó que “[a]l haber acordado la reforma del art. 126 Cn. para incorporar las listas cerradas y bloqueadas, la Asamblea Legislativa pretende elevar a rango constitucional una desmejora o un retroceso en la situación del derecho fundamental al sufragio activo explicitado en la sentencia de Inc. 61-2009. En realidad, con el Acuerdo se suprimiría una posición jurídica del derecho, porque antes del mismo el elector podía expresar sus preferencias electorales, mientras que hoy ya no podría hacerlo. El Acuerdo de reforma constitucional es una actuación normativa regresiva, en la medida en que suprime un derecho fundamental que la jurisprudencia constitucional ha desarrollado y mejorado”, (sentencia de 16-XII-2013, Inc. 7-2012).

De lo anterior se concluye que la fuerza jurídica pasiva de la jurisprudencia constitucional impide que esta sea modificada por un decreto legislativo, salvo que la nueva normativa potencie o mejore el contenido de los derechos fundamentales.

V. 1. En la sentencia de 7-XI-2011, pronunciada en este proceso, se analizaron los art. 262 inc. 1° letra f) n° 1, en conexión con los arts. 238 inc. 3° frase final; 250 inc. 3° frase final; y 253-C inc. 4° letras c) y d) frases finales, todos del Código Electoral aprobado por Decreto Legislativo n° 417, de 14-XII-1992, publicado en el Diario Oficial n° 16, tomo 318, de 25-I-1993 (reformado por Decreto Legislativo n° 758, de 16-VI-2011, publicado en el Diario Oficial n° 120, tomo 391, de 28-VI-2011) –ahora derogado–.

A. En tal sentencia se explicó que “... una de las garantías que le dan el verdadero carácter democrático al sufragio es su ejercicio en libertad; esto implica que el ciudadano debe tener plena capacidad de opción a la hora de votar y la posibilidad real de que su decisión se refleje en el resultado e incida sobre la permanencia o sustitución de los

titulares del poder público. Es precisamente este último componente del derecho en análisis, el que resulta vulnerado cuando los votos válidos emitidos favorezcan el orden de preferencia determinado por los partidos políticos o coaliciones, en los casos que el elector se ha decantado por dos o más candidatos en particular y en un orden de preferencia distinto” (itálicas suplidas).

Se aclaró que tal pronunciamiento “no se extiende a aquellas disposiciones que permiten votar solo por bandera, pues en estos casos sí queda clara la intención del elector de avalar toda la lista. Esto es posible [...] siempre y cuando estos votos por bandera o lista completa no se distribuyan inequitativamente en los primeros lugares de la lista, hasta donde alcancen según el número de escaños que abstractamente le corresponden al partido”. En ese sentido, se dijo que en los casos en que el elector vote por un candidato particular más bandera o lista o por dos o más candidatos de una misma lista, “*no se puede interpretar que el ciudadano avala toda la lista, sino una parte de ella*” (itálicas del tribunal).

B. Por otra parte, en la sentencia referida se determinó que el legislador había hecho en los preceptos examinados una ponderación inadecuada del valor de los votos cuando estos se distribuyen entre los candidatos propuestos por los partidos políticos o coaliciones contendientes. Se advirtió que ello era un efecto directo del voto por bandera porque la distribución de votos entre candidatos partidarios, en el orden de prelación propuesta por el partido o coalición, presupone que los ciudadanos optan por marcar la bandera que identifica a un partido o coalición específica. El código derogado, a semejanza del CE vigente, establecía a favor del ciudadano la posibilidad de manifestar, *en el momento de emitir su voto*, su preferencia por una de las banderas de los partidos políticos o coalición, por uno de los candidatos partidarios o por uno de los candidatos no partidarios. Se dijo que esta pluralidad de opciones que concretaban el derecho al sufragio activo era una expresión típica del sistema de *listas cerradas desbloqueadas*. En este el ciudadano puede expresar su favoritismo o rechazo por alguno de los candidatos.

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

Ello —se apuntó— “... tiene una incidencia significativamente perjudicial en el *carácter igualitario del voto* [...] porque, a pesar de que los ciudadanos pueden emitir sus votos a favor de los candidatos individualmente considerados —partidarios o no—, lo cierto

es que ello no incidirá en la elección de los representantes políticos que en definitiva ingresarán a la Asamblea Legislativa, sino que tendrán influencia *los votos atribuidos a los partidos políticos o coaliciones*, entidades que deciden a quienes de sus candidatos deberán atribuirse los votos en forma preferente por la colocación inicial en la lista partidaria”. Ello significaba que “... los ‘votos del partido’ son los que, en realidad, pesarán más en el momento de asignar los escaños, según el orden definido en la lista partidaria”, lo cual “... deja en desventaja a los electores que deciden votar por los candidatos individualmente considerados, reflejando con ello la decisión libre y autónoma del elector”.

Por tanto, se concluyó que “... *el orden de prelación [conforme a las listas propuestas por los partidos políticos] constituye, en realidad, un sistema de lista cerrada bloqueada* en el resultado, *puesto que los votos que se atribuyan a una lista partidaria pasarían a los candidatos que se encuentran en los primeros lugares de la misma, con lo cual serían excesivamente difíciles de superar por los votos individuales*”.

2. El criterio sentado a propósito del voto por bandera y el orden de prelación de los candidatos partidarios fue complementado con el criterio jurisprudencial fijado en la Sentencia de 5-XI-2014 y en el Auto de 19-XII-2014, Inc. 48-2014, relativo al valor del voto cruzado.

En la mencionada sentencia se apuntó que “... la plena de 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” (itálicas suprimidas).

Por su parte, en el auto aludido se sostuvo que, “... cuando los ciudadanos decidan emitir voto cruzado, la sumatoria de las fracciones en que se divida el voto, no puede ser en ningún caso inferior al valor de la unidad. Otorgarle un valor diferente a las marcas o fracciones, en el supuesto del voto cruzado, implica dar un tratamiento diferente al ciudadano que opta por esta modalidad, respecto del que vota por bandera, lo cual es una violación al carácter igualitario del voto, consagrado en el art. 78 Cn., y contradice la jurisprudencia de esta Sala”.

Entonces, dado que, por una parte, el *carácter libre* del voto en el acto de la emisión permite al elector, entre otras opciones, marcar solo la bandera del partido o coalición de su preferencia (lo que significa una aceptación de la totalidad de los candidatos propuestos por

dicho partido o coalición), la bandera partidaria y la lista completa del mismo partido político o solamente la lista partidaria completa; y, por otra parte, el *voto igualitario* exige que cada sufragante tenga solo un voto; se concluye que el valor del voto *se fracciona o divide entre las marcas que el elector decidió en los supuestos indicados, sin que ello implique otorgar alguna preferencia a favor de los candidatos ubicados en los primeros lugares de la lista. Admitir lo contrario significa desconocer el carácter igualitario del voto y el derecho a optar a cargos públicos en igualdad de condiciones, y representa un incumplimiento del criterio establecido en la jurisprudencia constitucional, que es de acatamiento obligatorio para toda autoridad pública o privada.*

VI. 1. De lo anterior puede inferirse que el derecho al sufragio permite que el elector marque la bandera del partido o coalición de su preferencia, la bandera partidaria y la lista completa del mismo partido político o solo la lista partidaria completa. *Que en estos supuestos se interprete que la intención del elector es aceptar la totalidad de los candidatos propuestos por dicho partido o coalición, no significa que también acepta el orden de la planilla, ya que el orden de la prelación para asignar escaños legislativos a diputados no lo establece el partido político, sino el cuerpo electoral por mayoría de votos. Siendo el elector quien define la prelación de la asignación de escaños, la Asamblea Legislativa está inhabilitada constitucionalmente para reproducir o incorporar un precepto que permita a los partidos políticos anular este derecho ciudadano.*

2. A. Además de establecer supuestos de votos válidos, el art. 205 inc. 2º letras b y c del Código Electoral, determina que tanto la marca sobre la bandera y toda la planilla de candidatos de un mismo partido político o coalición, como la marca sobre toda la planilla de candidatos de un mismo partido político o coalición, sin marcar la bandera, indicarán las preferencias a favor de los candidatos propuestos para determinar el orden en que se asignarán los escaños obtenidos por cada partido o coalición.

Esta disposición no es válida. Primero, porque la Asamblea Legislativa no ha observado la inhabilitación para reproducir o introducir un precepto declarado inconstitucional, lo cual vuelve nugatorio los efectos vinculantes u obligatorios de las sentencias de inconstitucionalidad (arts. 183 Cn. y 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales).

Segundo, porque introduce nuevamente un sistema de listas cerradas y bloqueadas *en el resultado* a la hora de asignar los escaños legislativos que ha ganado cada partido, lo cual es inconstitucional por afectar el derecho a optar a cargos públicos en igualdad de condiciones. En la disposición analizada, el escaño se obtiene a medida que el partido acumula votos, que se reparten de acuerdo con el orden de los candidatos que previamente ha sido decidido por el partido respectivo; esto produce una preferencia o ventaja injustificada a favor de los candidatos ubicados en los primeros lugares de la lista.

Tercero, porque contradice el voto igualitario. Por ello, las marcas sobre la bandera de un partido político, sobre la bandera partidaria y sobre toda la planilla de un partido político, o sobre la planilla total de un partido significa que el elector ha decidido fraccionar el valor de su voto en partes iguales, de modo que los candidatos reciben una fracción igual del voto. En consecuencia, atribuir preferencia a favor de los candidatos propuestos por los partidos políticos para determinar el orden en que se asignarán los escaños obtenidos, significa aceptar que las marcas de un mismo elector poseen un valor diferente: el valor de las marcas a favor de los candidatos ubicados en los primeros lugares de la lista sería superior al de las marcas a favor de los candidatos de los lugares intermedios o inferiores de la planilla, lo cual contradice la jurisprudencia de esta Sala.

Cuarto, porque se pretende modificar un precedente constitucional mediante una ley ordinaria. Si, como se afirmó anteriormente, la jurisprudencia constitucional queda integrada en la Constitución, aquella adquiere la fuerza normativa de esta. Por tanto, la jurisprudencia de esta Sala debe ser acatada por el órgano emisor de normas jurídicas inferiores. El art. 205 inc. 2° letras b y c CE pretende desconocer la inhabilitación constitucional derivada de la jurisprudencia (Incs. 61-2009, 48-2014 y 57-2011), relativa a que los partidos políticos, y no los ciudadanos, sean quienes determinen el orden de prelación de los diputados, al asignárseles los escaños que previamente han obtenido.

En consecuencia, *el texto "...para determinar el orden en que se asignarán los escaños obtenidos por cada partido o coalición", contenido en el art. 205 inc. 2° letras b y c del Código Electoral, no producirá efecto jurídico constitucional alguno, y no podrá aplicarse para la asignación de escaños legislativos.*

B. Por último, el art. 217 letra f ii CE estatuye que, agotados los procedimientos que definen con claridad la asignación de los diputados electos con base en las marcas de preferencia expresadas por los electores, y si aún quedaran escaños que asignar, se aplicará de forma supletoria el orden en el cual fueron inscritas las candidaturas por el partido o coalición postulante.

Esta regulación tampoco es válida, ya que contradice el contenido esencial del derecho a optar al cargo de diputado en igualdad de condiciones (arts. 3 inc. 1° y 126 Cn.). Aunque la regla prevea un supuesto subsidiario, lo cierto es que otorga una ventaja injustificada en beneficio de los primeros candidatos de la lista establecida por el partido político, en perjuicio de los ubicados en las posiciones intermedias o inferiores. En tal caso, los candidatos a diputados no participan en igualdad de condiciones y oportunidades en la contienda electoral. *Y en vista de que ello representa un trato diferenciado o discriminatorio para el acceso al cargo de diputado, el art. 217 letra f ii del Código Electoral, no producirá efecto jurídico constitucional alguno y no podrá aplicarse para la asignación de escaños legislativos.*

VII. Puesto que los textos del art. 205 inc. 2º letras b y c, y del art. 217 letra f ii del Código Electoral, relativos a las preferencias de los candidatos, según el orden en que estos están ubicados en las listas o planillas partidarias, no deben producir efecto jurídico constitucional alguno, en los casos en que el elector marque la bandera de un partido político, la bandera y toda la planilla de candidatos de un mismo partido o coalición o solo la planilla total de un mismo partido políticos, el Tribunal Supremo Electoral no deberá asignar a los diputados electos los escaños que obtenga el partido político o coalición, de conformidad con el orden en que los candidatos de las listas están ubicados o inscritos. De modo que, en tales supuestos, *no es la ubicación de los candidatos en la lista presentada por los partidos o coaliciones la que determinará el orden de prelación para ganar escaños, sino que serán las marcas individuales sobre los candidatos, las que determinarán la distribución de escaños.*

Por tanto, con base en lo anterior, esta Sala **RESUELVE:**

1. *Tiénese por no cumplida la sentencia* de 7-XI-2011, emitida en el presente proceso de Inc. 57-2011, debido a que la Asamblea Legislativa replicó en los arts. 205 inc. 2º letras b y c y 217 letra f ii del Código Electoral, preceptos cuyo contenido fue declarado inconstitucional.

2. *Declárase* que no producirá efecto jurídico constitucional alguno, el texto “...para determinar el orden en que se asignarán los escaños obtenidos por cada partido o coalición”, contenido en el art. 205 inc. 2º letras b y c del Código Electoral.

3. *Declárase* que tampoco producirá efecto jurídico constitucional alguno el art. 217 letra f ii del Código Electoral, por las razones expuestas en la presente resolución.

4. *Ordénase* al Tribunal Supremo Electoral que en el conteo de votos y en la asignación de los escaños legislativos, se cumpla la jurisprudencia constitucional aplicable para tal efecto.

5. *Notifíquese* a los intervinientes en el proceso, al TSE y a los partidos políticos.