

96-2015

Inconstitucionalidad

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador, a las trece horas con cincuenta minutos del veinte de marzo de dos mil diecisiete.

Este proceso fue promovido por los ciudadanos Eduardo Salvador Escobar Castillo, José Ramón Villalta, René Landaverde Hernández, Karla Lucía Sánchez, José Matilde Sigarán Navarrete y José Ernesto Guevara Fernández, para que se declare la inconstitucionalidad del *art. 185 inc. 1º, letra a del Código Electoral* –CE, Decreto Legislativo nº 413, de 3-VII-2013, publicado en el Diario Oficial nº 138, tomo 400, de 26-VII-2013–, por la supuesta contradicción con los arts. 3, 72 ords. 1º y 3º y 78 Cn.

El artículo impugnado dispone lo siguiente:

“Papeletas y Forma de Votación

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

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

En el proceso han intervenido los demandantes, la Asamblea Legislativa y el Fiscal General de la República.

Analizados los argumentos y considerando:

I. 1. En cuanto al *primer motivo de inconstitucionalidad*, los demandantes plantearon que los concejos municipales son órganos pluripersonales –tienen varios integrantes o miembros–; multipartidarios –sus integrantes pertenecen a más de un partido político–; y esto responde al principio de representación proporcional. Estas características asimilan las elecciones municipales a las elecciones de diputados. A partir de ello, afirman que: “como se verifica una distribución proporcional de los cargos del Concejo en el que no todos los candidatos propuestos en la planilla serán electos para integrar el Concejo, existe la misma razón que en la elección legislativa para optar por una forma de expresión del voto en la que todo ciudadano tenga posibilidad de escoger libremente una porción de candidatos que integrarán el Concejo.

Indudablemente, esa forma de elección está vinculada con una forma de candidatura que individualice la oferta electoral para que el cuerpo electoral pueda escoger”.

Según la demanda, la forma de candidatura y de expresión del voto que implica la lista cerrada y bloqueada en las elecciones municipales es una medida legislativa que limita en forma excesiva o desproporcionada el derecho al sufragio. Para fundamentar la desproporción alegada expusieron que: “el fin del voto único y el sistema de lista cerrada y bloqueada es generar previsibilidad en la configuración del órgano cuyos miembros se eligen, fomentar la disciplina partidaria, potenciar la ideología y la propuesta programática de cada partido”. Agregaron que “dadas las condiciones de funcionamiento de los partidos políticos en nuestro país” la medida cuestionada no es idónea “para fortalecer a las instituciones de la democracia representativa, pues no genera condiciones para una competencia intrapartidaria justa e igualitaria [...sino] una concentración de poder en la dirigencia o cúpula partidaria [...] las postulaciones como candidatos [...] no dependen de la idoneidad sino de la lealtad del candidato con la cúpula del partido”.

Luego mencionaron que aun con el sistema de lista cerrada y bloqueada se han producido eventos de transfuguismo, de modo que esa medida no garantiza “previsibilidad ni control en la integración de las instituciones”. También sostuvieron que los fines pretendidos se podrían lograr “con la lista cerrada pero desbloqueada y con otra serie de regulaciones que puedan generar estabilidad y previsibilidad para los partidos políticos, con la menor afectación al derecho, por ejemplo, prohibición del transfuguismo, mejores procesos de selección de candidatos. De esa forma, se incumple la regla de la necesidad”. Añadieron que el alcance de la plena capacidad de opción del votante “es desconocido por dicha disposición legal, siendo extremadamente nocivo para el derecho, no obstante existir otras salidas normativas más benignas como la lista cerrada y desbloqueada o la lista abierta [...] La lista cerrada y bloqueada con voto único es excesivamente nociva para el derecho al sufragio, pues sus supuestas ventajas no compensan la afectación al derecho”.

En cuanto al *segundo motivo de inconstitucionalidad*, los demandantes expresaron que la forma de la candidatura debe estar configurada “para generar igualdad de condiciones para el ejercicio del poder político” y que la lista cerrada y bloqueada, al “estar solo habilitada la marcación por bandera de los partidos políticos, violenta la igualdad en la etapa de formulación de la ley, porque para los candidatos a concejales de un mismo partido erige una diferenciación

arbitraria, representada por el orden de precedencia, que significa una desigualdad entre iguales, debido a que los primeros candidatos de la lista, si el partido consigue los votos necesarios, se les ubica en una posición que incrementa sus posibilidades de conseguir un puesto como concejal, en detrimento de los últimos de la lista, que en la práctica, por no estar en posición ganadora o privilegiada, no tienen opciones de ser electos en el cargo, no existiendo entre estos divergencias que deban considerarse relevantes para ocupar el primer o el último lugar en la lista [...] Aquí pueden ser aplicables los criterios de la ponderación antes expresados en esta demanda, cuyos resultados serían en similares términos”.

2. La Asamblea Legislativa negó que exista la inconstitucionalidad alegada. Al respecto, alegó que los componentes del sistema electoral de cada país dependen de los efectos y objetivos que se desean alcanzar como sociedad y que criterios como la representación, la estabilidad política, la participación de las minorías o el fortalecimiento del sistema de partidos pueden convivir o pueden resultar contradictorios. Por esto, agregó, establecer las prioridades entre criterios es más un proceso político que una cuestión técnica, en tanto requiere de un debate público abierto, un cuidadoso proceso de construcción de consensos y una evaluación integral de las opciones disponibles. También, transcribiendo partes de la demanda, la Asamblea señaló que los mismos demandantes reconocen que las decisiones de un sistema electoral dependen de una coyuntura y un contexto político determinado y que deben ser precedidas de un proceso de deliberación y conciencia clara de su impacto.

Según la autoridad demandada, las regulaciones alternativas propuestas por los demandantes ya existen, pues la jurisprudencia constitucional ya “estableció criterio en cuanto al transfuguismo” y mediante reforma legal se ha establecido la obligación de realizar elecciones internas en los partidos políticos para seleccionar candidatos a cargos de elección popular; reformas que “aún no han sido puestas a prueba en su efectividad”. Además, dijo que la elección de concejos municipales puede desarrollarse de diferentes formas constitucionalmente válidas y no solo de una; que la lista cerrada y bloqueada se utiliza en la mayoría de países de América Latina sin cuestionar la libertad del voto; que así se ha aplicado en el país, sin dificultad para que la población ejerza su derecho; y que la representación plural apenas está descubriéndose y estudiándose su efectividad e impacto, de modo que otro cambio incrementaría la complejidad del sistema electoral, “lo cual genera un efecto adverso en la democracia y en la seguridad jurídica”.

La Asamblea Legislativa destacó que los sistemas electorales son estructuras complejas y que sus elementos técnicos –distribución de circunscripciones, forma de candidatura, modalidad de voto y fórmula para transformar votos en escaños– ejercen efectos muy diferentes en el conjunto del sistema y en el resultado de una elección, por lo que la combinación de los distintos elementos particulares pueden reforzar, eliminar o neutralizar los efectos políticos del sistema. En este sentido, advirtió que la personalización del voto tiene relación con variables como la disciplina partidaria; la corrupción; la personalización y los costos de la campaña electoral; la fragmentación y competencia intrapartidaria; los efectos prácticos de las cuotas de mujeres en las candidaturas partidarias; el escrutinio y la administración electoral; y la participación electoral de los ciudadanos de baja escolaridad. Por ello, dijo que establecer que la lista cerrada y bloqueada viole la libertad del voto “y al mismo tiempo no considerar otras variables, sea bastante cuestionable”.

Finalmente, sobre la supuesta violación al sufragio pasivo, la autoridad demandada sostuvo que una reforma a la Ley de Partidos Políticos “no solo habilita la competencia intrapartidaria sino la exige, mediante la realización de elecciones internas, lo que se traduce en la igualdad de oportunidades para los potenciales candidatos quienes se someterán al escrutinio de los afiliados a los partidos políticos, lo que les permitirá optar a un cargo público en igualdad de condiciones en relación [con] sus demás compañeros de instituto político. De manera que [...] la combinación de estos elementos [...] desvirtúa que nuestro sistema actual vulnere el derecho de optar a cargos público en igualdad de condiciones”.

3. En su opinión, el Fiscal General de la República también rechazó la inconstitucionalidad pretendida por los demandantes. Primero, dijo que según la disposición impugnada “el votante se encuentra en plena libertad de poder escoger al ciudadano que desea que los represente en el gobierno local y en una posición determinada, para Alcalde, Síndico o regidor, de acuerdo a la lista u oferta electoral que le presentan cada uno de los partidos contendientes, pues son los partidos políticos quienes con la lista presenta[da] al Tribunal Supremo Electoral, escogen la posición de la persona que obtendrá el cargo [...] según los votos que la bandera del partido haya obtenido”. Luego, invocó la libertad de configuración legislativa y agregó que: “Si el constituyente dejó en libertad de configurar el sistema de elección de los concejos municipales de conformidad a los arts. 72 ord. 1º y 78 de la Cn., no existe limitación en el ejercicio al sufragio”.

Respecto al derecho a optar a cargos públicos en igualdad de condiciones, el Fiscal expresó que: “de acuerdo a la configuración de nuestros concejos municipales solamente existe la posibilidad de elegir un alcalde, y un síndico, es decir que estamos frente a un sistema cerrado y bloqueado, no ocurre lo mismo con los concejales o regidores los cuales son elegidos de acuerdo al número de votos que obtenga cada instituto político, lo cual resulta ser proporcional e ingresan a formar parte del concejo municipal los candidatos propuestos por los partidos políticos, que obtengan tantas veces el cociente electoral necesario para su incorporación, por lo cual no existe el motivo de inconstitucionalidad alegado”.

II. Para resolver la pretensión de inconstitucionalidad: (III) se retomará la jurisprudencia de esta sala sobre el sistema electoral, su relación con la representación política y con la libertad del voto, así como sobre la proporcionalidad de las limitaciones legales en los derechos fundamentales; y enseguida (IV) se analizarán los argumentos de los demandantes y definir la solución que corresponde a su planteamiento.

III. 1. En diversas sentencias –por ejemplo, de 17-V-2002, Inc. 6-2000; y de 25-XI-2008, Inc. 9-2006–, esta sala ha expresado que el sistema electoral es un conjunto de reglas para traducir votos a escaños de representantes; o que es una estructura institucional compleja que incide en la traducción de las preferencias electorales en cuotas de poder político. Mediante el sistema electoral se regula el modo en que el elector manifiesta, por medio del voto, el partido o candidato de su preferencia, y la forma en que esos votos se convierten en escaños o cargos electivos. En otras palabras, dicho sistema orienta el proceso de formación de la voluntad política y la transferencia de poder, determinando en gran medida las actitudes, comportamientos y resultados electorales.

De acuerdo con esa jurisprudencia, el sistema electoral tiene cuatro componentes básicos: (i) las circunscripciones electorales, que es la extensión geográfica y demográfica que constituye la base para la distribución de escaños o cargos electivos; (ii) la forma de la candidatura, que se refiere a cómo deben ser presentadas las personas que compiten por el voto de los electores (unipersonal o de lista; lista cerrada o abierta; lista cerrada bloqueada o desbloqueada); (iii) la estructura del voto, es decir, la forma de emisión del voto (único, múltiple, preferencial, combinado, etc.); y (iv) la fórmula electoral, esto es, el procedimiento matemático para la conversión de votos en escaños o cargos.

2. Como antes se dijo, el sistema electoral es un instrumento para generar la

representación política. Esta sala ha dicho que: “La noción de gobierno representativo incorpora siempre la idea abstracta [de] que el pueblo de una nación está presente de algún modo en las acciones de su gobierno [...] La representación política [...] se plantea como una forma de gobierno que hace posible la incidencia de los ciudadanos en la vida del Estado, a través de otros democráticamente electos que ejercerán las funciones estatales” –sentencia de 25-IV-2006, Inc. 11-2004–. Dicha “incidencia de los ciudadanos” se manifiesta en la posibilidad efectiva de ejercer un control periódico sobre los gobernantes, obligándolos a responder, mediante los comicios, por las decisiones que hayan adoptado en el ejercicio de sus funciones. Se trata, dicho de otro modo, de un vínculo institucionalizado entre control ciudadano y responsabilidad de los gobernantes, expresado mediante la libre y periódica designación electoral de los funcionarios a quienes se transmite el poder de manifestar la voluntad de la comunidad, dentro de los límites fijados por la Constitución.

La representación política permite que las decisiones de los gobernantes se atribuyan a la colectividad unificada y que esta se obligue a obedecerlas, siempre dentro del marco constitucional, de modo que así se racionaliza o se explica la manera de ejercer el poder dentro del Estado. La clave de la representación política es la capacidad de respuesta de los gobernantes, esto es, la posibilidad efectiva de obligarlos a responder por sus acciones ante el electorado. En esto se distingue la representación política de la idea de representación social o representatividad, es decir, semejanza o similitud entre representantes y representados, en cuanto a que los primeros personifican o reúnen características esenciales o existenciales de los segundos, como si fueran “espejo” o reflejo de la nación o comunidad representada. Ahora bien, la distinción entre representación política y representación social no descarta la relevancia política de esta última, en cuanto elemento psicológico o simbólico de la legitimidad democrática de los gobernantes.

Precisamente, la clasificación de los sistemas electorales toma en cuenta, en alguna medida, ambas ideas –representación y representatividad–, distinguiendo entre sistemas electorales mayoritarios y sistemas electorales proporcionales –definidos, entre otras, en la sentencia de 6-IX-2013, Inc. 16-2012–. En los primeros se busca lograr una sólida base de apoyo para el gobierno, mediante la formación de una mayoría con capacidad de adoptar decisiones estables y eficaces, sin bloqueos o fragmentaciones que impidan la gobernabilidad. En los segundos se trata de reflejar, en la mayor medida posible, las diversas fuerzas sociales y grupos políticos que integran la población, de modo que las elecciones sirvan como medio de expresión

de las ideas, necesidades e intereses de dichos sectores. A cada uno de estos sistemas corresponde una determinada fórmula electoral o fórmula de decisión, es decir, el criterio que se utiliza para convertir los votos en escaños. En la fórmula mayoritaria, es elegido el candidato o partido que obtenga la mayoría absoluta o relativa de los votos emitidos en la circunscripción electoral; en la fórmula proporcional, los cargos se distribuyen en función de la cantidad de votos obtenidos por las distintas opciones políticas.

Aunque un sistema electoral de representación proporcional parezca favorecer una mayor identificación entre representantes y electores, es evidente que ningún sistema puede asegurar la representatividad de cada uno de los votantes, individualmente considerados. Precisamente por ello se elige entre candidatos que corresponden a diversas opciones políticas, como agrupaciones de intereses o de ideas de sectores del electorado. Además, como ya se indicó, más representatividad no significa necesariamente mejor representación política, entendida como vínculo de responsabilidad –por ejemplo, si la pluralidad de intereses impide la acción política–, ni dicha representación depende en exclusiva de la mayor o menor distancia o contacto entre electores y representantes –la cultura política de los votantes, los instrumentos de fiscalización ciudadana, el acceso a la información pública, la libertad de expresión e información, entre otros factores, también importan–. Asimismo hay que considerar que, aun si reflejara fielmente al electorado, las decisiones de un órgano de gobierno no siempre equivaldrían a una satisfacción proporcional de la totalidad de intereses representados, pues sobre intereses específicos debe procurarse el interés común o general.

3. Por otra parte, en las sentencias de 17-V-2002 y de 25-XI-2008, Inc. 6-2000 e Inc. 9-2006, ya citadas, también se advirtió que los sistemas electorales son tipos ideales, que en la práctica requieren de una articulación concreta, en la que se interrelacionan y combinan sus distintos componentes, para lograr determinados fines democráticos. A ello debe agregarse que la misma idea de “sistema” indica un conjunto de elementos agrupados en una relación dinámica, donde la actividad de alguna parte del entramado institucional necesariamente afectará la actividad de alguna otra. Es decir que no hay componentes aislados, sino que por el contrario, todos deben seleccionarse o diseñarse de acuerdo con una general orientación y para que satisfagan un objetivo común. Al menos esta debe ser la aspiración, pues ciertos aspectos de los sistemas electorales muestran una inevitable tendencia a generar efectos contradictorios, sin que sea posible asegurar plena o automáticamente un resultado determinado con solo cambiar algún

elemento del conjunto.

Esto último explica la importancia del contexto real en el que funcionan los sistemas electorales y sus distintos componentes. La situación de cada país, integrada por factores como las características de la sociedad, el funcionamiento de sus instituciones de control sobre el poder, el grado de desarrollo de los partidos políticos y las prácticas de comportamiento político de sus ciudadanos, entre otros, puede ser determinante a la hora de definir los resultados de un cambio en el sistema electoral. Esa situación de cada país es a su vez variable o modificable, según los distintos momentos históricos. De ello resulta que no hay sistemas electorales óptimos o mejores que otros, sino que cada uno debe ser evaluado en relación con las circunstancias específicas del Estado respectivo, evitando una visión exclusivamente teórica o abstracta que asuma, en forma parcial o reduccionista, que los ajustes en una sola dimensión del sistema pueden lograr ciertos beneficios sin provocar simultáneamente costos en otros de sus componentes.

Cuando se ignora el contexto, los cambios aplicados pueden llegar a producir efectos no queridos, consecuencias no intencionadas o resultados no buscados, es decir, estados de cosas que no formaron parte de los objetivos perseguidos al aplicar la reforma y que desde alguna perspectiva de valoración pueden considerarse perjudiciales o negativos. Por ejemplo, los cambios dirigidos a ensanchar la participación efectiva de distintos sectores en los cargos representativos pueden generar riesgos de inestabilidad o dificultad en los procesos de toma de decisiones. Por eso, ante la tendencia de ciertos elementos del sistema electoral a generar resultados contradictorios, es que se insiste en la importancia de un diagnóstico global del sistema, que permita justificar prioridades o escalas de relevancia y urgencia de las modificaciones deseadas, según los objetivos que se definan como principales o más importantes, y sin trasplantes irreflexivos de modelos foráneos. La meta debería ser la mayor realización posible de los objetivos seleccionados, lo que necesariamente implica elegir o ponderar entre valores en conflicto, en principio, mediante negociaciones y acuerdos políticos, sin perjuicio de las obligaciones derivadas del diseño constitucional del sistema electoral.

La configuración del sistema electoral va más allá de ser una cuestión técnica; es una cuestión de poder. Lo que está en juego es precisamente una forma de distribución del poder político dentro del Estado, vía delegación o representación de la voluntad común. La relación dinámica o interactiva de los elementos del sistema exige que una propuesta de cambio aporte información suficiente sobre el contexto sociopolítico y los efectos previsibles de la modificación

requerida, de manera que pueda descartarse la posibilidad de consecuencias negativas en otros componentes o funciones del sistema, que superen los beneficios esperados. Ninguna modificación debería verse en forma aislada o como dimensión única del sistema, sino en su inevitable relación compleja con una variedad de factores recíprocamente interdependientes, que pueden generar resistencias o limitaciones a los cambios que se pretenden.

4. La forma de la candidatura y la forma de emisión del voto son elementos interactivos del sistema electoral. Así lo confirma la influencia que la interpretación constitucional del carácter libre del voto ha tenido en la manera de presentación de los candidatos a diputados. En relación con estos cargos públicos, la jurisprudencia de esta sala ha pasado de la idea de voto libre a la exigencia de un voto preferencial con listas cerradas pero desbloqueadas –sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009, considerando VI–; y luego, a la obligación legislativa de regular un voto combinado con listas abiertas de candidatos –sentencia de 5-XI-2014, Inc. 48-2014, considerando IV.1–. El voto libre, definido antes como ausencia de presión, coacción u otro tipo de influencia externa sobre el elector –sentencia de 8-IV-2003, Inc. 28-2002–, ha sido ahora identificado con la plena capacidad de opción, es decir, como poder para optar: (i) entre bandera partidaria y candidatos de un partido; (ii) por bandera y también por candidatos preferidos de un partido; (iii) solo entre candidatos de un partido; (iv) solo entre candidatos no partidarios; (v) entre candidatos de distintos partidos; y (vi) entre candidatos partidarios y no partidarios.

La correlación entre esta interpretación de la libertad de voto y las formas de las candidaturas se manifiesta en las implicaciones que tienen los tipos de listas de aspirantes al cargo. En la lista cerrada y bloqueada el partido político decide el orden de los candidatos y estos van obteniendo un escaño a medida que el partido suma votos, según ese mismo orden, de modo que el elector no puede votar por los candidatos individualmente considerados, sino que debe hacerlo “en bloque” por un partido político, con un voto absoluto o de aceptación. En la lista cerrada y desbloqueada los electores pueden modificar total o parcialmente el orden de candidatos propuestos por un partido, al expresar preferencias por alguno de ellos, es decir, mediante un voto ordinal o preferente. En la lista abierta el elector puede escoger candidatos de diferentes partidos políticos o de opciones no partidarias y determinar el orden de preferencia entre ellos, en una forma de voto combinado. Es decir, que los tipos de listas de candidatos implican distintos márgenes de elección –mayores o menores– entre posibilidades o alternativas para el votante.

En la sentencia de 29-VII-2010, Inc. 61-2009, antes referida, se dijo que la opción por uno u otro tipo de candidatura afecta la relación entre elector y candidato, por una parte y, por otra, la relación entre el candidato y el partido político que lo propone. Así, se afirmó que en los sistemas de lista cerrada y bloqueada los candidatos se vuelven más dependientes de sus partidos, pero se alejan de los electores, mientras que en los sistemas de lista cerrada y desbloqueada los candidatos dependen menos de sus partidos, ya que cuentan con el respaldo directo de los electores, con quienes la relación se hace más cercana. Al evaluar los beneficios del voto preferente se dijo que contribuye a la realización del principio democrático –arts. 83 y 85 Cn.–, al disminuir la intermediación partidaria en la relación entre voluntad popular y cargos públicos; y favorece el mandato representativo –art. 125 Cn.–, al propiciar un apoyo personal y directo de los electores hacia los funcionarios, quienes podrán actuar menos vinculados por el partido político que los postuló. Esto supondría una mejora de la calidad de la participación política de los ciudadanos al favorecer una relación de conocimiento y confianza entre ellos y sus representantes.

Sin embargo, es necesario resaltar que desde la misma sentencia de Inc. 61-2009, al interpretar el alcance del carácter libre del voto se aclaró que también hay otros componentes del proceso político y electoral que inciden en esa condición de libertad, tales como el respeto a los derechos fundamentales del ciudadano –asociación, expresión, acceso a la información pública, reunión, etc.–, el libre acceso y competencia entre candidatos y el libre desarrollo de la campaña electoral. Esto significa que el voto libre no se reduce a la cantidad de opciones para marcar en una papeleta de votación, aunque es un aspecto muy importante, sino que es una exigencia constitucional más compleja, con varias dimensiones que pueden presentar diversos grados de aplicación o desarrollo, sin que algunas restricciones debidamente justificadas descarten por completo la libertad del voto. Como corresponde a cualquier derecho fundamental, dicha libertad no es absoluta, puede ser limitada y sus dimensiones pueden expandirse o comprimirse cuando exista justificación para ello. El voto puede seguir siendo libre si otras dimensiones del derecho son optimizadas, aunque alguna de ellas sea restringida por su conexión con (y sus efectos en) otros elementos del sistema electoral –por ejemplo, en la sentencia de 6-IX-2013, Inc. 16-2012, se determinó que el voto libre tiene distinto alcance, dependiendo de si se trata de un sistema electoral mayoritario o de uno proporcional–.

5. Tal como se aplicó en la sentencia de Inc. 61-2009, ya citada, un instrumento para

analizar si una limitación en la libertad de voto es aceptable o justificada es el principio de proporcionalidad. En sentencias previas tales como las de 25-IV-2006, Inc. 11-2004 y de 21-IX-2012, Inc. 60-2005, esta sala expuso que dicho principio implica examinar tres aspectos de la medida limitadora del derecho: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En el primero se evalúa si la limitación es adecuada o útil para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo, rechazando las que carezcan de alguna aptitud para favorecer el logro de dicho fin. En el segundo se analiza si, de un modo evidente, existen medidas alternativas también idóneas pero menos graves en sus efectos sobre el derecho limitado o restringido. Y en el tercero se trata de verificar si los beneficios derivados de la limitación del derecho superan o compensan sus costos o perjuicios en la esfera jurídica de los afectados.

Esta sala también reconoció que la verificación del cumplimiento de estos tres elementos del principio de proporcionalidad implica tomar en cuenta “un ámbito de apreciación fáctica” o una evaluación de “la efectividad [...] a nivel empírico” de la medida, así como juicios de valor sobre la mayor o menor importancia de los principios o derechos en juego y sobre la intensidad mayor o menor en que estos resultan afectados o promovidos con dicha medida. Esto es importante porque mientras la fundamentación argumentativa de una valoración del legislador puede ser sometida a crítica dentro de un proceso de control abstracto, las consideraciones fácticas relativas a efectos o consecuencias de ciertas opciones regulatorias carecen, en general, de confrontación probatoria en este tipo de proceso, de modo que ese tipo de premisas empíricas no pueden ser simplemente sustituidas por suposiciones, predicciones o explicaciones causales propias de los demandantes ni de este tribunal.

La relevancia que la información sobre aspectos de hecho puede tener en el análisis de proporcionalidad depende, lógicamente, de que dichas consideraciones fácticas sean sometidas al debate procesal, por la parte que intenta justificar la constitucionalidad de la medida impugnada. En este sentido, el resultado del control constitucional depende en cierta medida de los términos en que se haya planteado y debatido la pretensión de inconstitucionalidad respectiva. Además, esa incidencia de las premisas fácticas de la medida legislativa no depende de que los efectos o consecuencias previstos por el legislador sean ciertos, seguros o indiscutibles, porque aunque solo sean probables, precisamente en los casos en que existe algún margen de incertidumbre es que la legitimidad democrática del legislador le permite actuar a partir de sus propios conocimientos y estimaciones de la realidad, sin que esta sala pueda realizar un juicio de

perfectibilidad o imponer su punto de vista sobre lo que considere como la mejor manera de regular el objeto de control –sentencia de 28-IX-2015, Inc. 128-2012–, sino solo descartar opciones que incumplan de un modo patente las exigencias del principio en mención.

IV. Corresponde ahora analizar la pretensión de inconstitucionalidad de los demandantes. En esencia, ellos afirmaron que la lista cerrada y bloqueada de candidatos a miembros de concejos municipales, tal como se expresa en el voto por bandera partidaria regulado en el art. 185 inc. 1º, letra a CE, viola el derecho al sufragio, por ser una limitación desproporcionada en sus manifestaciones de voto libre –arts. 72 ord. 1º y 78 Cn.– y de igualdad de oportunidades para optar a cargos públicos –arts. 3 y 72 ord. 3º Cn.–. Para argumentar su tesis propusieron un análisis con base en los elementos del principio de proporcionalidad. La Asamblea Legislativa respondió que no existe dicha inconstitucionalidad, porque la forma de la candidatura en las elecciones referidas tiene otras consecuencias en distintos aspectos del sistema electoral. El Fiscal también descartó las violaciones constitucionales señaladas por los demandantes, básicamente porque entiende que la disposición impugnada forma parte de la libertad de configuración legislativa.

1. En cuanto al *primer motivo de inconstitucionalidad*, esta sala observa que, en efecto, la argumentación de los demandantes sobre el carácter desproporcionado de la forma de candidatura cuestionada está centrada en un solo aspecto del sistema electoral, que es el de la doble relación entre los candidatos con los partidos políticos, por una parte, y con los electores, por otra. Por ello, en su planteamiento enfatizan la influencia de la lista cerrada y bloqueada en el tipo de vinculación entre los ciudadanos y sus representantes, lo que afectaría en algún sentido la calidad de la participación democrática y la representación política. Este enfoque explica que como fin constitucionalmente legítimo de la medida restrictiva solo exponen estados de cosas que en apariencia conciernen únicamente a los partidos políticos: previsibilidad partidaria en la configuración del órgano que se elige, disciplina partidaria, promoción de la ideología y programa del partido. Con esta premisa evalúan y luego descartan la proporcionalidad de la limitación que el voto por bandera implica en el derecho al sufragio.

A. Este planteamiento es parcial o incompleto y por eso debe ser rechazado. Si al evaluar la proporcionalidad de una medida se omite alguno de *los fines constitucionalmente relevantes*, el resultado del examen aplicado puede ser inaceptable, pues el punto de referencia para establecer si la limitación al derecho en cuestión es idónea, menos grave y más beneficiosa que perjudicial

estaría incompleto y este mismo defecto se presentaría en la perspectiva de análisis aplicada a cada aspecto de la proporcionalidad. En el presente caso, desde el nivel de idoneidad del examen sugerido sería necesario advertir que por la naturaleza dinámica e interdependiente de los elementos del sistema electoral, en el caso de las elecciones municipales, la forma de la candidatura mediante lista cerrada y bloqueada y la consiguiente modalidad de voto absoluto o de aceptación pueden vincularse también con otros fines constitucionales igualmente aceptables y no solo con cierta idea de fortalecimiento de los partidos políticos –art. 85 inc. 2º Cn.–.

En este sentido, habría que reconocer que el art. 185 inc. 1º, letra a CE, tratándose como se trata de una medida aplicable en al menos 262 circunscripciones electorales –a diferencia del impacto que en este plano tiene la forma de la candidatura en elecciones legislativas–, no solo favorece, en principio, un mayor control partidario de los candidatos, sino que, desde la perspectiva de los votantes, simplifica la participación electoral de amplios sectores sociales, no solo por la forma de emisión de su voto, sino por su menor exposición a una multiplicación, por fragmentación intrapartidaria, de campañas electorales y sus correspondientes ofertas de gobierno municipal. De igual modo, conviene recordar que los aspectos administrativos de las elecciones, tales como el diseño de papeletas de votación o la facilidad del proceso de escrutinio, también forman parte de las garantías institucionales del derecho fundamental al sufragio –arts. 72 y 78 Cn.–, en cuanto inciden en que la voluntad de los electores se manifieste de manera confiable y efectiva en los resultados de los comicios. Aunque el diseño de los elementos del sistema electoral no debe subestimar la capacidad de aprendizaje y adaptación de los electores ni dejar de aspirar a transformaciones cuyo beneficio puede concretizarse a mediano o largo plazo, tampoco es aceptable que la promoción de cambios se funde en un análisis incompleto de los fines constitucionalmente legítimos del elemento a modificar.

B. Además de la importancia de esta primera observación sobre el punto de partida de los demandantes, incluso al enfocarse solo en la finalidad de fortalecimiento de los partidos políticos su *análisis de idoneidad* de la medida resulta inexacto. Como ya se dijo, ellos negaron que la medida sea idónea porque no genera condiciones “para una competencia intrapartidaria justa e igualitaria [sino] una concentración de poder en la dirigencia o cúpula partidaria”; y porque “aun con el sistema de lista cerrada y bloqueada se han producido eventos de transfuguismo”. Este argumento se desvía de la cuestión relevante. Lo que interesa es determinar si la lista cerrada y bloqueada en las elecciones municipales *contribuye* a fortalecer a los partidos políticos; no si esa

medida basta por sí sola para lograr dicho fin. Generalmente, no hay un único medio para promover un fin, sobre todo cuando este presenta diversos aspectos. Esta sala considera que el poder de los partidos se incrementa sin duda mediante la lista cerrada y bloqueada, pues su nivel de influencia sobre quiénes pueden ser elegidos como representantes políticos es mayor.

La cuestión de si el fortalecimiento de los partidos se agota en ese incremento de poder es distinta. Es cierto que partidos más fuertes son los que tienen un funcionamiento democrático y los que no se fragmentan por el transfuguismo. Pero estas son otras dimensiones del fortalecimiento partidario y la lista cerrada y bloqueada no tiene por qué funcionar como medio idóneo también respecto de ellas. Es suficiente con que en algún sentido relevante o en una de sus manifestaciones posibles, como es el caso, dicha medida sí favorezca el fortalecimiento partidario. Además, la premisa de la que parten los demandantes, en cuanto a “las condiciones de funcionamiento de los partidos políticos en nuestro país” es también imprecisa. A diferencia de lo que ellos afirman, desde antes de la fecha de interposición de la demanda, 29-IX-2015, la Ley de Partidos Políticos –Decreto Legislativo n° 307, de 14-II-2013, publicado en el Diario Oficial n° 40, tomo 398, de 27-II-2013– y la posterior sentencia de 22-VIII-2014, Inc. 43-2013, descartaron la determinación de candidatos a cargos públicos exclusivamente por designación de las dirigencias partidarias. Por todo lo anterior hay que concluir que la medida es idónea respecto del fin señalado por los demandantes.

C. Al pasar al *examen de necesidad* de la medida impugnada, los demandantes dijeron que, en lugar de la lista cerrada y bloqueada, la prohibición de transfuguismo y mejores procesos de selección de candidatos pueden lograr previsibilidad y control partidario en las instituciones, afectando en menor medida la libertad o capacidad de opción de los electores. Este intento de proponer medidas alternativas menos graves tiene el problema de que no basta con que sea posible identificar dichas alternativas, sino que es indispensable que estas sean al menos igualmente idóneas que la medida que se pretende sustituir. Dicho de otro modo, los demandantes deberían haber dado razones para aceptar que sus propuestas contribuirían al fortalecimiento de los partidos tanto como lo hace la lista cerrada y bloqueada. Esas razones no están en la demanda y esta sala no puede suplirlas, como tampoco parece posible estimar evidente o patente el cumplimiento de dicho requisito. Además, las alternativas sugeridas se limitan solo a la finalidad de la medida identificada por ellos, dejando sin consideración el resto de fines constitucionalmente legítimos del art. 185 inc. 1°, letra a CE, que antes se ejemplificaron. En

estas condiciones, se debe asumir que la medida es necesaria y continuar el examen de proporcionalidad.

D. Al ponderar o examinar la *proporcionalidad en sentido estricto*, lo primero que debe decirse es que los demandantes se limitaron a afirmar, sobre la medida impugnada, que “sus supuestas ventajas no compensan la afectación al derecho”, pero no expusieron ninguna argumentación para sostener esa idea. La ponderación exige identificar el grado de afectación del derecho y el grado de satisfacción del fin perseguido, para luego comparar si la importancia del grado de consecución del fin es suficiente para justificar la intensidad con que se limita el derecho fundamental. En este punto es que cobra especial importancia la insuficiencia del planteamiento de los demandantes respecto a los fines que persigue la lista cerrada y bloqueada en las elecciones municipales. Ello es así porque en el juicio de valor sobre la importancia de satisfacción de los fines y sobre la intensidad de la restricción del derecho hay que considerar la vinculación de estos dos elementos con uno o más contenidos constitucionales, confiriendo mayor peso o relevancia al que favorezca la realización en mayor medida de dichos contenidos.

Sobre el grado de afectación del derecho hay que reconocer que, tal como se estableció en la referida sentencia de Inc. 61-2009, la lista cerrada y bloqueada limita en forma significativa la libertad o capacidad de opción de los votantes, aunque, como ya se dijo, la estructura o modalidad del voto no agota el contenido del derecho al sufragio en su manifestación de voto libre, pues hay otras condiciones del proceso democrático y electoral que también integran esta faceta del derecho. Asimismo es cierto que al conservar la intermediación partidaria en la definición del orden de obtención de cargos por los candidatos se distancia en cierto sentido a los electores y sus representantes, afectando junto al voto libre, los principios democrático y representativo del gobierno. Sin embargo, también aquí es necesario aclarar que el vínculo entre elector y representante no se reduce a la forma de las candidaturas, sino que incluso puede depender en mayor medida de una variedad de factores, como el comportamiento electoral de los votantes en la práctica, el tipo de campaña que desarrollen los partidos, el funcionamiento efectivo de las instituciones de control sobre el gobierno, la regulación adecuada de mecanismos de rendición de cuentas y acceso a la información pública o el nivel de inclusión educativa que se garantice al electorado. En otras palabras, el grado de afectación del carácter libre del voto está modulado por el juego de otras variables que interactúan dentro del sistema electoral.

Del otro lado de la ponderación, respecto al grado de satisfacción de los fines

perseguidos, hay que tomar en cuenta las consideraciones sistémicas y consecuencialistas que ha planteado la Asamblea Legislativa. Como antes se dijo, el resultado del control constitucional depende en cierta medida de los términos en que se haya planteado y debatido la pretensión de inconstitucionalidad respectiva y en el presente caso, además de los vacíos señalados en la pretensión, la autoridad demandada no se ha limitado a invocar la función de los partidos políticos según el art. 85 Cn. –a diferencia del informe legislativo presentado en el proceso de Inc. 61-2009–, sino que ha indicado la relación entre el art. 185 inc. 1º, letra a CE y otros contenidos constitucionales relevantes. Como se aclaró ya, incluso si las consecuencias previstas por la Asamblea Legislativa carecen de plena certeza en su realización, su legitimidad democrática le permite actuar sobre probabilidades, siempre que sus opciones no sean arbitrarias o irrazonables.

Según esto, la intensidad con que se afecta la libertad de voto en las elecciones municipales debe contrapesarse con implicaciones constitucionalmente legítimas de la lista cerrada y bloqueada, tales como: (i) la disminución de espacios para el clientelismo y el caudillismo, en correspondencia con el mismo carácter libre, sin presiones indebidas, del voto – art. 78 Cn.–; (ii) el acceso a la postulación de candidatos sin mayor dependencia de las posibilidades individuales de financiamiento –arts. 3 y 72 ord. 3º Cn.–; (iii) la mayor efectividad de cuotas partidarias de género, según el principio de igualdad –art. 3 Cn.–; (iv) la simplificación de la participación electoral de amplios sectores sociales, de la administración electoral y del escrutinio, conforme al principio democrático y al valor efectivo del voto –arts. 78 y 85 inc. 1º Cn.–; y (v) el favorecimiento de la cohesión partidaria, la funcionalidad de su intermediación representativa –art. 85 inc. 2º Cn.– y la consiguiente mayor probabilidad de eficacia en el proceso de toma de decisiones. Ante la ausencia de argumentación de los demandantes en el plano de la ponderación y dada la justificación expuesta por la Asamblea Legislativa, al comparar la intensidad de la afectación de la libertad del voto con la importancia de los fines constitucionales favorecidos por la medida impugnada, esta sala no puede considerar desproporcionada la forma de candidatura establecida en el art. 185 inc. 1º, letra a CE., y por ello *habrá que desestimar este motivo de la pretensión.*

E. La conclusión anterior no significa en modo alguno un cambio de criterio sobre el alcance de la libertad del voto y la constitucionalidad de las listas abiertas en las elecciones legislativas –sentencias de 29-VII-2010 y de 5-XI-2014, Inc. 61-2009 e Inc. 48-2014–, sino solo

un examen ajustado a los términos de la pretensión de inconstitucionalidad, tal como fue planteada por los demandantes y respondida por la Asamblea Legislativa. Esta decisión tampoco excluye la posibilidad de que, mediante una evaluación integral de los factores relevantes del sistema electoral y de la mejor forma de articular sus posibles consecuencias, un debate legislativo con amplia participación ciudadana encuentre la regulación adecuada para implementar el voto ordinal o preferente, también en las elecciones de miembros de concejos municipales. Asimismo, la validez de la disposición impugnada, dentro de los límites de la pretensión discutida en el presente proceso, de ninguna manera excluye o implica excluir la posibilidad de candidaturas no partidarias en las elecciones antes mencionadas, lo que corresponde a un análisis legislativo y de control constitucional distinto al efectuado en esta sentencia.

2. En cuanto al *segundo motivo de inconstitucionalidad*, la supuesta desigualdad de oportunidades para el ejercicio del poder político, a causa de la definición partidaria del orden de precedencia de los candidatos, se basa en la premisa de que “no existen divergencias que deban considerarse relevantes para ocupar el primer o el último lugar de la lista”. Tal como ocurrió en los aspectos de la pretensión señalados en el apartado anterior, en este punto los demandantes se limitan a una simple afirmación de la falta de justificación objetiva del orden de los candidatos, sin exponer ningún argumento que sostenga esa idea. Además de dicho vacío en la pretensión, el alegato de la autoridad demandada respecto a que las elecciones internas confieren iguales oportunidades a los aspirantes a candidatos partidarios –lo que debería reflejarse en la relación entre los votos obtenidos en dichas elecciones internas y el orden efectivo de precedencia de los candidatos en la planilla partidaria– indica que pueden existir justificaciones objetivas o razonables para distinguir entre candidatos partidarios mediante el orden de la lista respectiva, por lo que carece de sentido continuar en el análisis de este planteamiento. Los demandantes también afirman que en este caso “serían aplicables los criterios de la ponderación antes expresados”, pero en realidad no exponen ningún examen de proporcionalidad sobre el derecho al sufragio pasivo igualitario y, en consecuencia, *también deberá desestimarse este motivo de inconstitucionalidad*.

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* que en el art. 185 inc. 1º, letra a del Código Electoral –Decreto Legislativo nº 413, de 3-VII-2013, publicado en el Diario Oficial nº 138, Tomo 400, de 26-VII-2013–, no existe la inconstitucionalidad alegada, respecto a la supuesta violación del derecho al sufragio activo y pasivo, en sus manifestaciones del voto libre y la igualdad de oportunidades para optar a cargos públicos, arts. 3, 72 ords. 1º y 3º y 78 Cn., porque la lista cerrada y bloqueada en las elecciones de miembros de concejos municipales no restringe tal derecho en forma desproporcionada, según los términos de la pretensión planteada y debatida en este proceso.

2. *Notifíquese* la presente decisión a todos los sujetos procesales.

3. *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.

F. MELENDEZ.-----J. B. JAIME.-----R. E. GONZALEZ.-----
C. S. AVILES.-----PRONUNCIADO POR LOS SEÑORES MAGISTRADOS QUE LO
SUSCRIBEN-----E. SOCORRO C.-----SRIA.-----RUBRICADAS.