

Justicia Electoral

Revista del Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación

Sección Doctrinal

**La protección
de los derechos electorales
en el derecho electoral español**

*José Alejandro Luna Ramos
Felipe de la Mata Pizaña*

**Dueling Banjos entre
la Suprema Corte
y el Tribunal Electoral**

María Macarita Elizondo Gasperín

Sección Entrevista

**Conversando con
Alan Knight**

Enrique Ochoa Reza



TRIBUNAL ELECTORAL
del Poder Judicial de la Federación

JE

*Justicia
Electoral*

Revista del Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación

Cuarta Época, vol. 1, núm. 6, 2010

342.702 Justicia electoral / Tribunal Electoral del Poder Judicial
J888e de la Federación .— Cuarta época, vol. 1, No. 6, 2010
2010 - . — México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la
Federación, 2010 - .
v.

ISSN en trámite

1. Derecho Electoral. 2. Legislación electoral.
3. Publicaciones periódicas. I. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México). II. Título.

Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Cuarta Época, vol. 1, núm. 6, año 2010.

Edición y distribución: Coordinación de Comunicación Social
del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Teléfonos: 54 84 54 10 ext. 5616 y 5620

Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, revista periódica, diciembre 2010. Editor responsable: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Número de Certificado de Reserva otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor: 04-2010-052713451900-102. Número de Certificado de Licitud de Título y Contenido: 15006. Domicilio de la publicación: Av. Carlota Armero 5000, Col. CTM Culhuacán, Del. Coyoacán, CP. 04480, México DF. Imprenta: Litográfica Dorantes S.A. de C.V., Oriente 241-A núm. 29, Col. Agrícola Oriental, Del. Iztacalco, CP. 08500, México, DF. Distribuidor: Coordinación de Comunicación Social del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Av. Carlota Armero 5000, Col. CTM Culhuacán, Del. Coyoacán, CP. 04480. México DF.

Las opiniones expresadas en los artículos publicados en esta revista
son responsabilidad exclusiva de los autores.

Impreso en México.

Directorio Sala Superior

Magda. María del Carmen Alanís Figueroa
Presidenta

Magdo. Constancio Carrasco Daza
Magdo. Flavio Galván Rivera
Magdo. Manuel González Oropeza
Magdo. José Alejandro Luna Ramos
Magdo. Salvador Olimpo Nava Gomar
Magdo. Pedro Esteban Penagos López

Lic. Marco Antonio Zavala Arredondo
Secretario General de Acuerdos de la Sala Superior

Mtro. Diego Gutiérrez Morales
Secretario Administrativo

Mtro. Patricio Ballados Villagómez
Coordinador General de Asesores de la Presidencia

Lic. Gabriel Mendoza Elvira
Coordinador de Jurisprudencia y Estadística Judicial

Lic. Héctor Dávalos Martínez
Coordinador de Relaciones con Organismos Electorales

Lic. Jorge Tlatelpa Meléndez
***Coordinador de Información,
Documentación y Transparencia***

Lic. Octavio Mayén Mena
Coordinador de Comunicación Social

Lic. Yairsinio David García Ortiz
Coordinador de Asuntos Jurídicos

Lic. Cecilia Tapia Mayans
Coordinadora de Institucionalización de la Perspectiva de Género

Octavio Alejo Nava
Coordinador Técnico Administrativo

Dr. Enrique Ochoa Reza
Director del Centro de Capacitación Judicial Electoral

Mtro. Jaime Antonio Gómez Mandujano
Coordinador de Recursos Humanos y Enlace Administrativo

C.P. Álvaro Raúl Lozada Cortés
Coordinador Financiero

Lic. Alfonso Fernández Cruces
Coordinador de Adquisiciones, Servicios y Obra Pública

Lic. Rodrigo Esparza Cristerna
Coordinador de Protección Institucional

Lic. Gustavo Everardo Varela Ruíz
Contralor Interno

Comité Académico y Editorial

Magda. María del Carmen Alanís Figueroa
Magdo. Flavio Galván Rivera
Magdo. Manuel González Oropeza
Magdo. Salvador Olimpo Nava Gomar
Dra. Karina Mariela Ansolabehere Sesti
Dr. Álvaro Arreola Ayala
Dr. Lorenzo Córdova Vianello
Dr. Rafael Estrada Michel
Dr. Ruperto Patiño Manffer

Secretarios Técnicos

Dr. Enrique Ochoa Reza
Lic. Octavio Mayén Mena

Contenido

Presentación	11

Sección Doctrinal

La protección de los derechos electorales
en el derecho electoral español

The protection to the Electoral Rights in the Spanish Electoral Law

José Alejandro Luna Ramos

Felipe de la Mata Pizaña 17

La sentencia como palabra e instrumento
de la comunicación

The sentence as Word and instrument to the communication

Salvador O. Nava Gomar 45

Los jueces de la democracia y los derechos
fundamentales previstos en los tratados internacionales

*The judges of democracy and fundamental rights
considered by international treaties*

Pedro Esteban Penagos López 77

Dueling banjos entre la Suprema Corte y el Tribunal Electoral

*Dueling banjos between Supreme Court
and Electoral High Court*

María Macarita Elizondo Gasperín 87

La reforma político-electoral en América Latina 1978-2009:
evolución, situación actual, tendencias y efectos

*The politic-electoral reform in Latin America 1978-2009: Evolution,
actual situation, tendency and effects*

Daniel Zovatto 115

El *amicus curiae* como herramienta
de la democracia deliberativa

The amicus curiae as a tool of deliberative democracy

Jorge Mena Vázquez 173

El voto a distancia en España

Distance ballot in Spain

Luis A. Gálvez Muñoz 197

La prohibición del mandato imperativo en el sistema electoral español <i>The prohibition of mandatory in the Spanish electoral system</i> María Martín Sánchez	223
Visitaduría Judicial Electoral <i>Electoral Judicial Inspectorate</i> Rafael Elizondo Gasperín	239
Consideraciones sobre la “actitud jurisdiccional” del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ante cuestiones ubicadas en el límite entre el derecho electoral y el derecho parlamentario <i>Considerations about the “jurisdictional attitude” of the Electoral High Court in the face to issues located in the boundary between the Electoral Law and Parliamentary Law</i> Luis Raigosa	267
El derecho al sufragio del presunto delincuente. El Caso Facundo <i>The Disenfranchisement of suspected criminal: The Facundo’s Case</i> Luis Efrén Ríos Vega	293
Ampliación de las hipótesis de procedencia y de legitimación para interponer controversias constitucionales <i>Extending the hypothesis of applicability and the legitimacy to file constitutional controversies</i> Marisonia Vázquez Mata	339
 <i>Sección Estados</i>	
Causa abstracta de nulidad y su aplicación en las elecciones locales <i>Abstract cause of annulment and its implementation in local elections</i> Luis Octavio Vado Grajales	369
Garantías jurisdiccionales en materia electoral local <i>Jurisdictional guarantees in local elections</i> Fabián Hernández García	383

Bases para la individualización de sanciones conforme a la legislación electoral del Estado de México	
<i>Normative bases for individualization and jurisprudential of penalties by Electoral Institute of Mexico State</i>	
Arturo Bolio Cerdán	413

Geografía electoral del estado de Aguascalientes	
<i>Electoral geography of the Aguascalientes state</i>	
Juan Antonio Rodríguez González	439

Elección de rector de las universidades públicas autónomas por ley. El caso Guerrero. ¿Elección impugnabile?	
<i>Election of rector of Public Universities Autonomous. Case Guerrero. Contested election?</i>	
Fernando Xochihua San Martín	465

Sección Entrevista

Entrevista a Alan Knight	
Enrique Ochoa Reza	487

Sección Documental

Fallo de la Corte Constitucional Federal Alemana —2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07—	509

Los principios generales del derecho electoral y su gravitación en la inconstitucionalidad del régimen alemán de voto electrónico	
<i>General principles electoral law and their influence upon unconstitutionality of the German system of electronic voting</i>	
José M. Pérez Corti	547

Las Constituciones de 1812 y 1814. Un cuadro comparativo en materia político-electoral	
<i>The Constitutions of 1812 and 1814. A comparative table on political and electoral matter</i>	
Marco Antonio Pérez de los Reyes	569

Sección Bibliográfica

La política detrás de las reformas electorales: una
propuesta metodológica para estudiar los procesos
de reforma electoral en democracias consolidadas

Ernesto Ramos Mega 621

Robespierre, Virtue and Terror

Antonio Márquez Aguilar 627

Los límites del Poder Judicial

José Luis Enríquez Chiñas.....637

Presentación

En esta segunda entrega del año 2010 de la revista *Justicia Electoral*, continuamos celebrando el Bicentenario de la Independencia de México y el Centenario de la Revolución Mexicana, y presentamos 12 artículos de la sección doctrinal que nos permitirán seguir reflexionando sobre las instituciones político-electorales que tenemos y los posibles caminos que podemos emprender para fortalecerlas.

Como ya es tradición, en este número se encuentran las investigaciones de importantes servidores públicos del ámbito electoral, así como de investigadores de importantes instituciones académicas nacionales e internacionales.

En esta ocasión, tres magistrados del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) aportan sus reflexiones para la revista.

El primer trabajo, elaborado por el magistrado José Alejandro Luna Ramos y Felipe de la Mata Pizaña, realiza un análisis del sistema electoral español, determinando la especial naturaleza de los derechos electorales.

El trabajo del magistrado Salvador Nava Gomar explica la importancia del lenguaje jurídico de las sentencias, en su misión de ser el vínculo entre el juez y la ciudadanía, pero también evidencia la necesidad de hacer más accesibles las resoluciones. El documento muestra una propuesta de sentencia más ejecutiva donde se aplica un flujograma que facilite el entendimiento de la resolución.

El magistrado Pedro Esteban Penagos realiza un análisis de la función de los jueces en el Estado de Derecho y de su papel como garantistas de los derechos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales.

En este número, la consejera electoral del Instituto Federal Electoral (IFE), Macarita Elizondo, realiza un estudio de la problemática suscitada a partir de 1996 entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y el TEPJF en cuanto al control de constitucionalidad en materia electoral.

El doctor Daniel Zovatto afirma en su artículo “La reforma político-electoral en América Latina 1978-2009: evolución, situación actual, tendencias y efectos” la necesidad de incluir exigencias de representación, participación y gobernabilidad en el tema de la reforma político-electoral en América Latina.

Por su parte, el maestro Jorge Mena analiza la figura del *amicus curiae* y realiza un breve desarrollo histórico de la figura, dando cuenta de su recepción y alcances en México. Además, expone algunos argumentos a favor y en contra de su implantación.

“El voto a la distancia en España” es el trabajo realizado por el doctor Luis Gálvez, en el que aborda la regulación del voto a distancia en España como ejemplo prototípico de esta modalidad de votación.

Siguiendo con el caso español, este número de la revista también presenta el artículo de la doctora María Martín Sánchez, denominado “La prohibición del mandato imperativo en el sistema electoral español”. En este trabajo la doctora Marín explica que pese a que en el sistema constitucional español está prohibido el mandato imperativo, los partidos políticos han cobrado un protagonismo en la representatividad política como la “unidad del voto”, que hace necesaria la determinación de límites a su potestad.

“Visitaduría judicial electoral” es el título del artículo del licenciado Rafael Elizondo Gasperín, en el que advierte la importancia de que el TEPJF cuente con una Visitaduría que supervise y vigile las Salas Regionales.

El doctor Luis Raigosa hace un ejercicio de revisión de varias resoluciones del TEPJF relacionadas con el límite entre el derecho electoral y el derecho parlamentario. En el documento apunta también la necesidad de profundizar en estudios relativos a las relaciones entre los órganos legislativos y los órganos jurisdiccionales.

El doctor Luis Efrén Ríos presenta un análisis sobre el expediente de la Sala Regional Toluca del TEPJF ST-JDC-22/2009, relacionado con el derecho al sufragio del presunto responsable de un delito sujeto a un proceso penal. El argumento de reflexión consiste en determinar si una persona en libertad bajo caución debe tener o no restringida en forma cautelar su calidad ciudadana por el dictado de la formal prisión.

El último texto de esta sección es de autoría de la licenciada Marisonia Vázquez Mata, en el cual realiza un estudio de los casos en que la SCJN utilizó un criterio flexible al reconocer como sujetos legitimados en una controversia constitucional a los municipios, las delegaciones políticas y el Tribunal Electoral del Distrito Federal.

La sección Estados se compone de cinco artículos relacionados con asuntos electorales propios de las entidades federativas. El primero de ellos es de la autoría del maestro Luis Octavio Vado Grajales, que aborda desde un punto de vista constitucional la causa abstracta de nulidad en materia electoral y menciona su utilidad en las elecciones locales.

El artículo del magistrado Fabián Hernández García, argumenta el grado de vulnerabilidad que presentan las garantías jurisdiccionales de permanencia en el cargo, autonomía e independencia de los magistrados de los tribunales y Salas Electorales de las entidades federativas, para el eficaz cumplimiento de la labor jurisdiccional.

“Bases para la individualización de sanciones conforme a la legislación electoral del Estado de México”, es el título del trabajo del consejero electoral del Estado de México Arturo Bolio Cerdán, en el cual analiza las bases normativas y jurisdiccionales que toda autoridad administrativa electoral debe considerar para una adecuada individualización de sanciones.

El trabajo del doctor Juan Antonio Rodríguez González concentra un interesante análisis sobre la geografía electoral del Estado de Aguascalientes, en el que localiza un patrón de diferenciación espacial relacionado con variables electorales y su relación con variables sociodemográficas.

El magistrado Fernando Xochihua San Martín aborda el debate de si las elecciones de rector de las universidades públicas, en su calidad de organismos autónomos, deben estar sujetas a los principios de constitucionalidad y legalidad, y sometidas a la jurisdicción de los tribunales electorales. En especial, trata el caso de la elección de rector de la Universidad Autónoma de Guerrero.

La sección documental presenta tres textos; el primero de ellos es una traducción del alemán al castellano del fallo de la Corte Constitucional Alemana-2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07. La traducción fue realizada por el Magister Manfredo Koessl. En esta misma, sección encontramos un comentario a dicha sentencia elaborado por el doctor José M. Pérez Corti.

El segundo artículo de la sección es un trabajo del doctor Marco Antonio Pérez de los Reyes, quien en el marco del Bicentenario de la Independencia de México realiza una comparación entre las constituciones de 1812 y 1814: la Constitución Política de la Monarquía Española y el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana.

La sección entrevista se engalana con la conversación entre el doctor Alan Knight y el doctor Enrique Ocha Reza. En esta entrevista se describen interesantes reflexiones sobre la historia de México: la Independencia, el porfiriato, la Revolución, y algunos apuntes para el futuro.

Como ya es tradición, en esta ocasión contamos con tres reseñas de libros, elaboradas por el licenciado Ernesto Ramos Mega, el maestro Antonio Márquez y el licenciado José Luis Enríquez.

Esperamos que el lector encuentre en este número argumentos interesantes para continuar con la reflexión, y que aprovechando los festejos del Bicentenario del inicio de la Independencia de México y el Centenario del inicio de la Revolución Mexicana podamos seguir trazando rutas para consolidar nuestras instituciones democráticas.

Sección
Doctrinal

La protección de los derechos electorales en el derecho electoral español

The protection to the Electoral Rights in the Spanish Electoral Law

José Alejandro Luna Ramos*

Felipe de la Mata Pizaña**

RESUMEN

En este ensayo se analizan las reglas generales de protección de los derechos electorales en el Derecho Español, por lo que está especialmente orientado a los estudiosos del Derecho Comparado. Al efecto se describe brevemente el sistema electoral español, determinando la especial naturaleza de los derechos electorales, y se indican los medios de protección de esos derechos en el régimen del derecho general electoral, analizándose su naturaleza y los casos y circunstancias en que proceden.

PALABRAS CLAVE: derecho español, derechos electorales, amparo electoral, recurso contencioso electoral.

ABSTRACT

Particularly intended for Comparative Law students, this essay analyses the general rules for the protection of electoral rights according to Spanish Law. For this matter, the Spanish electoral system is briefly explained, describing the special nature of electoral rights and establishing the protective legal resources of such rights in the general electoral Law, reviewing its nature and the concrete cases and circumstances of application.

KEYWORDS: spanish law, electoral rights, electoral protection, electoral appeal.

* Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

** Secretario de Estudio y Cuenta de la ponencia del magistrado Alejandro Luna Ramos, TEPJF.

Introducción

Una referencia común de éxito para la ciencia e historia política contemporánea es la transición española a partir de los Pactos de la Moncloa de 1977, que posibilitaron la formación del Estado democrático español que hoy conocemos y que sin duda es paradigmático en Occidente.

El presente artículo, fruto en buena parte de una labor de investigación documental y observación electoral durante 2007, y sus posteriores reflexiones, pretende introducir al lector en las reglas generales del sistema electoral del Reino de España, específicamente por cuanto hace al control de los derechos electorales como punto de referencia y base de análisis para el estudioso del derecho comparado.

Al efecto se busca establecer la naturaleza de los derechos electorales en el derecho español, explicitando sus vías de protección.

Breve descripción del sistema electoral español

Naturaleza de los derechos políticos en España

(véase Núñez Rivero 2002, 21)

En la Constitución Española se estableció en el título relativo a los derechos humanos (derechos fundamentales y libertades públicas), el artículo 23 en el que se señaló:

Artículo 23

1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

Así, se reconoce el carácter de garantía constitucional y derecho fundamental a las libertades político-electorales estableciéndose igualmente al menos en las tres categorías normalmente identificadas: sufragio activo, pasivo y asociación política.

A partir de la normalización del sistema constitucional en España, el recurso de amparo (vía ordinaria de protección de los derechos humanos en España), ha tenido por materia los derechos político-electorales,¹ previamente al agotamiento del recurso contencioso electoral.

Bases generales del sistema político-electoral

Desde su primer artículo, la Constitución Española define al Estado español como “social y democrático de Derecho”, lo que es consecuente con las posteriores definiciones específicas de las vías constituidas para la selección de las personas que habrán de gobernar en los órganos del Estado y las comunidades autónomas.

Primeramente debe advertirse que las Cortes Generales se dividen en dos cámaras: Congreso de los Diputados y el Senado.

El artículo 68, párrafo primero de la Constitución Española define que el Congreso de los diputados se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto,² quienes duran en su cargo cuatro años, pudiendo ser reelectos de forma indefinida.

¹ De hecho, tales derechos fundamentales están protegidos directamente por lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 53 de la Constitución Española: “2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

² La Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) señala que el Congreso de los Diputados está conformado por 350 miembros.

Se establece que la base de la elección es cada circunscripción territorial (en este caso: la provincia), y atendiendo a criterios de representación proporcional.

Lo anterior implica que habrán de elegirse en cada circunscripción en que se divide el territorio español, el número de diputados que corresponda de acuerdo con la ley y de conformidad con su población (así habrá provincias a las que correspondan más o menos diputados de acuerdo con un criterio poblacional); y se determinará el número exacto de diputados que corresponde a cada partido, aplicando la fórmula aritmética establecida al efecto para distribuir el valor de los votos individuales, en relación con cada escaño.

El Senado es definido como una cámara de representación territorial, y en el artículo 69 del máximo ordenamiento español se indican dos formas de elección de miembros de ese órgano colegiado:

- Cuatro senadores por provincia o Consejo Insular, por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los ciudadanos españoles (para el caso “atípico” de Ceuta y Melilla sólo se elegirán dos senadores).
- Los senadores electos por Comunidad Autónoma serán uno, más otro por cada millón de habitantes. La designación corresponde preferentemente a las Cortes Autónomas o, en su defecto, al órgano superior de la Comunidad Autónoma, según los estatutos de cada autonomía.

En razón del que el sistema de gobierno establecido en España es una monarquía de tipo parlamentario, la conformación democrática de las Cortes, específicamente implica la democrática constitución del gobierno, que será electo por vía de sus representantes libremente elegidos (aunque el

nombramiento queda formalmente en manos del Rey).³ Igual circunstancia ocurre en la legitimación del resto de los órganos del Estado (incluyendo el Poder Judicial), en tanto que su nombramiento se origina de la propuesta de una serie de funcionarios estatales que a su vez provienen de una elección o designación democrática.

Ahora bien, a nivel regional debe recordarse que España se organiza estratificadamente en Comunidades autónomas, provincias y municipios.

Cada estatuto de autonomía define estrictamente el número de parlamentarios que acuden a sus Cortes; sin embargo, en términos del primer párrafo del artículo 152 de la Constitución Española, los miembros de esos órganos deberán ser electos por sufragio universal y con arreglo al sistema de representación proporcional, adoptando cierta semejanza con el régimen parlamentario estatal.

Por su parte, la provincia “es una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del estado[...]” (Constitución Española, artículo 141.1).

Debe indicarse que si bien la Constitución Española sólo indica que “el gobierno y administración de las provincias estará encomendado a diputaciones u otras corporaciones de carácter representativo” (artículo 141.2), sin especificar que los métodos de elección deben ser democráticos, evidentemente que así tiene que ser de una interpretación conjunta de la disposición comentada con el numeral primero del cuerpo constitucional español y, en ese sentido, la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) establece un procedimiento indirecto de elección, y que a nuestro juicio resulta evidentemente democrático, en tanto que presupone que los diputados provinciales deberán ser designados por los mismos participantes de la contienda electoral municipal, de entre los concejales mu-

³ Consúltense los artículos 97 a 100 de la Constitución Española.

nicipales de la provincia correspondiente, y que previamente hayan sido electos por sufragio directo.

Por su parte, el máximo ordenamiento jurídico de España indica en su numeral 140, que los ayuntamientos están integrados por el Alcalde y los Concejales, indicando de forma específica que tales funcionarios deberán ser electos por sufragio universal, igual, libre, directo y secreto.

Paralelamente, se eligen diputados al Parlamento Europeo (el número de los que corresponden a España se determina en el Derecho Comunitario) tal elección resulta especialmente interesante, en tanto que es la única en que la circunscripción que se utiliza es nacional, aplicándose al efecto las reglas generales para la elección de diputados a las Cortes.⁴

Reglas fundamentales del sistema electoral español

El derecho electoral español se encuentra regido, en cuanto hace a las elecciones del Estado (diputados a las Cortes de los Diputados y Senado) fundamentalmente por la Constitución Española, en seguida por la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, la Ley Orgánica de Partidos Políticos y la Ley Orgánica sobre Financiación de los Partidos Políticos, Ley Orgánica reguladora de la publicidad electoral en emisoras de televisión privada, Ley Orgánica de publicidad electoral en emisoras municipales de radiodifusión sonora, Ley Orgánica de publicidad electoral en emisoras de televisión por ondas terrestres. Adicionalmente a lo anterior, en las elecciones locales (diputados a los Parlamentos Autonómicos y Ayuntamientos) resultan aplicables las normas dictadas al efecto por cada Comunidad Autónoma, especialmente su Estatuto de Autonomía y, en su caso, las disposiciones electorales locales que le complementen.

La fórmula de representación proporcional que ha sido adoptada tanto en las elecciones nacionales como en las locales, tanto a diputados como

⁴ No habremos de analizar en mayor medida el tema de las elecciones a la Eurocámara, porque se excederían los límites metodológicos de este ensayo.

a concejales, es la llamada D'Hont⁵ (así denominada en honor a su creador de origen belga).

De analizarse los resultados generados por dicha fórmula resulta patente que su aplicación no corresponde a los criterios de proporcionalidad pura (máxima correspondencia entre la votación obtenida y los escaños a repartir), ya que para obtener tal efecto se requerirían al menos dos operaciones aritméticas, que implicarían una primera distribución por “cociente electoral” (resultado de dividir votos válidos entre escaños) y una segunda repartición por el llamado “resto mayor” (lo que implica asignar los escaños que falten a aquellos partidos a los que después del cociente electoral le resten

⁵ Dicha fórmula está descrita muy pedagógicamente en el artículo 163 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, que es del siguiente tenor: 1. La atribución de los escaños en función de los resultados del escrutinio se realiza conforme a las siguientes reglas: a. No se tienen en cuenta aquellas candidaturas que no hubieran obtenido, al menos, el 3% de los votos válidos emitidos en la circunscripción. b. Se ordenan de mayor a menor, en una columna, las cifras de votos obtenidos por las restantes candidaturas. c. Se divide el número de votos obtenidos por cada candidatura por 1, 2, 3, etcétera, hasta un número igual al de escaños correspondientes a la circunscripción, formándose un cuadro similar al que aparece en el ejemplo práctico. Los escaños se atribuyen a las candidaturas que obtengan los cocientes mayores en el cuadro, atendiendo a un orden decreciente. Ejemplo práctico: 480,000 votos válidos emitidos en una circunscripción que elija ocho Diputados. Votación repartida entre seis candidaturas:

A (168,000) B (104,000) C (72,000) D (64,000) E (40,000) F (32,000)								
División	1	2	3	4	5	6	7	8
A	168,000	84,000	56,000	42,000	33,600	28,000	24,000	21,000
B	104,000	52,000	34,666	26,000	20,800	17,333	14,857	13,000
C	72,000	36,000	24,000	18,000	14,400	12,000	10,285	9,000
D	64,000	32,000	21,333	16,000	12,800	10,666	9,142	8,000
E	40,000	20,000	13,333	10,000	8,000	6,666	5,714	5,000
F	32,000	16,000	10,666	8,000	6,400	5,333	4,571	4,000

Por consiguiente: la candidatura A obtiene cuatro escaños, la candidatura B dos escaños y las candidaturas C y D un escaño cada una. Cuando en la relación de cocientes coincidan dos correspondientes a distintas candidaturas, el escaño se atribuirá a la que mayor número total de votos hubiese obtenido. Si hubiera dos candidaturas con igual número total de votos, el primer empate se resolverá por sorteo y los sucesivos de forma alternativa. Los escaños correspondientes a cada candidatura se adjudican a los candidatos incluidos en ella, por el orden de colocación en que aparezcan. 2. En las circunscripciones de Ceuta y Melilla será proclamado electo el candidato que mayor número de votos hubiese obtenido.

un mayor número de votos, siempre en orden decreciente); en ese sentido, la aplicación de la indicada fórmula distorsiona los resultados electorales, al no corresponder de forma directamente proporcional los valores entre votos válidos obtenidos y escaños, pero simplifica la asignación, evitando errores y generando una mayor gobernabilidad, al favorecer al partido que ha resultado beneficiado por el más importante número de votos populares.⁶

Las fases del procedimiento electoral en España son:

- a) Iniciativa, que integra la convocatoria en sus diferentes supuestos y los órganos de impulso legitimados.
- b) Preparatoria: referida a la organización administrativa de las elecciones y la selección y proclamación de candidatos, incluyendo la campaña electoral, los actos, gastos, acceso a medios de titularidad pública y controles.
- c) Constitutiva: centrada en la emisión del sufragio y su escrutinio; así como en los procedimientos, controles y verificación de las actas de votación.
- d) Integradora de la eficacia: donde se expresa la proclamación de elegidos y en su caso controla la validez de las actas electorales (González Hernández 1996, 88 y 89).

Autoridades electorales generales

La estructura administrativa electoral del Estado español se encuentra en lo general constituida por las diferentes juntas electorales, las mesas electorales y la Oficina del Censo Electoral.

De hecho, la administración electoral del Estado⁷ corresponde propiamente a las Juntas Electorales Central, Provincial de Zona y de Comu-

⁶ “Este es un dato general de la fórmula D’Hont: tiende a favorecer al partido mayor; concediéndole una representación superior a la estrictamente proporcional en perjuicio de los partidos de tamaño medio y de los minoritarios” (Baras *et al.* 1996, 190).

⁷ Para las elecciones autónomas existen las Juntas Electorales de Comunidad Autónoma, reguladas por la legislación específica de cada entidad territorial, tales organismos difieren grandemente entre comunidades autónomas, y en ocasiones asumen competencias que corresponden a las juntas provinciales o de zona, lo cual se dice genera diversos conflictos jurídicos (González 1996, 80). Sin embargo, el análisis de tales organismos locales excede los límites metodológicos de este ensayo.

nidad Autónoma y a las Mesas Electorales (estas últimas como receptoras de la votación), mientras que la organización del padrón electoral de ciudadanos en aptitud de ejercer sus derechos políticos se encuentra supeditado a las actividades de la Oficina del Censo Electoral.

Las características generales de la administración electoral son las siguientes:

(...) a) La administración electoral es autónoma, pero sujeta a límites materiales y temporales

b) La administración electoral es ajena al Poder Judicial y se constituye al margen de la organización de los juzgados y tribunales.

Si nos atenemos a su estructura orgánica, se advierte que forman parte de la administración electoral una pluralidad de órganos que pueden clasificarse:

a) Según el ámbito al que se extiendan sus competencias, en generales y especiales, distinguiendo entre los que tienen competencia sobre todo el proceso electoral (Juntas) y aquellos que centran su actividad en el acto de votación (mesa).

b) Dentro de las Juntas Electorales, en función de su permanencia temporal, cabe hablar de las que tienen carácter permanente, como es la Junta Central y las que no lo tienen, como es el resto de las juntas.

c) En cuanto a su jerarquía se puede distinguir entre el órgano supremo de la administración electoral y las restantes.

d) Por el carácter de sus decisiones, diferenciaremos entre el órgano político, entendiendo por tal al que le incumbe adoptar las decisiones de ordenación y vigilancia del proceso electoral en el ámbito de su competencia y los órganos administrativos al servicio de tales cometidos, que son las secretarías de las Juntas Electorales...

Conviene recordar que la actividad de los jueces dentro de la administración electoral no es procesal, sino administrativa... (González 1996, 68-71).

La Junta Central Electoral se encuentra constituida por ocho vocales designados por insaculación de entre los magistrados del Tribunal Supremo; cinco vocales designados por los institutos políticos con representación en el Congreso de los diputados, entre catedráticos de Derecho, Ciencias Políticas o Sociología.

Las Juntas Electorales Provinciales se componen de tres miembros designados por sorteo efectuado por el Consejo General del Poder Judicial de entre los magistrados de la Audiencia que ejerce jurisdicción en la provincia atinente (uno de los cuales será el Presidente), dos vocales designados por la Junta Central Electoral a propuesta de los representantes de los candidatos entre los profesores titulares y catedráticos de Derecho, Ciencias Políticas o Sociología que residan en la provincia atinente.

Las juntas de zona se constituyen en cada uno de los partidos judiciales⁸ que componen la provincia y se componen de tres jueces de instrucción o de primera instancia (a su falta de Paz), designados por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad respectiva mediante la vía del azar. Además se integrarán dos vocales designados por propuesta conjunta de los representantes de las candidaturas de entre los licenciados en Derecho, Ciencias Políticas o Sociología que habitan en ese lugar.

Debe indicarse que las Juntas de provincia y de zona, se encuentran diferenciadas de la Junta central por lo siguiente:

- a) no son órganos permanente de la administración electoral y sólo se activan para cada proceso electoral concreto; b) se integran

⁸ El artículo 32.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial define partido judicial de la siguiente manera: la unidad territorial integrada por uno o más municipios limítrofes pertenecientes a una misma provincia.

inicialmente por medio de los vocales de origen judicial, incorporándose los de origen político posteriormente, antes de iniciarse la campaña electoral; c) su mandato es a plazo y a término; concluye cien días después de celebradas las elecciones salvo que, excepcionalmente se produjese una nueva convocatoria; d) son órganos ajenos al Poder Legislativo, tanto en lo que se refiere al nombramiento de sus miembros como a los auxilios materiales y de personal que reciben. A estos efectos, las JEE Provinciales dependen del gobierno y las zonas de los ayuntamientos, sin perjuicio de la acción subsidiaria de las Audiencias Provinciales y de los Tribunales inferiores, respectivamente (González 1996, 78).

Ahora bien, las principales competencias de la Junta Central Electoral, de Provincia y de Zona están definidas por el artículo 19 de la LOREG de la siguiente manera:

- a) Dirigir y supervisar la actuación de la Oficina del censo electoral.
- b) Informar los proyectos de disposiciones que en lo relacionado con el censo electoral se dicten en desarrollo y aplicación de la presente Ley.
- c) Cursar instrucciones de obligado cumplimiento a las Juntas Electorales Provinciales y, en su caso, de Comunidad Autónoma, en cualquier materia electoral.
- d) Resolver con carácter vinculante las consultas que le eleven las Juntas Provinciales y, en su caso, las de Comunidad Autónoma.
- e) Revocar de oficio en cualquier tiempo o, a instancia de parte interesada, dentro de los plazos previstos en el artículo 21 de esta Ley, las decisiones de las Juntas Electorales Provinciales y, en su caso, de Comunidad Autónoma, cuando se opongan a la interpretación de la normativa electoral realizada por la Junta Electoral Central.

f) Unificar los criterios interpretativos de las Juntas Electorales Provinciales y, en su caso, de Comunidad Autónoma en la aplicación de la normativa electoral.

g) Aprobar a propuesta de la Administración del Estado o de las Administraciones de las Comunidades Autónomas los modelos de actas de constitución de Mesas electorales, de escrutinio, de sesión, de escrutinio general y de proclamación de electos. Tales modelos deberán permitir la expedición instantánea de copias de las actas, mediante documentos autocopiativos u otros procedimientos análogos.

h) Resolver las quejas, reclamaciones y recursos que se le dirijan de acuerdo con la presente Ley o con cualquier otra disposición que le atribuya esa competencia.

i) Velar por el cumplimiento de las normas relativas a las cuentas y a los gastos electorales por parte de las candidaturas durante el período comprendido entre la convocatoria y el centésimo día posterior al de celebración de las elecciones.

j) Ejercer potestad disciplinaria sobre todas las personas que intervengan con carácter oficial en las operaciones electorales.

k) Corregir las infracciones que se produzcan en el proceso electoral siempre que no sean constitutivas de delito e imponer multas hasta la cuantía máxima prevista en esta Ley.

l) Expedir las credenciales a los Diputados, Senadores, Concejales, Diputados Provinciales y Consejeros Insulares en caso de vacante por fallecimiento, incapacidad o renuncia, una vez finalizado el mandato de las Juntas Electorales Provinciales y de zona.

2. Además de las competencias expresamente mencionadas en esta Ley, corresponderán, dentro de su ámbito territorial, a las Juntas Provinciales y de Zona las atribuidas a la Junta Electoral Central por los párrafos h), j) y k) del apartado anterior. La competencia en

materia de imposición de multas se entenderá limitada a la cuantía máxima de 100.000 pesetas para las Juntas Provinciales y de 50.000 pesetas para las de Zona.

3. Las Juntas Electorales Provinciales, atendiendo siempre al superior criterio de la Junta Electoral Central, podrán además:

a) Cursar instrucciones de obligado cumplimiento a las Juntas Electorales de Zona en cualquier materia electoral.

b) Resolver de forma vinculante las consultas que le eleven las Juntas Electorales de Zona.

c) Revocar de oficio en cualquier tiempo o, a instancia de parte interesada, dentro de los plazos previstos en el artículo 21 de esta Ley, las decisiones de las Juntas Electorales de Zona cuando se opongan a la interpretación realizada por la Junta Electoral Provincial.

d) Unificar los criterios interpretativos de las Juntas Electorales de Zona en cualquier materia electoral.

4. La Junta Electoral de Zona garantizará la existencia en cada Mesa electoral de los medios a que se refiere el artículo 81 de esta Ley.⁹

5. En caso de impago de las multas a que se refiere el presente artículo, la Junta Electoral correspondiente remitirá al órgano competente del Ministerio de Economía y Hacienda certificación del descubierto para exacción de la multa por la vía de apremio.

Ahora bien, como antes se ha señalado la base territorial de elección es la circunscripción electoral (la que en principio corresponde a la pro-

⁹ El artículo 81 de la LOREG señala: "1. Cada Mesa debe contar con una urna para cada una de las elecciones que deban realizarse y con una cabina de votación. 2. Asimismo debe disponer de un número suficiente de sobres y de papeletas de cada candidatura, que estarán situados en la cabina o cerca de ella. 3. Las urnas, cabinas, papeletas y sobres de votación deben ajustarse al modelo oficialmente establecido. 4. Si faltase cualquiera de estos elementos en el local electoral, a la hora señalada para la constitución de la Mesa o en cualquier momento posterior, el Presidente de la Mesa lo comunicará inmediatamente a la Junta de Zona, que proveerá a su suministro".

vincia, aunque bien puede ser el municipio, e inclusive toda la nación para el excepcional caso de los eurodiputados); sin embargo cada circunscripción se encuentra dividida en secciones electorales que constan de entre 500 y 2,000 electores, aunque en los municipios inferiores a tal número de electores deberá haber siempre una sección.

La cabeza de la sección, es decir, el organismo facultado para recibir la votación es la mesa electoral, cada mesa está compuesta por un presidente y dos vocales a los que les resulta obligatorio el desempeño de sus funciones (igualmente participan representantes de la candidaturas), deberán ser electos por sorteo entre las personas que sepan leer y escribir que sean menores de 65 años. Por su parte, el Presidente deberá tener al menos el título de bachillero o su equivalente.

Debe indicarse que una vez que la mesa electoral ha concluido el escrutinio y cómputo correspondiente se forman tres paquetes electorales que se envían de acuerdo con el procedimiento marcado en la ley a la autoridad responsable de realizar el escrutinio general (en el caso de elecciones generales son las Juntas Electorales Provinciales, y para el caso de elecciones locales son las Juntas Electorales de Zona).¹⁰

Una vez terminado el escrutinio general y, en su caso, ya resueltos los recursos administrativos que se hubieran interpuesto, la Junta correspondiente proclama a los electos, levanta el acta por triplicado y la comunica a la Junta Electoral Central, la que publicará los resultados y expedirá a los asignados las credenciales de su proclamación.

Por otra parte, debe indicarse que la oficina del Censo Electoral está definida en el párrafo primero del artículo 29 de la LOREG de la siguiente manera:

La Oficina del Censo Electoral, encuadrada en el Instituto Nacional de Estadística, es el órgano encargado de la formación del censo

¹⁰ *Ibid.*

electoral y ejerce sus competencias bajo la dirección y la supervisión de la Junta Electoral Central.

Además de la Oficina Central, el censo electoral cuenta con delegaciones provinciales para facilitar el desempeño de sus competencias.

Ahora bien, la competencia de la Oficina del Censo es la siguiente, con fundamento en el artículo 30 de la LOREG:

- Coordina el proceso de elaboración del Censo Electoral.
- Supervisa el proceso de elaboración del Censo Electoral.
- Controla y revisa de oficio las altas y las bajas tramitadas por los órganos competentes y elabora un fichero nacional de electores.
- Elimina las inscripciones múltiples de un mismo elector que no hayan sido detectadas por los Ayuntamientos y Consulados.
- Elabora las listas electorales provisionales y las definitivas.
- Resuelve las reclamaciones contra las actuaciones de los órganos que participan en las operaciones censales y en particular las que se plantean por la inclusión o exclusión indebida de una persona en las listas electorales. Sus resoluciones agotan la vía administrativa.

Medios de impugnación en materia electoral en el régimen general de España

Los medios de control que pueden ser interpuestos a lo largo de todo el Proceso Electoral General son descritos breve y pedagógicamente con el presente cuadro:

		Control administrativo	Control jurisdiccional	Tribunal constitucional
Censo electoral	En periodo ordinario	Delegaciones Provinciales de la oficina del Censo electoral (art. 38.3 LOREG)	Recurso preferente y sumario ante la jurisdicción contencioso administrativa (art. 38. 5 LOREG)	Recurso de amparo ordinario (art. 38.5 LOREG)
	En periodo electoral	Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral (art. 39.3 y 40 LOREG)	Recurso ante el juez de Primera Instancia (art. 40 LOREG)	
Procedimiento electoral	En general	Recurso ante la Junta Electoral de Superior categoría (art. 21 LOREG)	Recurso contencioso administrativo (ordinario o preferente y sumario) (art. 21.2 LOREG, STC 149/2000, de 1 de junio)	Recurso de amparo ordinario (en su caso)
	Proclamación de candidatos	Corresponde a las Juntas Electorales competentes, art. 47 LOREG	Recurso especial ante el juzgado de lo contencioso administrativo (art. 49.1 LOREG)	Recurso de amparo electoral (art. 49.3 LOREG)
	Proclamación de electos	Corresponde a las Juntas Electorales competentes, art. 108.4 LOREG	Contencioso electoral ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS o del TSJCA (art. 109 LOREG)	Recurso de amparo electoral (art. 114.2 LOREG)

Fuente: Díaz Revorio F. J. et al. 2003. *Régimen Electoral Local*. Centro de Estudios Locales. Diputación de Toledo. pp. 193 y 194.

En la resolución de tales procedimientos aplican los principios:

1. Conservación de los actos válidamente celebrados.
2. Predeterminación reglada.

3. Vinculación resolutive a la instancia de parte, mismos que han sido establecidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.

Ahora bien, para los efectos de este texto resultan especialmente importantes el recurso contencioso electoral y, en particular, el amparo electoral, mismos que habremos de describir a continuación.

Recurso contencioso electoral

El recurso en cuestión se encuentra regulado en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG) en la décimo sexta sección (relativa al contencioso electoral)

Francisco Fernández Segado (1995, 69) ha establecido que el recurso contencioso electoral cumple una doble función:

en primer lugar, la de recurso autónomo que agota el control judicial de legalidad del proceso electoral, y en segundo término, la de recurso judicial previo de obligado agotamiento antes de acudir a la vía de amparo del artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional... por los actos de la junta electoral que pudieran suponer violación del artículo 23 de la Constitución. En este último caso, de no obtenerse del Tribunal judicial competente la reparación de la violación cometida habrá de entenderse abierta la vía del proceso de amparo constitucional.

En ese sentido el objeto del recurso se encuentra establecido en el artículo 109 de la LOREG en que se establece:

Pueden ser objeto de recurso contencioso electoral los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones locales.

Del texto legal antes indicado se desprende que los actos materia de impugnación son por una parte aquellos mediante los cuales las juntas proceden a la proclamación de candidatos electos, y por otro el de las corporaciones locales por cuya vía se procede a proclamar a sus propios Presidentes.

Si bien pareciera restringirse la materia de la impugnación, la doctrina ha señalado que mediante el recurso contencioso electoral en general es posible revisar globalmente la actividad llevada a cabo por la administración electoral (Satrústegui *et al.* 1990, 91 y ss).

En ese sentido, el recurso contencioso electoral no es, como pareciera de la lectura del precepto legal antes indicado, un recurso esencialmente limitado por su objeto, sino que en general es bastante amplio respecto de la posibilidad de impugnación dentro del contexto de la última fase del proceso electoral.

Por otra parte se ha afirmado que la naturaleza del presente recurso es mixta: ya que es un proceso contencioso administrativo, es un proceso especial y un proceso en que se materializan pretensiones de mera anulación y de plenitud de jurisdicción (Rouanet 1983, 61-3).

Resulta órgano competente para resolver los recursos contenciosos electorales, en tratándose de elecciones generales (o al Parlamento Europeo) la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo,¹¹ aunque en el supuesto de elecciones autónomas o locales resulta competente la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma (LOREG, artículo 112.2).

Se encuentran legitimados activa y pasivamente para impugnar por vía del recurso contencioso electoral en términos de lo dispuesto por el artículo 110 de la LOREG:

¹¹ Es de resaltarse que antiguamente en el derogado Decreto Ley de Normas Electorales la responsable en la resolución de los recursos electorales era únicamente una Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

- Los candidatos proclamados o no proclamados.
- Los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción.
- Los partidos políticos, asociaciones, federaciones y coaliciones que hayan presentado candidaturas en la circunscripción.

Una vez que el recurso contencioso ha sido sustanciado¹² dentro de los cuatro días siguientes, la Sala Competente habrá de dictar sentencia en la que se contendrá alguno de los supuestos establecidos en el artículo 113.2 de la LOREG:¹³

¹² La sustanciación del recurso contencioso electoral está fundamentalmente contenida en el artículo 112 de la LOREG: “1. El recurso contencioso electoral se interpone ante la Junta Electoral correspondiente dentro de los tres días siguientes al acto de proclamación de electos y se formaliza en el mismo escrito, en el que se consignan los hechos, los fundamentos de Derecho y la petición que se deduzca. 2. El Tribunal competente para la resolución de los recursos contencioso electorales que se refieren a elecciones generales o al Parlamento Europeo es la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. En el supuesto de elecciones autónomas o locales el Tribunal competente es la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la respectiva Comunidad Autónoma. 3. Al día siguiente de su presentación, el Presidente de la Junta ha de remitir a la Sala competente el escrito de interposición, el expediente electoral y un informe de la Junta en el que se consigne cuanto se estime procedente como fundamento del acuerdo impugnado. La resolución que ordena la remisión se notificará inmediatamente después de su cumplimiento, a los representantes de las candidaturas concurrentes en la circunscripción, emplazándoles para que puedan comparecer ante la Sala dentro de los dos días siguientes. 4. La Sala, al día siguiente de la finalización del término para la comparecencia de los interesados, dará traslado del escrito de interposición y de los documentos que lo acompañen al Ministerio Fiscal y a las partes que se hubieran personado en el proceso, poniéndoles de manifiesto el expediente electoral y el informe de la Junta Electoral, para que en el plazo común e improrrogable de cuatro días puedan formular las alegaciones que estimen convenientes. A los escritos de alegaciones se pueden acompañar los documentos que, a su juicio, puedan servir para apoyar o desvirtuar los fundamentos de la impugnación. Asimismo, se puede solicitar el recibimiento a prueba y proponer aquellas que se consideren oportunas. 5. Transcurrido el periodo de alegaciones, la Sala, dentro del día siguiente, podrá acordar de oficio o a instancia de parte el recibimiento a prueba y la práctica de las que declara pertinentes. La fase probatoria se desarrollará con arreglo a las normas establecidas para el proceso contencioso-administrativo, si bien el plazo no podrá exceder de cinco días.”

¹³ Dicha sentencia se notificará dentro de los 37 días posteriores a las elecciones (LOREG, artículo 114).

- a) Inadmisibilidad del recurso.
- b) Validez de la elección y de la proclamación de electos, con expresión, en su caso, de la lista más votada.
- c) Nulidad de acuerdo de proclamación de uno o varios electos y proclamación como tal de aquel o aquellos a quienes corresponda.
- d) Nulidad de la elección celebrada en aquella o aquellas Mesas que resulten afectadas por irregularidades invalidantes y necesidad de efectuar nueva convocatoria en las mismas, que podrá limitarse al acto de la votación, o de proceder a una nueva elección cuando se trate del Presidente de una Corporación local, en todo caso en el plazo de tres meses a partir de la sentencia. No obstante, la invalidez de la votación en una o varias Mesas o en una o varias secciones no comportará nueva convocatoria electoral en las mismas cuando su resultado no altere la atribución de escaños en la circunscripción.

Basado en tales cuestiones, las sentencias que se refieran a este recurso han sido clasificados en los siguientes tipos: las de carácter correctivo, las de carácter sustitutivo y las declarativas de nulidad (González 1996, 129).

Las primeras “(113.2.b LOREG) expresan en su fallo la validez de la elección de la proclamación de electos, pero corrigen la proclamación de la lista más votada” (González 1996, 130).

Las segundas “(113.2.c LOREG) contienen en su fallo una declaración de nulidad respecto del acuerdo o acuerdos a través de los cuales se produce la proclamación de uno o varios electos entendiendo por las consideraciones que se aleguen en la *ratio decidendi* que procede sustituir aquellos candidatos electos por los que en realidad corresponda” (González 1996, 130).

Finalmente, el tercer supuesto implica la nulidad total o parcial de la elección y consecuentemente la convocatoria a nuevas elecciones.¹⁴

¹⁴ Debe indicarse que el Tribunal Constitucional ha señalado que lo anterior acontece: “cuando la Sala hubiere apreciado vicios del procedimiento que afectasen a todo él, en términos irreductibles a una o dos mesas, o irregularidades perceptibles en un número elevado de mesas o irregularidades en la votación o en otras fases del procedimiento electoral no referibles a mesas

Recurso de Amparo Constitucional Electoral

Excedería en toda forma a los actuales límites metodológicos de esta obra analizar con puntualidad la naturaleza, elementos y características de la acción de amparo española,¹⁵ por ello me referiré específicamente a la que se ejerce específicamente respecto materia electoral, estableciendo que una vez agotada la vía del recurso contencioso electoral, es posible que los sujetos legitimados permanezcan inconformes, caso para el cual podría intentarse la acción de amparo ante el Tribunal Constitucional, misma que de forma breve intentaremos describir.

Se ha conceptualizado al procedimiento de amparo electoral de la siguiente manera:

El procedimiento de amparo electoral debe encuadrarse dentro del recurso de amparo en general; es decir, como un mecanismo destinado a la tutela de los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos por los artículos 14 a 29 del la C.E. como tal el recurso electoral se caracteriza tanto por la necesidad de afectar a un derecho constitucionalmente relevante, en este caso el art. 23 C.E., como por ser el último recurso; esto es, de haber agotado la jurisdicción ordinaria. Podemos pues, siguiendo al Tribunal Constitucional en su sentencia 113/1991 definir el recurso de amparo electoral como un procedimiento que permite remediar las presuntas violaciones de los derechos fundamentales de los reconocidos básicamente

determinadas, con incidencia razonablemente apreciada por la Sala en el resultado electoral... (lo anterior) no se provoca ante cualquier irregularidad, sino que anuda a ella la declaración de anulación sólo cuando el vicio del procedimiento electoral sea determinante del resultado de la votación, el Tribunal que en cada caso resuelva el contencioso electoral deberá realizar el juicio de relevancia de los vicios o irregularidades invalidantes, sin perjuicio de la ulterior revisión, en su caso, por el TC; cuando se trate de vicios de procedimiento no mensurables en cuanto a su relevancia para la alteración del resultado, el Tribunal deberá valorarlos ponderando expresamente todas las circunstancias del caso (STC 24/1990)”

¹⁵ Al respecto resulta de lectura obligada para los juristas mexicanos y españoles interesados al respecto, la obra de Ferrer Mac-Gregor (2000).

en el artículo 23 CE , y , de esta forma, el objeto del recurso se extiende al conocimiento de cualquier irregularidad o infracción de la legislación electoral que efectivamente, redunde en una violación de aquellos (Díaz 1997, 216 y 217).

Ahora respecto de la materia del recurso debe afirmarse que el Tribunal Constitucional ha determinado (STC 24/1990) que el amparo electoral no es una instancia de apelación para nuevamente analizar los hechos argumentados en la instancia del recurso contencioso electoral, ni tampoco podría entenderse como una instancia simplemente unificadora de la jurisprudencia de las diversas Salas de lo contencioso que pudieran analizar los casos presentados:

No cabe entender el recurso de amparo interpuesto tras un recurso contencioso electoral como una última instancia de apelación en la que pueda plantearse una plena revisión de los hechos y de la interpretación del Derecho Electoral realizadas primero por la Junta Electoral y luego, sobre todo por la Sala de lo Contencioso Administrativo (STC 79/1989).

Igualmente ese Alto Tribunal ha establecido que sólo debe revisar por vía del amparo “si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo *secundum constitutionem*, y en particular, si, dados los hechos apreciados por el órgano judicial, la aplicación de la legalidad ha podido afectar a la integridad del derecho fundamental comprometido, que es lógicamente el derecho del artículo 23.2 de la Constitución Española. De no ser así, los derechos fundamentales de configuración legal quedarían degradados al plano de la legalidad ordinaria y, por esta vía, excluidos del control del amparo constitucional.

En definitiva, y por lo que ahora nos interesa, la discrepancia en la forma de interpretar la legalidad no es en modo alguno fundamento para la conce-

sión del amparo constitucional, cuando se realiza en forma motivada en términos de Derecho; sólo si esa interpretación supone la lesión de un derecho fundamental podrá ser revisada en sede constitucional, pero en virtud de ese derecho, y no de la tutela judicial (Fernández 1995, 76 y 77; STC 79/1989 y STC 26/1990).

De lo anterior, es posible concluir que el recurso de amparo electoral español no es una simple apelación electoral, sino que es un medio de impugnación de control constitucional en la materia; determinada como vía de análisis respecto de la adecuada interpretación y aplicación de la Constitución Española, específicamente del contenido del artículo 23 de ese ordenamiento.

Establecido lo anterior, es posible determinar aquellos casos en que el objeto es posible impugnar por esta vía de control de la constitucionalidad:

- Las resoluciones relativas a la proclamación de electos.
- Los supuestos contenido en los artículos 38.5 LOREG (resoluciones de exclusión en materia electoral)¹⁶ y 49.3 LOREG¹⁷ (resoluciones sobre la proclamación de candidaturas).

Se ha establecido que esta acción de amparo tiene algunas excepciones procesales, respecto de la general:¹⁸

- La legitimación (*v. gr.* en caso del artículo 49.1. de la LOREG se legitima a los candidatos excluidos y a aquellos representantes de las

¹⁶ Tal numeral señala: "Los recursos contra las resoluciones en esta materia de las Delegaciones de la Oficina del Censo Electoral se tramitarán por el procedimiento preferente y sumario previsto en el número 2 del artículo 53 de la Constitución".

¹⁷ El numeral indicado establece: "La resolución judicial, que habrá de dictarse en los dos días siguientes a la interposición del recurso, tiene carácter firme e inapelable, sin perjuicio del procedimiento de amparo ante el Tribunal Constitucional, a cuyo efecto, con el recurso regulado en el presente artículo, se entenderá cumplido el requisito establecido en el artículo 44.1, a), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional".

¹⁸ Estas ideas que a continuación se exponen en mucho son un parafraseo de las sostenidas por González (1996, 137-9).

candidaturas proclamadas y los de las denegadas, aunque carece de esta el candidato electo), y para el caso del artículo 38 aquellos que tengan el concepto de interesado (inclusive el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal).

- Es necesario que la defensa designe abogado y procurador (no procediendo de oficio por STC 167/1989).
- El Tribunal Constitucional es extremadamente flexible en los defectos de forma que puedan ser advertidos en el libelo inicial, y la previa invocación de argumentos. Sin embargo, sí existen algunos límites evidentes, ya que es necesario que el sujeto para considerarse implícito sea un candidato o representante de la candidatura, el objeto debe ser, en su caso la no proclamación de candidato, y el derecho fundamental que se haga valer necesariamente sea el contenido en el artículo 23.1 de la Constitución Española.
- Se agregaría como elemento evidente, la sumariedad del procedimiento, ya que en todos los casos los amparos electorales (salvo en el caso del artículo 38 que es una remisión al procedimiento común de amparo) deben ser resueltos en unos pocos días y en todo caso antes de que los candidatos cuestionados accedan formalmente a su cargo.

De hecho se ha resumido tal procedimiento de la siguiente manera:

Estos dos supuestos vienen recogidos en el artículo 49.3 LOREG y 114.2 LOREG: 1º.- El artículo 49.3 y 4 contempla el recurso de amparo electoral contra la proclamación de candidaturas y candidatos, entendiendo que se agota la vía previa con la presentación del recurso ante los juzgados de lo Contencioso Administrativo /Art. 49.3 en relación con el art. 49.2 y 1). El amparo se solicita en el plazo de dos días ante el Tribunal Constitucional quien debe resolver sobre el mismo en los tres días siguientes. Por la nueva regulación

comprendida en el artículo 49.5 hace extensible este supuesto a los casos de exclusión o proclamación de candidaturas presentadas por las agrupaciones de electores herederas de partidos ilegalizados, disuelto o suspendidos (Ley Orgánica 6/2002 de 27 de junio de Partidos Políticos). 2º.- El segundo supuesto se contiene en el artículo 114.2 que dispone que contra las sentencias recaídas en el recurso convencional electoral (arts. 109 y ss. LOREG) procede el amparo constitucional que deberá solicitarse en el plazo de tres días y el Tribunal Constitucional deberá resolver dentro de los quince días siguientes.

Conclusiones

1. En España los derechos político-electorales son reconocidos como derechos humanos.
2. Para la protección de tales derechos, el recurso de amparo español electoral es procedente, previo al agotamiento del recurso de lo contencioso electoral.
3. El recurso de amparo electoral español no es una apelación del recurso ordinario, sino que es una vía de control constitucional en el que se analiza si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales, entre los que se encuentran los electorales, se ha llevado a cabo *secundum constitutionem*.

Fuentes consultadas

- Acosta Sánchez, J. 1998. *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Aparicio, Miguel A. 1993. *Introducción al Sistema Político y Constitucional Español*. Barcelona: Ariel.
- Baras M. et al. 1996. *El Sistema Electoral*. Madrid: Tecnos.
- Díaz Revorio F. J. 1997. *Valores Superiores e Interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- et al. 2003. *Régimen Electoral Local*. Centro de Estudios Locales. Diputación de Toledo.
- Fernández Segado, F. 1995. “El recurso contencioso electoral en el ordenamiento jurídico español”. *Justicia Electoral* 8, vol. IV: 69.
- Ferrer Mac-Gregor, E. 2000. *La acción constitucional de amparo en México y España*. México: Porrúa.
- González Hernández, J.C. 1996. *Derecho Electoral Español. Normas y procedimiento*. Madrid: Tecnos.
- Lucas Verdú, P. 1984. *Curso de Derecho Político*. Madrid: Tecnos.
- Molas, I. 1998. *Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Núñez Rivero, C. 2002. *Derecho Constitucional Comparado y Derecho Político Iberoamericano*. Madrid: UNED.
- Pizzorusso, A. 1984. *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Rallo Lombarte, A. 1997. *Garantías Electorales y Constitución*. Madrid: CEPC.
- Rouanet Moscardó, J. et al. 1983. *El recurso contencioso electoral*. Madrid: Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces.
- Santolaya Manchetti, P. 1999. *Manual de Procedimiento Electoral*, 4ª ed. Madrid: Ministerio del Interior (Secretaría General Técnica).
- Satrústegui, M. et al. 1990. “Las garantías del derecho electoral”. *Revista de las Cortes Generales* 20 (segundo cuatrimestre).
- Vidal Prado, C. et al. 1984. *Guía Electoral*. Pamplona: EUNSA.

Legislación Española

Constitución Española

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Ley Orgánica de Partidos Políticos

Ley Orgánica del Régimen Electoral General

Ley Orgánica sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum

Ley Orgánica reguladora de la iniciativa popular

Ley Orgánica sobre Financiación de los Partidos Políticos

Ley Orgánica Reguladora de la publicidad electoral en emisiones de televisión privada

Ley Orgánica de publicidad electoral en emisoras municipales de radiodifusión sonora

Ley Orgánica de publicidad electoral en emisoras de televisión local por ondas terrestres

Ley Orgánica reguladora del Derecho de Petición

Sentencias del Tribunal Constitucional Español

STC 79/1989

STC 167/1989

STC 24/1990

STC 26/1990

STC 149/2000

STC 149/2000

La sentencia como palabra e instrumento de la comunicación*

The sentence as Word and instrument to the communication

Salvador O. Nava Gomar**

RESUMEN

El presente artículo realiza una reflexión sobre la importancia del lenguaje jurídico de la sentencia como herramienta de comunicación entre el juez y la ciudadanía, en el contexto de la consolidación del Estado democrático de derecho. En el recuento teórico realizado, la sentencia es vista no sólo como la decisión judicial, sino como la forma en que los tribunales de justicia expresan su voz.

Por ello, el artículo señala la complejidad existente en el lenguaje jurídico de nuestros días y recomienda su transformación a fin de crear en la sentencia una herramienta útil para la construcción de un verdadero lazo comunicativo y no convertirse en un obstáculo que aísla y separa a la autoridad del gobernado.

PALABRAS CLAVE: sentencia, lenguaje jurídico, comunicación.

* En el presente trabajo se reúnen diversas ponencias que se han presentado en distintos foros, como el VI Congreso Internacional Derecho Electoral y Democracia: Aplicaciones, tendencias y nuevos retos, celebrado del 16 al 19 de agosto de 2010, en Morelia, Michoacán. El autor agradece el apoyo brindado por los maestros Juan Carlos Silva Adaya y Mauricio del Toro Huerta, así como por el licenciado Enrique Aguirre Saldivar, en la búsqueda y selección de una buena parte del material consultado, así como en la revisión de la versión final del documento.

** Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

ABSTRACT

This paper reflects on the importance of the legal language of legal resolutions as communication tools between the judge and the public, within the context of consolidating of the rule of law. In the document, the resolution is seen not only as a judicial decision, but as the way the courts express their voice.

Therefore, this article describes the complexity in the legal language of our times and recommends its transformation to make the resolution a useful tool for the construction of a true link of communication and not to become in a barrier that isolates and separates the authority from the governed.

KEYWORDS: RESOLUTION: Legal resolution, Legal language, Communication.

Introducción

El jurista español Rafael de Mendizábal Allende invoca, en su disertación sobre el lenguaje jurídico, una cita por demás elocuente del filósofo y humanista español Luis Vives, en la cual alude a dos prioridades de la incumbencia directa del juzgador: la justicia y la palabra, en pos de un fin supremo de la humanidad, el vínculo y la consistencia de las sociedades. “El vínculo principal y la consistencia de todas las sociedades humanas son la justicia y la palabra” (Vives 1947, 453).

El Derecho es cultura, es una disciplina esencialmente humana donde convergen valores, principios, reglas e influencias sociales, éticas, políticas, económicas, históricas e incluso técnicas, que en su conjunto dan a éste la riqueza y complejidad que lo caracterizan. Como diría el maestro Luis Recaséns Siches (2000, 25-8) el Derecho es vida humana objetivada.

El Derecho es un medio al servicio de las comunidades para que éstas puedan alcanzar determinados objetivos. En consecuencia, no puede ser considerado como fin en sí mismo ni como entidad autónoma, aislada y desvinculada del hombre, pues su propósito radica en servir a este último como instrumento eficaz de solución de conflictos propios de la convivencia, con civilidad y justicia (Pallares 1944).

En particular, respecto a la faceta del derecho procesal donde se inserta como acto privilegiado la sentencia judicial, Hernando Devis Echeandía invoca la postura de otros distinguidos jurisconsultos como Couture, Canelutti y Rocco, sustentando que dicha disciplina jurídica es un instrumento para la tutela de la dignidad y la libertad humanas que se concreta mediante la humanización de la justicia judicial, su contenido social e interés público (Devis 1985, 171-4).

En tal sentido, un aspecto de vital importancia para que el Derecho mantenga su esencia y cumpla dichos propósitos, consiste en que el lenguaje empleado en sus actos de interacción comunicativa con la socie-

dad, como la sentencia judicial, sea sencillo, claro y comprensible para las personas.

Sin embargo, el lenguaje jurídico actual puede distar de tal objetivo, pues se observan en el mismo algunas deficiencias que lo alejan cada vez más de la sociedad.

Luis María Cazorla Prieto (2007, 25-46) con quien coincido sustancialmente sobre el particular, dice que el lenguaje jurídico de nuestros días presenta aspectos negativos que lo demeritan, a saber:

1. Es demiúrgico y arcano, en cuanto a que pretende obedecer a una creación superior sólo al alcance de los juristas iniciados, ajeno al ciudadano común, lo que se traduce en un hermetismo en el discurso jurídico y modalidad del poder o concepción “logocrática” del lenguaje (al efecto, dicho autor cita a George Steiner y Perfecto Andrés Ibáñez).¹
2. Es especial. Siguiendo a Saussure, quien desde principios del siglo XX argumentaba que el avance de la civilización favorecía el desarrollo de ciertas lenguas especiales, se advierte que el lenguaje jurídico es especial por su carácter científico y su esencia argumentativa,² lo cual, en exceso, se traduce en cualidad negativa que le hace escapar a la comprensión del ciudadano con capacidades y conocimientos ordinarios.
3. Es especializado. El lenguaje jurídico obedece a una singularidad expresiva propia de especialistas, es decir, de juristas, quienes tienden incluso a acentuar esa calidad del derecho al grado de convertir el discurso jurídico en oscuridad inentendible, en claves jurídicas y decisiones judiciales que sólo quedan en poder de expertos, como jerga inaccesible a los ciudadanos.³

¹ Del primero de ellos, su obra *Los logócratas* (2006, 26); respecto del segundo, “La argumentación y su expresión en la sentencia”. *Lenguaje Forense* (2000, 33).

² La argumentación como sustento esencial de la función del jurista es resaltada con lo expuesto por Manuel Atienza (1997, 250) y Robert Alexy (1989, 213).

³ En tal sentido, el mencionado autor cita a Bonifacio de la Cuadra Fernández. “Visión periodística

4. Es sobrecargado y apelmazado. Además de todo lo anterior, existen otros factores que propician la característica negativa de mérito, como vicios de redacción, utilización recurrente de palabras, reiteración de párrafos con el mismo patrón de fondo, abuso de adverbios, proliferación de gerundios e, incluso, puntuación deficiente e irregular.
5. Tiene tendencia al idiotismo expresivo. Con base en lo previsto en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, el autor referido precisa que el invocado término “idiotismo” corresponde al modo de hablar contra las reglas de la gramática, aunque propio de una lengua. Esto es, en el lenguaje jurídico actual se advierte inclinación por expresarse contra las reglas elementales de la gramática, y proliferan textos normativos en los que reina la pedantería en deterioro galopante del buen lenguaje jurídico.
6. Es conservador y tendente al inmovilismo. No obstante el dinamismo de la sociedad contemporánea, la esencia del lenguaje jurídico reposa en una tradición de siglos, transmitida de generación a generación de juristas. El lenguaje jurídico se encuentra tan acuñado y ahornado, dice Cazorla Prieto, que resulta harto difícil su innovación, más aún que la modificación de las instituciones jurídicas.
7. Es pluriforme. El lenguaje jurídico enfrenta la necesidad de plasmarse en modalidades y contextos diversos, que dificultan una labor homogénea de concreción y simplificación. Así existen desde el lenguaje oral al escrito, desde la redacción de la ley como norma general a la elaboración de la sentencia como resolución judicial particular, desde el dictamen consultivo jurídico al texto doctrinal, desde el alegato forense a la conferencia o artículo. Por tanto, al hablar del Derecho y su acercamiento a la sociedad, haciéndolo asequible y humano, es menester advertir la referida variedad de

del lenguaje judicial”. *Lenguaje judicial* (p. 4).

ámbitos y modalidades en que se expresa éste, debiendo matizar lo que en ocasiones se escribe con carácter general.

8. Es inclinado al aislamiento y al complejo de isla. Esta última característica es consecuencia de las citadas con antelación, enfatizadas por el propio gremio de juristas o profesionales del Derecho. Además, el autor agrega que el referido aislamiento del lenguaje jurídico también obedece a que éste no es, en sí mismo, transparente, en tanto que no es fácil transmitirlo o comunicarlo a terceros con sencillez y claridad.

Estimo que las referidas inconsistencias del lenguaje jurídico no son menores ni intrascendentes, sino sustanciales y de la mayor relevancia en el quehacer de la vida democrática de la nación, pues de no corregirse los vicios señalados y algunos otros derivados de los mismos, el lenguaje jurídico renunciaría a alcanzar su cometido más importante, consistente en mantener un nexo confiable, eficaz y vigoroso de comunicación y entendimiento entre el Estado y la sociedad, el juez (léase justicia) y la ciudadanía.

Aspecto el anterior de indispensable atención en la consolidación del Estado democrático de derecho, pues de no resolver la referida problemática imperante en el lenguaje jurídico de nuestros días, en vez de que éste funja como una herramienta útil en la construcción de un verdadero lazo comunicativo, dicho lenguaje se traducirá (sino no lo es ya) en un obstáculo que aísla y separa cada vez más a la autoridad del gobernado, deteriorando asimismo, en forma grave y quizá irreversible, otros elementos cualitativamente superiores para el entendimiento, la convivencia y la cohesión social, esto es, el respeto, la confianza y la credibilidad de la ciudadanía en el Derecho, la justicia y las instituciones.

Es así que en la presente oportunidad me ocupo de este tópico, de actualidad y preocupación para quienes nos encontramos vinculados con el Derecho y la tarea de comunicarlo en forma dúctil, asequible y eficaz a la

ciudadanía.⁴ En concreto, sobre el gran reto que implica para el juez una mejor elaboración y redacción del acto supremo de impartición de justicia, la sentencia, donde el Estado dice el Derecho.

Lo anterior, a partir de una premisa que estimo debe ser revalorada con mayor jerarquía dentro de la práctica forense, a saber, que la sentencia es palabra, mensaje, habla, y como tal, instrumento vital de comunicación entre el Estado-juez-Derecho y la sociedad.

Diversas posturas de identificación de la sentencia

A fin de ofrecer un marco referencial que permita contextualizar el tema en análisis, sintetizo algunas de las posiciones más destacadas sobre la naturaleza y notas distintivas de la sentencia.

1. **Sentencia como silogismo lógico.** Bajo un criterio estructural, la sentencia fue considerada como un silogismo equiparado al cálculo lógico-matemático de premisa mayor, premisa menor y conclusión (que incluso algunos planteaban como silogismo invertido: resultandos, los hechos; considerandos, el Derecho, y resolutivos, el juicio). Sin embargo, esta postura que podría calificarse como formalista, fue superada sobre la base de que en el Derecho y la sentencia influyen valores, ideologías, circunstancias históricas, sociales, políticas o económicas, que difícilmente podían ser comprendidos bajo el referido concepto de sentencia, donde el juzgador funge como nexo entre una infinita posibilidad de hechos y la ley.⁵

⁴ Respecto a estas cualidades, es oportuno recordar el concepto del Derecho dúctil de Zagrebelsky (1995).

⁵ Sobre el particular, Manuel Atienza expresa lo siguiente: "...la cuestión de las relaciones entre el Derecho y la lógica es compleja y resulta bastante oscurecida por la imprecisión con que suele hablarse de 'lógica' en el ámbito del Derecho (y en muchos otros ámbitos). En realidad, viene a ser uno de los temas clásicos del pensamiento jurídico, que suele abordarse de manera muy distinta, según las culturas jurídicas y la época de que se trate. Hablando muy en general, podría decirse que, en la cultura occidental, ha habido momentos (y direcciones) del pensamiento

2. **Sentencia como resolución judicial.** Existen resoluciones diversas dictadas por el juez, dentro de las cuales se encuentra la sentencia. Así, por ejemplo, los decretos o proveídos de mero trámite que no impulsan ni ordenan el procedimiento, como la orden de expedir copias solicitadas; los autos que impulsan u ordenan el procedimiento, crean cargas, derechos u obligaciones procesales, como la admisión de la demanda, el emplazamiento, el obsequio de medidas precautorias o la admisión o desechamiento de pruebas; y las sentencias, que a su vez pueden ser interlocutorias, cuando atienden aspectos incidentales o accesorios vinculados con el procedimiento, o definitivas, que resuelven el fondo del asunto principal. En este último caso, la sentencia se identifica con la terminación, culminación o conclusión integral, normal y natural del proceso o litigio (en la inteligencia de que existen otros mecanismos que excepcionalmente culminan el mismo, como el desistimiento, la transacción o convenio judicial y la caducidad de la instancia, entre otros).⁶

jurídico) en los que Derecho y lógica parecen haber tendido a aproximarse (por ejemplo, en el iusnaturalismo racionalista), y otros en los que la relación habría sido más bien de tensión (como ocurre con el movimiento antiformalista o realista). Como ejemplo de esto último, es inevitable citar la conocidísima frase del juez Holmes, al comienzo de su obra *The common law*: 'la vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia' (Holmes 1963, 1)". Cfr. Atienza (2005, 68-9).

⁶ Cabe precisar que ni en la doctrina científica ni en la regulación normativa existe unidad de criterio sobre la distinción y clasificación de las resoluciones judiciales. La que se comenta es aproximación a una de las propuestas que estimo más sencilla y didáctica. Cfr. Pallares (1986a); Ovalle (1991); y Gómez Lara (1980).

3. **Sentencia como decisión, declaración de la voluntad del Estado vía juzgador competente y acto central de la función jurisdiccional (*juris dicere*).** Bajo esta óptica, la sentencia constituye un elemento de la mayor importancia democrática en un Estado constitucional de derecho, donde todos los actos de sus integrantes y, sobre todo, de quienes integran los órganos de poder, se someten al imperio del orden normativo. En tal sentido, es precisamente la sentencia dictada por el juez garante del régimen democrático (cristalizado, entre otros, en una Constitución y un régimen de derechos fundamentales), el instrumento mediante el cual se salvaguardan los principios de certeza y seguridad jurídica, mediante la impartición de justicia con independencia, imparcialidad, objetividad y legalidad.⁷
4. **Sentencia como acto de interpretación, integración y recreación del derecho.** Esta forma de entender la sentencia supera la postura francesa del formalismo legal de división de poderes de los siglos XVIII y XIX, para la que la labor del juez sólo consistía en la aplicación mecánica de la ley escrita (Troper 2003, 212-20). Dicha postura identifica al juzgador como intérprete y, aún más, como verdadero integrador y creador de Derecho, a través de sus sentencias. Tema actual de debate, sobre todo en tribunales cúspide o terminales, como los de índole constitucional. Cabe destacar al respecto que en materia electoral las resoluciones adoptadas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, además de constituir por sí mismas una relevante fuente del derecho (tanto sentencias y tesis individualizadas como jurisprudencia), éstas se

⁷ Al respecto, coincido con el jurista Manuel Aragón al destacar que "...Es cierto que el Estado constitucional de derecho significa que todos los actos del poder han de estar sometidos a las normas y, en primer lugar, a la Constitución, lo que supone un sometimiento al control que ejercen órganos judiciales independientes. Por ello, el Estado de derecho es también, y necesariamente, Estado jurisdiccional de derecho." Cfr. Aragón (2002, 256).

han convertido en herramienta de suma importancia en el proceso de actualización jurídica en la materia, al grado de que sus criterios han inspirado diversas reformas constitucionales y legales (Alanís 2008, 3-24).

5. **Sentencia como documento formal y solemne.** La importancia de la sentencia como documento radica en que éste debe ser fiel reflejo de la voluntad del juzgador. El soporte físico y material de la sentencia abona en favor de la certeza y la seguridad jurídicas. Asimismo, es la sentencia un documento donde cristalizan con mayor obviedad los diversos aspectos que se abordan centralmente en el presente estudio, a saber: la sentencia como palabra e instrumento de comunicación; la sentencia como punto de encuentro entre el Derecho y la literatura, como género literario que exige rigor intelectual en su elaboración para alcanzar rectitud, claridad, congruencia y precisión; la sentencia estética, como condición que se traduce en dignidad, legitimación y justicia intrínsecas a la resolución judicial, y la sentencia en su dimensión orientadora, didáctica y pedagógica.

Sentencia como palabra y lenguaje

Es imperativo que el Derecho, expresado en la sentencia, se escriba con propiedad, “en román paladino”, lenguaje con que el hombre suele hablar a su vecino. La palabra es esencia de la sentencia judicial. Los jueces son señores de la palabra; la jurisprudencia no es sino “el nombre dado a la confianza que los hombres ponen en el poder de las palabras” (Hamilton 1934, 255).

Como se anticipó en el apartado introductorio, el Derecho está presente en todos los aspectos de la vida del hombre y por tanto nada humano le es ajeno.

Si el hombre es logos —palabra, pensamiento, expresión—, resulta evidente destacar que el Derecho y, en particular, la jurisdicción (*juris dicere*,

decir el derecho), conllevan intrínsecamente el verbo y el lenguaje, a través de los cuales concretan razones, pensamientos y decisiones, en forma oral o escrita, a efecto de plasmar y comunicar sus contenidos a justiciables y sociedad en general.

Como advierte Otto Gierke, las palabras son “la sangre y la carne de la jurisprudencia” y, por tanto, es de enorme importancia conocer su significado con la máxima precisión.⁸

Sin demérito de las mencionadas posturas sobre la identificación de la sentencia, adquiere singular importancia la que vincula a ésta, de manera directa y prioritaria, con la palabra, el habla y el lenguaje. Bajo este aspecto relativamente novedoso (motivo del presente artículo) se concibe a la sentencia como un relevante mecanismo de comunicación entre el Estado (juez) y la sociedad.

Más aún, nuevas posturas apuntan a identificar al Derecho como un sistema de actos de habla (normas jurídicas), y a la sentencia, por ende, como acto concreto y específico de habla, que conlleva implícitamente una función comunicativa. En consecuencia, se afirma, el lenguaje del Derecho (y de la sentencia, donde el juez precisamente dice el Derecho) debe procurar entre otros objetivos ser estético, como reflejo e indicio de su verdad y justicia (Berumen 2010).⁹

La sentencia se dicta o se pronuncia, y no sólo es la decisión judicial que pone fin a un conflicto sometido al conocimiento de un juez o tribunal; es también el documento que contiene tal acto decisorio y, en cuanto tal, es la forma en que los tribunales de justicia expresan su voz; el instrumento por el que la jurisdicción se manifiesta primordialmente y cuyo contenido lleva el mensaje, la orden, no sólo a las partes en el litigio sino también a la

⁸ Citado por Mendizábal (2007, 11).

⁹ Según este autor, el sugerente propósito de su texto radica en redeterminar la teoría del Derecho (específica y primordialmente la representada por Kelsen), en términos de la teoría de la acción comunicativa o del discurso de Habermas.

ciudadanía en general, de lo que el Derecho es, en tanto portadora de la interpretación autorizada de un enunciado normativo.

El lenguaje del Derecho debe ser, en todas sus manifestaciones, accesible a la ciudadanía; sólo así resulta comprensible su sentido y se alcanza la plena comunión con sus valores y principios. Sólo así se propicia el sentimiento constitucional, del que habla Pablo Lucas Verdú (1985),¹⁰ que contribuye a la legitimación del sistema jurídico.

A través de la sentencia el juez se comunica con la sociedad. De ahí la reiteración de que los jueces se legitiman a partir de los argumentos y razones expresados en sus sentencias.

La jurisprudencia es una forma de reducir la complejidad del sistema jurídico otorgando sentido a las expresiones lingüísticas; los destinatarios del mensaje judicial no son sólo las partes en un proceso, son también la ciudadanía en general, los profesores universitarios, los investigadores, los medios de comunicación, otras instancias nacionales, extranjeras e incluso supranacionales.

En México, el Poder Judicial de la Federación ha realizado en los últimos años un esfuerzo no sólo para transparentar su actuación sino también para acercarla a la ciudadanía.¹¹ La transmisión por cable o por internet de las sesiones públicas de los altos tribunales de justicia, la consulta pública de los expedientes que no se encuentran en substanciación, la apertura de nuevos procedimientos para la comunicación del juez con la sociedad (por ejemplo, la celebración de audiencias públicas o la recepción de *amicus*

¹⁰ En la obra de mérito, el jurista español plantea, entre otras aportaciones por demás sugerentes, que la eficacia del derecho no radica exclusivamente en sus componentes formales y materiales (dogmática, conceptos, categorías, figuras, postulados), sino también en la necesidad y operatividad del sentir jurídico, en el profundo sentimiento ciudadano de lo justo y de lo injusto, del convencimiento y la convicción de que el Derecho es conveniente y justo para convivir.

¹¹ Sobre el particular, dentro del programa nacional *Cómo elaborar mejores sentencias*, en mayo del presente año tuvo lugar el Encuentro Nacional de Juzgadores para la Simplificación de Sentencias, donde jueces, magistrados, abogados, académicos y especialistas abordaron temas como “La estructura formal de la sentencia”, “Problemas de coherencia y cohesión de las sentencias” y “Contenido de la sentencia simplificada”.

curiae), la conformación del **Observatorio Judicial Electoral** por el Tribunal Electoral con la participación de expertos nacionales y extranjeros para el análisis crítico de las sentencias electorales, son algunas de las acciones que se llevan a cabo no sólo para transparentar la labor jurisdiccional, sino también para acercarla a los ciudadanos, socializarla y, en última instancia, contribuir a democratizarla.

Otro paso ha de darse nuevamente en la sede misma de los tribunales, respecto de su propia voz; revisemos nuestro estilo y nuestras formas de decir el derecho, redactarlo y socializarlo; con ello estaremos contribuyendo también a reducir la opacidad del lenguaje jurídico y promoviendo la formación de entendimientos democráticos.

Requisitos de la sentencia

Toda sentencia debe reunir tres requisitos o cualidades indispensables: claridad, precisión y congruencia, de indiscutible relevancia para estar en aptitud de alcanzar el cometido de socializar el Derecho.

La sentencia es el estudio de un caso concreto a la luz de las normas jurídicas, es la investigación analítica y la solución de un conflicto individualizado. No es, por el contrario, tratado jurídico, monografía, artículo o conferencia (Mendizábal 2007, 21-3).

En tanto documento y acto, de manera más específica, la sentencia debe reunir determinados requisitos de forma o externos y de fondo o internos (Marroguín 2000, 223-315).

Requisitos de forma o externos

A. **De calidad**, consistentes en que, como documento, la sentencia debe constar por escrito, en lengua castellana (de ahí que las citas de máximas y aforismos en latín deban evitarse o, en su defecto, seguirse inmediatamente de su traducción); anotar fechas y cantidades con letra; evitar abreviaturas y raspaduras, y hacerla inteligible a través de la claridad en sus palabras y redacción. Al efecto, se deben evitar tecnicismos, reiteraciones,

transcripciones innecesarias, y usar frases cortas, con uso adecuado de signos ortográficos, puntuación, adverbios, complementarios, en fin, atender las reglas gramaticales. Los razonamientos deben ser precisos, concisos y convincentes cuyo objeto sea la austeridad literaria. Adicionalmente se debe favorecer la unidad del texto, buscando una exposición hilada y congruente, como un todo ordenado. Es indispensable que de la idea principal a la secundaria exista un nexo coherente y lógico.

B. **De estructura**, como la nítida identificación del litigio o rubro; el preámbulo o cabeza de la sentencia; resultandos: antecedentes e historia sucinta del asunto, en orden cronológico y puntos concretos con transcripciones sólo de lo indispensable; considerandos: competencia, procedencia, aspectos incidentales no resueltos, identificación de la litis, valoración de pruebas, análisis exhaustivo de agravios y efectos; resolutivos: concretos, precisos y exhaustivos. Asimismo, los no menos importantes apartados de notificación cierta y precisa; votación y pie o firmas: nombre, rúbrica y calidad del juzgador.

Requisitos de fondo o internos

A. **Motivación**, vinculada con la argumentación, interpretación e integración jurídicas.

Este requisito indispensable en toda sentencia (previsto bajo el principio de legalidad en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, traducido en la obligación de todo órgano de autoridad de motivar y fundar sus actos y resoluciones) consiste, como indica su nombre, en que en la sentencia el juez debe exponer los motivos, causas y razones que sustentan el sentido de su resolución. Es tan amplio el tema y tan distintas las perspectivas para abordarlo que, por ejemplo, el profesor italiano Michele Taruffo (2006) nos habla de la motivación como discurso justificativo, conjunto ordenado de proposiciones, indicativo lingüístico, fuente de indicios, conjunto de hechos significantes, razonamiento o lógica del juicio y retórica argumentativa.

La argumentación, entendida esencialmente como ordenación del pensamiento y la racionalidad en las decisiones, refiere al discurso justificativo de los jueces, es decir, a las razones que ofrecen como motivación de sus decisiones, implicando la aplicación de técnicas para plasmar en la sentencia los motivos sustanciales que soportan su sentido, con representantes como Wróblewski, Alexy, MacCormick, Peczenik, Dworkin, Raz, Atienza y, mi maestro, Ernesto Garzón.

La argumentación jurídica se vincula con el paso al Estado democrático de derecho, donde se advierte mayor exigencia al Estado en la toma de sus decisiones judiciales, que deberán ser apegadas a legalidad, así como de un nuevo constitucionalismo que ve la Constitución como norma jurídica, con garantías que deben hacerse realidad como la debida motivación, fundamentación y racionalidad, así como una mayor apertura social, en tanto que el Derecho, apartado del dogma, se debe justificar ante los justiciables y la sociedad en general, más consciente e informada, así como respecto del reposicionamiento de los jueces y de sus sentencias (ya no sólo la ley).

Asimismo, existe una razón pedagógica, consistente en no memorizar o reiterar preceptos previstos en un código, sino en aprender a razonar jurídicamente las decisiones.

Además, un cambio cualitativo en la concepción del Derecho y su expresión jurisdiccional: de la sentencia simplemente legal, dogmática y coactiva, a la sentencia que pretende alcanzar legitimidad, vía su racionalidad y justificación argumentativa.

La interpretación judicial, también conocida como interpretación usual, es aquella que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales como actividad siempre necesaria y previa para la correcta aplicación del Derecho.¹² Es

¹² *La Jurisprudencia en México*, Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2002, p. 339. En adición a la citada obra, exhaustiva y didáctica, cabe citar también *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Vázquez, Rodolfo (compilador), México, Fontamara, 2002.

una actividad racional tendente a desentrañar y encontrar el significado de la norma jurídica, a través de métodos como los clásicos de Savigny: gramatical, sistemático y funcional. La interpretación siempre debe ser aquella que dé consistencia, coherencia, contenido, aplicabilidad y funcionalidad a la norma y al orden jurídico en su conjunto.

La interpretación, más que resultado es actividad, camino metodológico que deconstruye el sentido de la norma para adecuarla al hecho al que se aplicará.

Actualmente se habla de la interpretación conforme con la Constitución, a cargo, preferentemente, de los tribunales constitucionales. Dicha interpretación, surgida en la Corte Suprema de los Estados Unidos, es una especie de interpretación sistemática que parte de tener a la Constitución como norma principal, de tal manera que cuando un precepto legal pueda leerse en varios sentidos, habrá que privilegiar aquel que sea más congruente con la Constitución, sin que ello implique inaplicación (pues la norma continúa vigente y sólo se le da el significado más acorde con la Ley Fundamental, relegando la posible antinomia únicamente al ámbito hermenéutico, es decir, a la interpretación que se dé a dicha normativa).

La integración procede, a su vez, ante la insuficiencia de la interpretación, a través de mecanismos como el argumento a contrario sentido, el criterio analógico, la mayoría de razón o los principios generales del derecho. De esta manera, en el artículo 14, último párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se ordena que en el orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra de la ley, la interpretación jurídica de la misma o con base en los principios generales del derecho (integración).

La integración se encuentra vinculada con la teoría de la completitud del orden jurídico y, por ende, la ausencia de lagunas en el derecho, por lo que la integración se presenta como instrumento que da plenitud hermenéutica al orden jurídico, pues el silencio, la oscuridad o insuficiencia de la ley no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de resolver una controversia.

Como apunta Bulygin (2003, 21-37), la creación del Derecho por los jueces —vía integración— es una cuestión muy debatida en los últimos 200 años y que ha recibido respuestas muy disímiles.¹³

B. Fundamentación. Requisito indispensable vinculado con el principio de legalidad, primordial exigencia de todo Estado de Derecho, por el cual la autoridad sólo puede realizar aquello que una norma legal le faculta expresamente, la que, a su vez, deberá ser conforme con las disposiciones previstas en la Constitución.

Se debe fundar en razones jurídicas, en las premisas fácticas del caso y las normas jurídicas aplicables.

Con la motivación, la fundamentación es núcleo y médula de la sentencia, por lo que es aquí donde el lenguaje jurídico debe hacer gala de claridad, precisión y congruencia. Sin embargo, o más bien por esa notoria relevancia, es en la fundamentación donde según Guasp (1943, 975) se advierte generalmente el vicio de oscuridad en el lenguaje del juez, pues tal deficiencia rara vez se produce en el fallo estrictamente dicho (resolutivos).

No basta con que el juez esté convencido de su decisión, sino además debe ser convincente, debe ser lógico. Una sentencia debe descansar en un sólido razonamiento que dé claridad y seguridad jurídica y, aunque sea discutible, no podrá ser calificada de arbitraria.

C. Congruencia de la sentencia. Desde el punto de vista procesal, es importante destacar que en la sentencia se debe observar cabalmente el principio de congruencia, tanto interna como externa.¹⁴

¹³ Para este autor, si bien resulta insostenible la separación tajante entre la función del Poder Legislativo como creador de las normas generales y el Poder Judicial como mero aplicador de esas normas, se debe tener presente que la creación judicial de normas difiere en importantes aspectos de la creación legislativa.

¹⁴ Eduardo Pallares (1986b, 628-9) manifiesta que uno de los principios esenciales que rigen a las sentencias es el de congruencia, en tanto que éstas deben ser coherentes consigo mismas y con la litis planteada. Así, expone el ilustre procesalista, los juriconsultos han identificado dos tipos de congruencia: a) Interna, consistente en que la sentencia no contenga afirmaciones que se contradigan entre sí, y b) Externa, que exige que la sentencia haga ecuación con los términos de la litis, por lo que no se puede resolver aquello que no fue materia de litigio o dejar de fallar los puntos controvertidos.

Congruencia interna. Teniendo en consideración que la sentencia es una unidad que, además de congruente, debe ser clara y precisa, en el fallo se debe cuidar la existencia de un hilo conductor que le dé orden y racionalidad, desde la narrativa de los hechos y la identificación de los agravios (precisando las causas de pedir y las pretensiones que se advierten en cada uno de ellos) hasta la valoración de estos últimos y sus efectos en los puntos resolutivos.

Congruencia externa. Lo dado en la sentencia no se debe apartar en modo alguno de lo pedido por el actor en su escrito de demanda. De hecho, estimo, uno de los méritos de la sentencia consiste en que ésta se apegue fielmente a las verdaderas motivaciones y propósitos que el enjuiciante plantea en su ocurso, gracias a la lectura detenida y cuidadosa que es menester hacer del mismo.

En materia electoral, por ejemplo, esta medida es técnicamente sustentable porque el tribunal tiene la facultad y obligación de hacer una lectura integral del escrito de demanda para encontrar el sentido de la misma, y, en su caso, suplir la deficiencia de la queja.¹⁵

La sentencia también debe ser acorde con los precedentes, a efecto de dar predecibilidad y congruencia a sus fallos, evitando cambios injustificados de criterios que sólo producen incertidumbre jurídica. En todo caso, si existe un cambio de criterio, necesariamente habrá que razonarlo. Si bien nuestro sistema jurídico no corresponde al *stare decisis* o del precedente obligatorio imperante en el derecho anglosajón, por elemental congruencia, al emitir una sentencia se deben tener presentes los precedentes.

La sentencia también debe guardar congruencia entre la realidad, la ne-

¹⁵ Este importante ejercicio de lectura de la demanda e identificación de agravios se sustentó en el criterio contenido en la tesis de jurisprudencia S3ELJ04/99, de rubro "MEDIOS DE IMPUGNACION EN MATERIA ELECTORAL. EL RESOLUTOR DEBE INTERPRETAR EL OCURSO QUE LOS CONTENGA PARA DETERMINAR LA VERDADERA INTENCION DEL ACTOR" (consultable en *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005. Compilación Oficial*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, v. Jurisprudencia, pp. 182 y 183), y en el principio de suplencia de la queja, previsto en el artículo 23, párrafo 1, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

cesidad de la problemática y la respuesta del juzgador, pues este último no puede quedar aislado e indiferente ante el conflicto que se le plantea: debe enfrentarlo y resolverlo, debe pronunciarse sobre el particular.

Siendo la Sala Superior un Tribunal constitucional en materia electoral, resulta imposible que dicho Órgano Jurisdiccional no se pronuncie con un lenguaje accesible, claro y preciso sobre las cuestiones que le son planteadas.

Más allá de la definitividad y el carácter obligatorio e inatacable de las sentencias emitidas por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,¹⁶ se debe verificar que cumplan su objetivo de legitimidad como lenguaje, palabra y medio de comunicación, asegurando así la plena eficacia de las ejecutorias y el beneficio directo a la vida democrática del país.

D. Exhaustividad. La sentencia debe resolver sobre todo lo pedido por las partes, atender todos los puntos del litigio y estudiar todas las pruebas aportadas. Bajo circunstancia o pretexto alguno se podrá aplazar, dilatar, omitir o negar la resolución de las cuestiones planteadas en juicio y cada punto litigioso debe ser debidamente atendido. En caso contrario se incurre en *citra petitio*. Sólo existe la excepción suficientemente justificada, conforme al principio de economía procesal y mediante el ejercicio de la supresión o inclusión mental hipotética de omitir el estudio de ciertos conceptos de violación por resultar evidentemente innecesario. En tal

¹⁶ Al respecto, cabe invocar lo previsto en los artículos 5º, 25 y 32 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, así como la *ratio essendi* de las tesis de jurisprudencia S3ELJ31/2002 y S3ELJ24/2001, de rubros “EJECUCION DE SENTENCIAS ELECTORALES. LAS AUTORIDADES ESTAN OBLIGADAS A ACATARLAS, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE NO TENGAN EL CARACTER DE RESPONSABLES, CUANDO POR SUS FUNCIONES DEBAN DESPLEGAR ACTOS PARA SU CUMPLIMIENTO”, y “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION. ESTA FACULTADO CONSTITUCIONALMENTE PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE TODAS SUS RESOLUCIONES” (consultables en *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005. Compilación Oficial*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, v. Jurisprudencia, pp. 107, 308 y 309, respectivamente.

sentido, es importante destacar que existe libertad del juzgador para definir en la sentencia la metodología conforme a la cual estudiará los agravios planteados, con la condición de hacerlo exhaustivamente.¹⁷

Sentencia: justicia y estética

El lenguaje jurídico y el cuidado en la redacción de una sentencia constituyen un género literario, cuyo contenido es jurídico.

En este sentido, la dimensión estética de la jurisprudencia no debe verse como superficialidad innecesaria, debe procurarse. Luis Díez Picazo (1973, 9) nos recuerda que la sentencia, vista desde la palabra, es un género literario de contenido jurídico que debe cultivarse con seriedad y responsabilidad.

Derecho y literatura/literatura y Derecho son binomio, son dos caras de una misma moneda que se interrelacionan y complementan, integrando unidad coherente, útil y eficaz.

Como anota Rafael de Mendizábal Allende (2007), literatura y Derecho tienen en común su objeto, la palabra, su significado e interpretación, por lo que el estudio de la primera puede ayudar no sólo a comprender el proceso de elaboración de la sentencia, sino a mejorar ésta y, además, a que el lector la entienda y se convenza de su acierto o justicia.

En el ámbito judicial, la claridad en las sentencias es una exigencia, derivada tanto del deber de motivar y fundamentar toda decisión, como del hecho de que la sentencia tiene como finalidad comunicar con precisión, austeridad literaria y razonamientos robustos y convincentes, la determinación adoptada.

La estética en la sentencia no refiere a aspectos externos que pudieran denotar, incluso, frivolidad. Muy lejos de eso, la estética jurisdiccional alude a la sustancia de la sentencia, su congruencia y rigor en el uso de palabras,

¹⁷ En materia electoral, dicho criterio se refleja en la jurisprudencia S3ELJ04/2000, de rubro "AGRAVIOS, SU EXAMEN EN CONJUNTO O SEPARADO, NO CAUSA LESION". *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, Compilación oficial*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, v. Jurisprudencia, p. 23.

contenidos y significados, gracias a lo cual adquiere dignidad y aceptación ante la sociedad, transitando de la simple legalidad (*imperium*) a un estadio cualitativamente distinto y superior, su legitimidad (*auctoritas*).

El universo de aspectos implicados en la compleja y delicada tarea de elaborar una sentencia judicial (fijación de litis, definición del marco jurídico aplicable, análisis de antecedentes, interpretación, integración, valoración de pruebas, exhaustividad, congruencia, ponderación y definición del fallo, en suma: motivación, fundamentación y juicio) adquieren legitimidad si se toma en serio la estética que debe guardar esa resolución, donde el Estado, en el acto democrático por excelencia, imparte justicia a través de decir el Derecho.

Como hace algún tiempo recordaba el procesalista Couture (2004,667), el principio de inmutabilidad de la sentencia exige para ésta una redacción que asegure con la mayor eficacia posible su claro entendimiento. Además, tratándose de decisiones de tribunales constitucionales, la determinación del derecho o la interpretación del mismo que se fije en una sentencia es definitiva y firme, y, por tanto, en principio, inmutable. Ello hace que la claridad sea indispensable para conocer y comprender el sentido, las razones y el alcance de la determinación.¹⁸

Al hablar de la estética de la sentencia, se debe invocar el denominado estilo forense en el dictado de las resoluciones judiciales: sentido imperativo, pues el juzgador ordena, amonesta, apercibe o impone, no recomienda, aconseja ni sugiere; evitar ejemplos, comparaciones, estimaciones académicas o recomendaciones educativas; evitar adjetivos calificativos u ofensivos a las partes y a todo sujeto, preservando la dignidad de la justicia, aun en el caso de promociones frívolas o agresivas; uso adecuado de verbos: este tribunal advierte (evitar terceras personas y subjetivismos como: estimamos, creemos, pensamos, sentimos), es infundado, la autoridad responsable afirmó, el quejoso expresa.

¹⁸ En el concepto que dicho jurista ofrece de sentencia, destaca que ésta, como documento, deberá contener el texto de la decisión fundada, expresa, positiva y precisa, sobre los puntos sometidos al conocimiento del juez.

Transcribir preceptos legales, tesis y jurisprudencias en casos excepcionales y justificados, precisando sus datos de localización; evitar citas doctrinales; evitar aseveraciones dogmáticas así como razonamientos a mayor abundamiento (sólo se justifican excepcionalmente cuando tienden a reforzar el argumento central, mas nunca cuando se citan bajo premisas ajenas o contrarias al punto de la litis). Asimismo, evitar transcripción de constancias, salvo casos excepcionales y justificados.

Carácter didáctico, orientador o pedagógico de la sentencia

En la medida en que a través de las sentencias se explica cuál es el sentido de las normas que están contendidas en los textos jurídicos —bien sea a través de las sentencias interpretativas de rechazo o de acogimiento, y en estas últimas, las reductoras, aditivas y las sustitutivas, en forma tal que se da certeza sobre el alcance de los derechos o las obligaciones de cada quien, así como de las facultades de la autoridad y los ámbitos de validez de las normas jurídicas—, creo que debe atenderse a lo que denomino la función didáctica, orientadora o pedagógica de las sentencias. Como integrante de un órgano controlador de la constitucionalidad que, por definición es cúspide o límite, asumo la responsabilidad de explicar o justificar mis decisiones, expresadas en cada sentencia o resolución, en una forma lo suficientemente clara, completa y accesible que permita a los ciudadanos, partidos políticos y autoridades conocer en forma íntegra el sentido de sus derechos y deberes.

Tengo clara la importancia de los precedentes y la vinculación del juez a los mismos, como imperativo que hace previsible y consistente la función judicial, pero también estoy convencido de la necesidad de explicar cuáles son los principios y reglas del sistema jurídico que llevan a adoptar cierta decisión en cada caso. Es decir, la labor del juez no es la de una justicia estrictamente casuística sino sistémica, que permita a la autoridad, cuyas resoluciones son materia de revisión judicial, y a los propios

justiciables conocer los valores y reglas que deben informar todo acto de autoridad, así como los procedimientos que conducen al proceso mismo de decisión. La justicia no es un arcano del monarca, sino un proceso transparente para la toma de decisiones democráticas. Nuestra tarea consiste en develar lo que es confuso y hacer más diáfano lo evidente.

Como profesional del Derecho vinculado estrechamente a la academia y la investigación jurídicas, y ahora con el privilegio de servir en la judicatura, tengo la absoluta convicción de que una de las tareas más nobles y trascendentes de la función jurisdiccional, cristalizada en sus resoluciones y sentencias, consiste en hacer de dicha encomienda un proceso de enseñanza y divulgación.

El Derecho lleva implícita una vocación didáctica, orientadora o pedagógica, que debe retomar el juez en su calidad de intérprete y aplicador destacado del propio Derecho.

Así como el maestro forja conciencias en las aulas, el juez en los tribunales debe orientar y enseñar a través de sentencias justas, congruentes y, por tanto, estéticas, especialmente a las autoridades cuyas decisiones son objeto de revisión. El juzgador debe educar en una cultura de la legalidad y regularidad constitucional como única vía de progreso social, con justicia y democracia.

Si se me permite la expresión, el juez que dice el Derecho, además de jurista, es un educador que, a través de sus sentencias, cultiva día a día el sentimiento jurídico, la tolerancia y la civilidad, la cultura de la convivencia democrática, la confianza en la justicia, el respeto a las instituciones y la credibilidad en el Derecho mismo.

La sentencia, por tanto, además de resolución formal que resuelve un caso específico o cuestión entre partes (de suyo muy importante), debe ser entendida y redactada con una perspectiva de orientación de los valores, principios y reglas que informan el sistema jurídico y que conducen a una decisión, todo lo cual debe hacerse en una forma accesible para los justiciables y, especialmente, los operadores jurídicos.

Si se tiene en consideración que, en el ámbito particular o casuístico, un litigio lleva implícita la confusión, derivada, entre otras muchas razones

posibles, de la existencia de una colisión de intereses o de la imprecisión de la normativa aplicable, así como, en el espacio genérico o sistémico, la justificación de una decisión jurisdiccional implica una prevención de eventuales conflictos, es evidente que la sentencia necesita ser orientadora, pues debe dar luz y desvanecer dicho estado de confusión, desarticulando la controversia y dirigiendo las cosas por el cauce de la legalidad, con soluciones congruentes, precisas y justas, pero sobre todo sistemáticas y funcionales.

La función jurisdiccional constituye un elemento fundamental del Estado democrático y debe cumplir, además, con un propósito didáctico, orientador o pedagógico en forma preventiva. En este sentido, como se señaló, la sentencia es el instrumento principal por el cual todo juez se comunica con la sociedad y los operadores jurídicos. En la sentencia se expresan las razones y argumentos de la decisión. A través de ella el juez declara el Derecho y orienta la conducta de los justiciables, y guía a la autoridad en los procesos de decisión y el contenido mismo de estas últimas. De su claridad dependen también la certeza de su cumplimiento y la legítima posibilidad de su impugnación.

El juez cumple una función didáctica fundamental en la construcción del Estado de Derecho. El acercamiento de la ciudadanía en general a los órganos del Estado, en particular a los jurisdiccionales, es relevante no sólo porque así se contribuye a generar confianza en las instituciones, sino también porque, como se adelantaba, sólo a partir de la socialización del lenguaje jurídico se facilita la comprensión y el sentimiento jurídico-constitucional del que habla Lucas Verdú.

El juez debe procurar cerrar la distancia entre el Derecho y la sociedad (Barak 2008, 1) de ahí que la judicatura deba motivar sus resoluciones y orientar al ciudadano a fin de que conozca y entienda el sentido y el alcance de las determinaciones judiciales, haciéndolas asequibles a todos.

Es necesario generar, por lo menos en el ámbito de impartición de justicia, un nuevo lenguaje jurídico tendente a acercar e identificar al Derecho con las personas, mediante sentencias que promuevan un lenguaje y marco conceptual accesibles, esto es, recrear la función jurisdiccional a partir del cuidado y la revaloración del léxico y la palabra.

Flujogramas como opción gráfica de comunicación judicial

Por diferentes razones, la simplicidad no siempre puede lograrse en el texto de una sentencia, pero ello no obsta para buscar mecanismos accesorios que faciliten y orienten su lectura, como la presentación anexa de índices, resúmenes y flujogramas, numeración de párrafos e, incluso, glosarios especializados. La conformación de diagramas o flujogramas, por ejemplo, permite exponer y comunicar visualmente los principales argumentos planteados en el caso. La observación desde otras perspectivas del contenido de una sentencia puede contribuir a su mejor comprensión.

En la ponencia a mi cargo, a la par de la preparación de los proyectos de sentencia que son sometidos a discusión y aprobación de los integrantes de la Sala Superior, se realizan tareas encaminadas a perfeccionar la eficacia del modelo de comunicación judicial, aprovechando las ventajas de nuevas tecnologías, a través del diseño y operación de páginas electrónicas en internet.

Este nuevo modelo de comunicación consiste, en una primera fase, en la presentación de las sentencias con un flujograma, índice y resumen, accesibles a través del sistema de consulta de sentencias de la página electrónica del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (<http://www.te.gob>).

mx), con vínculos que permiten una fácil lectura de los documentos.¹⁹

Tal herramienta es un medio pedagógico que contribuye a acercar el trabajo jurisdiccional a cualquier lector y puede ser de utilidad para los interesados y estudiosos de la materia electoral.

El flujograma permite una representación gráfica y dinámica del contenido de la sentencia, que busca proporcionar una visión simplificada de sus principales argumentos, de manera cronológica, de los hechos que generaron la controversia, el acto impugnado, las consideraciones principales de la resolución y el sentido de la misma.

El índice presenta el contenido del documento ordenado por temas, lo que facilita la ubicación de las diferentes partes que conforman la sentencia, con la ventaja de que existen vínculos entre el índice y el apartado correspondiente de la resolución consultada.

El resumen del contenido de la sentencia pretende, por su parte, sintetizar las consideraciones principales que se exponen en la resolución, a fin de evitar una larga y en ocasiones compleja lectura, permitiendo al lector encontrar los aspectos torales que llevaron al juzgador a emitir el fallo en determinado sentido.

La combinación de estos elementos constituye una herramienta que presenta la sentencia de forma breve y sencilla, no obstante que la misma pudiera ser compleja y extensa. Cabe destacar que tal instrumento no pretende subestimar y menos aún sustituir la lectura de la sentencia, sino ayudar a su mejor comprensión, mediante un lenguaje gráfico y dinámico de sus argumentos centrales.

¹⁹ En la red se encuentran más de 600 índices, resúmenes y flujogramas. El acceso a los mismos es directo, anotando el número de expediente, aparece con dicha clave la palabra resumen, o bien, a través del texto de la sentencia que se consulta, mediante el sistema ordinario de búsqueda, ya que el contenido de ésta, como su índice, resumen y flujograma, están conectados a través de vínculos que transportan de un documento a otro.

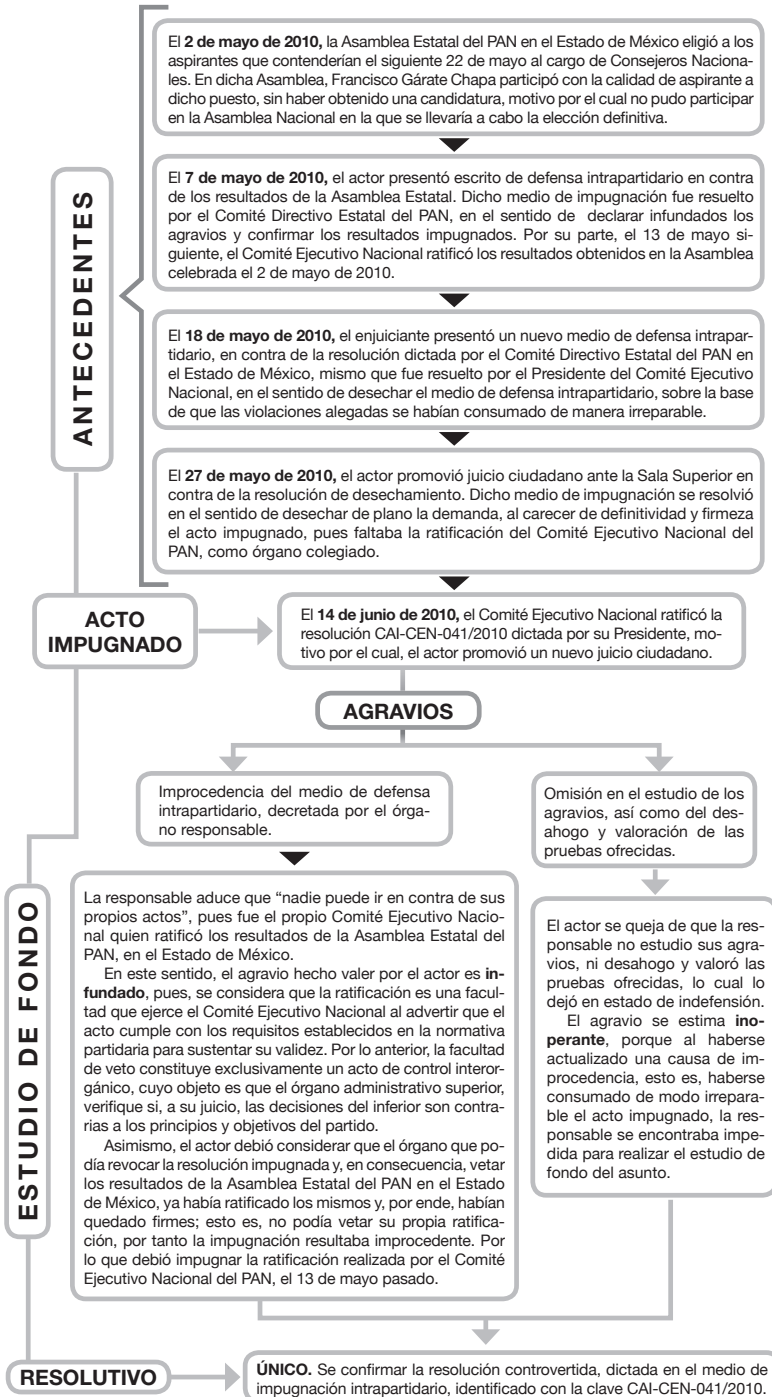
La necesidad de establecer un nuevo modelo de comunicación judicial está justificada si se atiende al número de asuntos que han ingresado a las seis Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que se eleva a 33,221 según la estadística que fue consultada el 23 de agosto de 2010. Esta cifra considerable implica que estamos hablando de un número similar de asuntos individuales²⁰ que les interesaría conocer a los ciudadanos, cuyas razones jurídicas que informan el sentido de cada determinación jurisdiccional están reflejadas en un número similar de sentencias, resoluciones, acuerdos de Sala o determinaciones conclusivas que el ciudadano tiene derecho de conocer y que están a su disposición en la página electrónica del Tribunal Electoral, así como en el archivo jurisdiccional.

Mi propuesta es tan útil como se puede ilustrar con un ejemplo. En el caso de la resolución que recayó el 26 de diciembre de 2008, en el recurso de apelación con número de expediente SUP-RAP-62/2008, sobre una sanción que se impuso a una concesionaria de televisión nacional, la extensión de la ejecutoria es de 253 páginas, lo cual se resume en cinco fojas, un índice de una sola página y un flujograma que comprende una sola cara de una hoja. Creo que este es un claro ejemplo de lo que puede identificarse como justicia accesible, con independencia de que reconozco la necesidad de que, de entrada, la sentencia debió ser reducida.

Para ilustrar lo anterior y como conclusión del presente trabajo, nada mejor que el impacto visual del:

²⁰ Lo anterior en el entendido de que el número de documentos físicos puede ser menor porque en varios asuntos se han acumulado los juicios o recursos y propiamente habría un documento único en el que se deciden dos o más asuntos en una misma sentencia o resolución.

FLUJOGRAMA



Fuentes consultadas

- Alanís Figueroa, María del Carmen. 2008. La Jurisprudencia del TEPJF: Fuente Formal de la Reforma Electoral 2007-2008. En *Estudios sobre la Reforma Electoral 2007. Hacia un Nuevo Modelo*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Alexy, Robert. 1989. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Andrés Ibáñez, Perfecto. 2000. *Lenguaje Forense, Estudios de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Aragón, Manuel. 2002. *Constitución, democracia y control*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Atienza, Manuel. 1997. *Las razones del Derecho, Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- . 2005. *El Derecho como argumentación*. México: Fontamara.
- Barak, Aharon. 2008. *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Berumen Campos, Arturo. 2010. *El Derecho como sistema de actos de habla. Elementos para una teoría comunicativa del Derecho*. México: Porrúa/ Facultad de Derecho-UNAM.
- Bulygin, Eugenio. 2003. Los jueces ¿crean derecho? En *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona: Gedisa/Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación/ITAM.
- Cazorla Prieto, Luis María. 2007. *El Lenguaje Jurídico Actual*. Pamplona: Aranzadi.
- Couture, Eduardo J. 2004. *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires: Iztacuíhuatl.
- De la Cuadra Fernández, Bonifacio. Visión periodística del lenguaje judicial. En *Lenguaje judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, serie interdisciplinaria, voces: Documentación jurídica. Documentación judicial. Lenguaje jurídico. Lingüística.

- Devis Echandía, Hernando. 1985. *Estudios de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Zavalia.
- Díez Picazo, Luis. 1973. *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, v. I. Madrid: Tecnos.
- Gómez Lara, Cipriano. 1980. Las resoluciones del tribunal, clases. En *Teoría General del Proceso*. México: UNAM.
- Guasp, Jaime. 1943. *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, t. I. Madrid: Aguilar.
- Hamilton, Walton. 1934. *Constitutionalism*. Encyclopaedia of the Social Sciences, vol. 3.
- Jurisprudencia S3ELJ04/2000, de rubro “AGRAVIOS, SU EXAMEN EN CONJUNTO O SEPARADO, NO CAUSA LESION”. *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, Compilación oficial*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, v. Jurisprudencia, 23.
- Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, así como la *ratio essendi* de las tesis de jurisprudencia S3ELJ31/2002 y S3ELJ24/2001, de rubros “EJECUCION DE SENTENCIAS ELECTORALES. LAS AUTORIDADES ESTAN OBLIGADAS A ACATARLAS, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE NO TENGAN EL CARACTER DE RESPONSABLES, CUANDO POR SUS FUNCIONES DEBAN DESPLEGAR ACTOS PARA SU CUMPLIMIENTO”, y “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION. ESTA FACULTADO CONSTITUCIONALMENTE PARA EXIGIR EL CUMPLIMIENTO DE TODAS SUS RESOLUCIONES” (consultables en *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005. Compilación Oficial*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, v. Jurisprudencia, 107, 308 y 309, respectivamente.
- Lucas Verdú, Pablo. 1985. *El sentimiento constitucional*. Madrid: Reus.
- Marroguín Zañeta, Jaime Manuel. 2000. La redacción de la sentencia. En *Técnica para la elaboración de una sentencia de Amparo Directo*. México: Porrúa.

- Mendizábal Allende, Rafael de. 2007. *El lenguaje jurídico*. Conferencia presentada en la Sesión Conmemorativa de la Fiesta del Libro en Madrid, el 25 de abril.
- Ovalle Favela, José. 1991. Resoluciones judiciales. En *Teoría General del Proceso*. México: Harla.
- Pallares, Eduardo. 1944. *El Derecho Deshumanizado*. México: Botas.
- . 1986a. Resoluciones judiciales. En *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. México: Porrúa.
- . 1986b. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Voz: Principio de congruencia de las sentencias. México: Porrúa.
- Recaséns Siches, Luis. 2000. *Introducción al Estudio del Derecho*. México: Porrúa.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2002. *La Jurisprudencia en México*. México: Poder Judicial de la Federación/Suprema Corte de Justicia de la Nación, México.
- Steiner, George. 2006. “La argumentación y su expresión en la sentencia”. En *Los logócratas*. Madrid: Siruela.
- Taruffo, Michele. 2006. *La Motivación de la Sentencia Civil*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Tesis de jurisprudencia S3ELJ04/99, de rubro “MEDIOS DE IMPUGNACION EN MATERIA ELECTORAL. EL RESOLUTOR DEBE INTERPRETAR EL OCURSO QUE LOS CONTENGA PARA DETERMINAR LA VERDADERA INTENCION DEL ACTOR” (consultable en *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005. Compilación Oficial*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, v. Jurisprudencia, pp. 182 y 183).
- Troper, Michel. 2003. El poder judicial y la democracia. En *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona: Gedisa/Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación/ITAM.
- Vázquez, Rodolfo, comp. 2002. *Interpretación jurídica y decisión judicial*. México: Fontamara.

Vives, Luis. 1947. Las Disciplinas. En *Obras Completas*, Parte 1, Libro IV, Cap. I, Madrid: Aguilar.

Zagrebelsky, Gustavo. 1995. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta.

Los jueces de la democracia y los derechos fundamentales previstos en los tratados internacionales

*The judges of democracy and fundamental rights
considered by international treaties*

Pedro Esteban Penagos López*

RESUMEN

El documento destaca el papel de los jueces en el Estado de Derecho realizando una diferencia de los “estados con Derecho” en razón de la perspectiva protectora y la garantía que en el primero se hace de los derechos fundamentales.

En el artículo se exalta una postura activa del juez en su papel de garantista de los derechos a través del orden jurídico interno e internacional.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales, tratados internacionales, jueces, Estado de Derecho.

ABSTRACT

The document underlines the role of judges in the rule of law. It states the difference between this concept and the states with rights in the protective perspective and the warranty of fundamental rights made in the “rule of law”.

The article highlights the active role of the judge as a guarantor of rights through domestic and international legal order.

KEYWORDS: fundamental rights, international treaties, judges, rule of law.

* Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Jueces del Estado democrático y jueces del Estado legal de derecho

Los jueces, por regla general, cumplen una función de realización de los valores democráticos y de control del poder público, porque con sus sentencias contribuyen a una sociedad más justa y a un mejor gobierno.

En torno a esa postura, han surgido movimientos de jueces, que a través de sus sentencias, buscan afianzar los derechos fundamentales con el objeto de hacerlos efectivos en los estados democráticos, como acontece en España con **Jueces para la Democracia**,¹ en Italia con la **Magistratura Democrática y el Movimiento por la Justicia**; y en toda Europa con los **Magistrados Europeos para la Democracia y las Libertades**.

En México, es posible sostener que los jueces federales contribuyen en la construcción de la democracia y han cumplido el papel histórico de respeto y defensa en materia de derechos fundamentales.

Lo anterior con las particularidades de nuestra cultura jurídica y derivado de la larga tradición del juicio de amparo, lo que se ha reforzado con la acción de inconstitucionalidad y el sistema integral de medios de defensa en materia de derechos político-electorales.

El actual Estado de Derecho se distingue por institucionalizar jurídicamente la democracia.² En este sistema, el derecho es la base fundamental para controlar el poder político y para ejercer los derechos y libertades de los individuos de una sociedad, es decir, en el modelo democrático de Estado, las actuaciones de los órganos del poder están sujetas a lo expresamente establecido por la ley y tienen como límite el respeto irrestricto de los derechos fundamentales.

¹ En España, Jueces para la Democracia, nació como corriente de la Asociación Profesional de la Magistratura (APM) el 28 de Mayo de 1983. Sus principales objetivos son: trabajar por una organización judicial realmente funcional a los valores superiores del ordenamiento constitucional: "libertad, justicia, igualdad y pluralismo político" y por la democratización de la "carrera judicial"; reivindicación de la crítica interna/externa y de un tipo de juez comprometido con la realidad de la *polis*; independencia frente al poder y apertura a la sociedad.

² Respecto al significado democrático del Estado de Derecho, véase Elías Díaz (2004, 63 y ss).

Actualmente, se pueden distinguir los estados de derecho, de los estados con Derecho.

En los estados de derecho se establecen límites al poder público y se potencia el ejercicio de libertades individuales y políticas de sus habitantes. En los estados con Derecho, sólo se producen normas jurídicas que, en mayor o menor medida, se utilizan por los poderes públicos para su ejercicio y la solución de conflictos propios de la organización social.

En un Estado con Derecho, la actividad de los jueces se distingue por sus tecnicismos, por su fidelidad a la ley y por su concepto de la Constitución como ideario político, más que como una norma jurídica a interpretar. En este sistema, la efectividad de los derechos fundamentales depende del desarrollo de las normas secundarias.

En un Estado de Derecho, los jueces tienen un papel más activo, sus interpretaciones suelen ser progresistas, potencian los derechos fundamentales y entienden a la Constitución como la norma máxima de “guía interpretativa” para dictar sus sentencias.³ En este modelo, la efectividad de los derechos fundamentales no depende de lo que haga el legislador secundario, pues deriva de su importancia y primicia en el sistema normativo, por lo cual, deben observarse en forma directa y salvaguardarse a través de la interpretación.

A este tipo de jueces se les conoce como jueces democráticos de Derecho y, por ello, deben tener cualidades que los distingan de aquellos jueces de sistemas no democráticos, que se circunscriben a la aplicación literal de la ley.

En los sistemas democráticos de Derecho, la Constitución es un marco jurídico supremo que vincula a todos los poderes públicos y, en espe-

³ Dice Zagrebelsky, que: “Quien examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo. [...] La novedad que contiene (la fórmula del Estado Constitucional) es capital y afecta a la posición de la Ley. La Ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto, de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecida en la Constitución.” (1997, 33-4).

cial a los jueces, para que a través de la interpretación hagan efectivos los derechos fundamentales, principios y valores en él contenidos.

Ello es así, porque la democracia no debe concebirse únicamente de manera formal, aun cuando ésta sea un requisito *sine qua non*, pues es necesario también concebirla en sentido material, ya que la democracia sólo es posible a través de su concreción en todos los ámbitos de la realidad social (Ferrajoli 2009, 33-4), para lo cual, resulta trascendental la participación de los jueces, a fin de garantizar los derechos fundamentales y evitar el ejercicio autoritario del poder público.

En conclusión, el juez del Estado constitucional de derecho debe erigirse como garante de los derechos fundamentales, porque éstos constituyen la “dimensión sustancial de la democracia” (Ibáñez 2003, 247), ya que sólo a través del pleno ejercicio de esos derechos, es posible la materialización de un régimen de libertades.

De ahí la trascendencia de que los jueces de la democracia en el desempeño de su función, tutelen los derechos fundamentales previstos en el orden jurídico mexicano, el cual incluye a los tratados internacionales de los que México es parte y que actualmente conforman, junto con la Constitución y las leyes que de ella emanan, el marco jurídico democrático de los derechos fundamentales a favor de los individuos.

Los derechos fundamentales previstos en los tratados internacionales

El fin de la segunda guerra mundial del siglo XX, trajo como consecuencia que los países con aspiraciones democráticas ampliaran el catálogo de derechos fundamentales en sus textos constitucionales y suscribieran diversos tratados internacionales en la materia, con lo que se consolidaron los Estados Democráticos y se expandió del reconocimiento de los derechos y las libertades fundamentales de los individuos.

Es decir, despertó la necesidad de proteger los valores de libertad, igualdad y dignidad humana, como si hubiese emergido una nueva

conciencia colectiva que se negaba a regresar a ese pasado lacerante; muestra de ello, es el consenso con el cual se logró la emisión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, de la Organización de las Naciones Unidas, que constituye un acuerdo emblemático para la internacionalización de los derechos.

A esa línea de acción se ha sumado el Estado mexicano, ampliando el catálogo de los derechos fundamentales a través de diversas reformas constitucionales, así como con la suscripción y ratificación de múltiples tratados internacionales en la materia.

Aunado a lo anterior, la Constitución mexicana es expresa en ese aspecto, ya que en el artículo 133 establece que los tratados internacionales, entre otras leyes, serán la Ley Suprema de la Unión, por lo que reconoce que forman parte de nuestro marco jurídico.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que los tratados internacionales tienen efectos vinculantes, en la medida en que el Estado mexicano, al suscribirlos, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno.⁴

De tal manera que, como los tratados internacionales suscritos por el Estado son parte del orden jurídico, los jueces tanto federales como locales, en materia de derechos fundamentales, deben aplicarlos e interpretarlos en sus resoluciones; esto es así, además, porque el artículo 133 de la Carta Magna dispone que los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

Bajo estos postulados, los jueces al impartir justicia en los casos concretos sometidos a su consideración, deben tomar en cuenta las normas,

⁴ Tesis P. IX/2007, consultable en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, abril de 2007, p. 6, con el rubro: TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

principios y valores que se desprenden de la propia Constitución, de las leyes que de ella emanan y de los tratados internacionales, cuando se trate de derechos fundamentales.

Esta convicción es adoptada también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁵ pues al resolver el caso *Almonacid Arellano y otros*, contra la República de Chile, estableció que:

Los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones del tratado no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin.

En esta línea de pensamiento, en México existen dos constituciones locales de vanguardia, como son las de Tlaxcala y Sinaloa,⁶ pues en ellas se reconoce que en materia de derechos humanos, deben aplicarse los tratados internacionales.

En el ámbito internacional, se encuentra un ejemplo de relevancia que va más allá del criterio expuesto y que se contiene en la Constitución de Sudáfrica de 1996, que en su artículo 39 prevé que cuando se interpreta la Declaración de Derechos Individuales, los jueces no sólo deben tomar en cuenta los instrumentos internacionales, sino además, la ley extranjera, cuando resulte más benéfica.

⁵ A la cual el Estado mexicano reconoció competencia contenciosa el 16 de diciembre de 1998.

⁶ El artículo 16 de la Constitución Política de Tlaxcala, dispone que la interpretación en materia de derechos humanos debe atender a los criterios sostenidos por los organismos internacionales reconocidos por el Estado mexicano. Asimismo, la Constitución Política de Sinaloa prevé en el artículo 4 Bis C, que el sentido de los derechos humanos se determinará de conformidad con los criterios interpretativos de los organismos internacionales, especialmente los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Disposición que aunque se considera discutible en su último postulado, porque permite la aplicación de leyes no aprobadas expresamente por el Estado, muestra una gran apertura en la protección de los derechos humanos.

Dicho precepto dice:

39. Interpretando la Declaración de Derechos Individuales

(1) Cuando se interpreta la Declaración de Derechos Individuales, una corte, tribunal o foro:

- (a) debe fomentar los valores que subrayan una sociedad abierta y democrática basada en la dignidad humana, la igualdad y libertad;
- (b) debe considerar la ley internacional; y
- (c) puede considerar la ley extranjera.

(2) Cuando al interpretar alguna ley y cuando al desarrollar la ley común o ley consuetudinaria todas las cortes, tribunales o foros deben fomentar el espíritu, los objetivos y el significado de la Declaración de Derechos Individuales.

(3) La Declaración de Derechos Individuales no niega la existencia de otros derechos y libertades reconocidas o conferidas por la ley común, la ley consuetudinaria o legislación mientras estén en concordancia con la Declaración.

Estos ejemplos dan certeza de que los jueces de la democracia, ya bien de la federación o de las entidades federativas, cuando conocen y resuelven casos relacionados con los derechos fundamentales, deben tomar en consideración lo establecido en los tratados internacionales, por constituir parte del marco jurídico mexicano, al concebirse como Ley Suprema de la Unión.

La maximización de los derechos fundamentales

La concepción que constreñía al juzgador a la aplicación literal de la ley, como se precisó, ha sido superada en materia de derechos fundamentales, ya que al adoptarse el sistema democrático de gobierno, implicó sostener que vivimos en un Estado de Derecho, por ello, debe entenderse al sistema jurídico como un conjunto de normas, principios y valores y al modelo de jurisdicción como aquél en el que predomina una visión garantista e integral en la que deben maximizarse los derechos fundamentales.

Esto debe entenderse así, porque la Constitución general de la República tiene entre sus finalidades la de instaurar la democracia como un sistema de vida y muestra apertura para esa potenciación, ya que en su artículo 1º se asienta que en ella se establecen las garantías mínimas que se otorgan a los individuos.

Dicho precepto, también prohíbe restringir los derechos fundamentales más allá de lo expresamente previsto en la Constitución, lo que lleva a concluir que una postura garantista de protección a los mismos, debe atender a su maximización, tomando en consideración que el reconocimiento de los derechos fundamentales constituye un punto de acuerdo de las naciones que han adoptado el sistema de gobierno democrático y que se han autoimpuesto para el respeto de la dignidad de los seres humanos entre sí y frente al Estado.

Además, es posible advertir que esos derechos, en los sistemas democráticos, se encuentran protegidos por lo que algunos constitucionalistas denominan el principio de progresividad, que consiste en que conquistado un derecho fundamental a través de cualquier ordenamiento legal, ya no puede eliminarse y su aplicación o interpretación debe coadyuvar a su maximización y pleno ejercicio, evitando el retroceso o restricción, sin justificación constitucional.

Por ello, cabe decir que la conformación de una jurisdicción democrática en nuestro país, solamente es posible con el compromiso de los jueces

en la búsqueda de la potenciación de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, en las leyes que de ella emanan y en los tratados internacionales, ya que únicamente la ampliación e interpretación expansiva de esos derechos, los hará verdaderos jueces de la democracia.

Conclusión

Los derechos fundamentales constituyen la esencia de los sistemas democráticos de nuestro tiempo y los tratados internacionales en la materia contribuyen a potenciarlos, por lo que es viable sostener que los jueces de la democracia tienen el deber de aplicarlos e interpretarlos, para llevar a aquellos a su máxima expresión.

Esto, porque es evidente que existe una dinámica expansiva en el respeto y la defensa de los derechos fundamentales, que no debe soslayarse porque implica la dignificación humana, por ello debe asumirse el compromiso del ejercicio jurisdiccional, con una firme vocación democrática.

En suma, no sería posible concebir una verdadera democracia sin una jurisdicción que comparta esos principios, que busque el respeto, la protección y la potenciación de los derechos fundamentales, así como no es posible afirmar que exista un Estado democrático de derecho, sin un verdadero Estado jurisdiccional democrático de derecho.

Fuentes consultadas

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Vigente con la última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 29 de julio de 2010.
- Constitución Política del Estado de Sinaloa. Vigente con la última reforma publicada en el *Periódico Oficial del Estado*, el 4 de octubre de 2010.
- Constitución Política del Estado de Tlaxcala. Vigente con la última reforma publicada en el *Periódico Oficial del Estado*, el 11 de marzo de 2009.
- Díaz, Elías. 2004. Estado de derecho. En *Filosofía Política II. Teoría del Estado*, ed. Ruiz Miguel, Alfonso. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, Luigi. 2009. *Paradigmas de la democracia constitucional*. Buenos Aires: Editorial AR.
- Ibáñez, Andrés. 2003. Democracia con jueces. En *La función judicial. Ética y democracia*, comps. Malem, Jorge et al. Barcelona: Gedisa/Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación/Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Tesis P. IX/2007, consultable en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, abril de 2007, p. 6, con el rubro: TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.
- Zagrebelsky, Gustavo. 1997. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 2ª ed. Madrid: Trotta.

Dueling banjos entre la Suprema Corte y el Tribunal Electoral*

*Dueling banjos between
Supreme Court and Electoral High Court*

María Macarita Elizondo Gasperín**

RESUMEN

Aborda la problemática competencial que se suscitó a partir de 1996 entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en cuanto al control de constitucionalidad en materia electoral. Se considera que la reforma de 2007 al artículo 99 constitucional no fue suficiente para resolver tal conflicto, por lo cual se analizan dos alternativas de solución: el fortalecimiento del Tribunal Constitucional Electoral, así como la proyección federal de la figura de una Sala Constitucional-Electoral, recientemente creada por el H. Congreso del Estado de Nayarit como parte del Poder Judicial de esa entidad federativa.

PALABRAS CLAVE: control de constitucionalidad, reforma constitucional de 2007, Tribunal Constitucional Electoral.

ABSTRACT

Speak on the competential problematic that was raised since 1996 between the Supreme Court of Justice of the Nation and the Electoral Court of the Judicial Power of the Federation regarding the control of constitutionality in electoral matter are reviewed here. It is considered that the reform of 2007

* Agradezco al licenciado Rubén R. García Clarck por su intervención en la compilación del material fuente de este estudio, así como sus atinadas observaciones al mismo.

** Consejera Electoral del Consejo General del Instituto Federal Electoral.

to the 99 constitutional article was not sufficient to solve that conflict, so two alternatives of solution are analyzed: 1) the strengthening of the constitutional electoral court; and 2) the projection in the federal level of the figure of a constitutional electoral chamber, recently created by the Congress of Nayarit State as a part of the judicial power of this federal entity.

KEYWORDS: control of constitutionality, constitutional reform of 2007, Electoral Constitutional Court.

Introducción

Los ejos estamos de la polémica que sostuvieron a finales del siglo XIX los distinguidos juristas José María Iglesias e Ignacio L. Vallarta sobre si el Poder Judicial es competente o no en materia electoral. La historia falló a favor de la posición de Vallarta en contra de judicialización de la política, lo que se tradujo en la politización de la justicia, por la solución política que se daba, en el seno de los colegios electorales, a los conflictos y reclamos derivados de las elecciones. Esto significó la ausencia de justicia electoral, ya que nunca se hizo efectivo el recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en contra de resoluciones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados. Tal recurso fue incorporado al artículo 60 de la Constitución General del República, en 1977, con la siguiente restricción: “Si la Suprema Corte de Justicia considera que se cometieron violaciones sustanciales en el desarrollo del proceso electoral o en la calificación misma, lo hará del conocimiento de dicha Cámara para que emita nueva resolución, misma que tendrá el carácter de definitiva e inatacable” (DOF 1977, 3). Con la reforma de 1986 al mismo artículo constitucional, esta función se materializó en el Tribunal de lo Contencioso Electoral, pero las últimas instancias seguían siendo los colegios electorales. La reforma constitucional y legal de 1989-1990 crea el Tribunal Federal Electoral, que en un inicio se mantuvo subordinado a los colegios electorales, cuyas resoluciones eran también definitivas e inatacables.

El criterio de Vallarta prevaleció durante más de un siglo, hasta que se creó en 1996 el Tribunal Electoral como “la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación” (DOF 1996, 5). La reforma constitucional del mismo año asignó a la SCJN la atribución para conocer de las acciones de inconstitucionalidad que promuevan los partidos políticos en contra de normas electorales de carácter general federal o estatales (Cfr. DOF 1996, 7).

Como se puede notar, las reformas de 1987 a 1996 trajeron consigo la sustitución paulatina de los colegios electorales por los tribunales electo-

rales y le dieron la razón a Iglesias, que sostenía la procedencia del amparo frente a autoridades que tuvieran un origen electoral ilegítimo, es decir, incompetencia de origen. Aunque el amparo como tal sigue siendo improcedente en materia electoral, la reforma de 1996 faculta al TEPJF para resolver en forma definitiva e inatacable sobre las “impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos político-electorales de los ciudadanos” (DOF 1996, 6).

De esta manera, nuestro país transitó de un sistema de justicia electoral de carácter predominantemente político, también conocido como tradicional o clásico, al establecimiento de un Tribunal especializado en materia electoral, con la asignación del control constitucional a un órgano diverso a la Corte Suprema, coincidiendo en ello con la mayoría de los países latinoamericanos. En este tránsito se perdió de vista el sistema austriaco, que predomina en Europa, el cual se caracteriza por un contencioso jurisdiccional constitucional. Este sistema asigna a un Tribunal constitucional, de carácter autónomo, el control de la constitucionalidad de las leyes en general, así como la atribución de conocer de las impugnaciones en materia de elecciones y procedimientos electorales (Cfr. CPA 1920, 65).

Sin embargo, los problemas surgidos de la aplicación de las reformas de 1996 y 2007, entre los que destaca una accidentada e insuficiente distribución de las tareas relacionadas con el control de constitucionalidad en materia electoral entre la Corte y el TEPJF, así como las variantes de control constitucional y de justicia electoral que han adoptado las entidades federativas de nuestro país, constituyen motivos de reflexión sobre la pertinencia de integrar la función jurisdiccional electoral a un órgano superior de control constitucional, siguiendo el modelo austriaco.

Problemas de aplicación de las reformas de 1996 y 2007

La división de funciones que estableció la reforma de 1996 entre la Corte y el Tribunal Electoral no estuvo exenta de divergencias, tanto que la sen-

tencia 2/2000 de la SCJN, acota las atribuciones del TEPJF en los siguientes términos:

La facultad para resolver sobre la contradicción de normas electorales y la Carta Magna está claramente limitada por mandato constitucional al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que el Tribunal Electoral sólo puede manifestarse respecto de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto constitucional, siempre que ésta no sea para verificar la conformidad de una ley electoral con el propio Ordenamiento Supremo, ya que de lo contrario estaría ejerciendo una facultad que constitucionalmente no le corresponde (*apud Elizondo et al.* 2007, 127).

Esta sentencia, como lo advertimos en su momento, dio cabida a que se cometiesen un sinnúmero de violaciones al orden constitucional sin que existiera el medio de control constitucional efectivo que las estudiara, ya que el TEPJF, aun observando que mediante un acto de aplicación derivado de una ley electoral se está transgrediendo el orden constitucional, no tenía para entonces ya facultades para restaurar la violación cometida.

Asimismo resultó limitante el alcance de la acción de constitucionalidad establecida en el artículo 105 de nuestra Carta Magna, que restringe su procedencia a normas generales como las leyes y los tratados, no así a reglamentos autónomos y otras normas de impacto social. Ante esta situación fue que nos sumamos a la corriente que propugna reformar la segunda fracción del citado artículo constitucional para explicitar y reafirmar la función que venía ejerciendo el TEPJF antes de la resolución de contradicción de tesis 2/2000, a fin de que controlara la constitucionalidad de las leyes electorales a través del acto concreto de aplicación; así como reformar la misma fracción para ampliar los supuestos de procedencia de las acciones de constitucionalidad a otras normas de carácter general o disposiciones normativas con fuerza de ley (Cfr. Elizondo 2007, 280).

Recordemos que la sentencia 2/2000 derivó en las tesis de jurisprudencia 25/2002 y 26/2002, en las cuales la Corte determinó que la única vía para impugnar las leyes electorales es a través de la acción de inconstitucionalidad ante la SCJN. Tal acción de inconstitucionalidad podría ser presentada sólo por las minorías parlamentarias, las direcciones nacionales de los partidos políticos o la Procuraduría General de la República.

Posteriormente, con la reforma constitucional de 2007, por lo menos, se eliminó la restricción que impuso la sentencia y las mencionadas tesis de jurisprudencia al Tribunal Electoral, ya que se estableció de manera expresa la facultad del TEPJF para ejercer funciones de control de constitucionalidad en materia electoral, mediante resoluciones que determinen la no aplicación de leyes electorales contrarias a la Carta Magna. En general, el control constitucional en materia electoral, federal, quedó dividido a ese alto nivel de máxima ley entre el Tribunal Electoral y la SCJN como lo establecen los siguientes artículos constitucionales:

Artículo 99. El Tribunal Electoral será, con excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 de esta Constitución, la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación.

(...)

Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (DOF 2007, 6).

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

(...)

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse... por:

(...)

f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro (DOF 1996, 5).

El conflicto de competencias en materia de control constitucional-electoral que trajo consigo la reforma de 1996 fue sensiblemente aminorado con la reforma de 2007, lo cual se manifiesta en un cumplimiento habitual de funciones: la Corte ha venido procesando diversas acciones de inconstitucionalidad y el TEPJF un nutrido número de juicios de revisión constitucional, informando oportunamente a la SCJN. No obstante lo anterior, lo ideal sería subsumir en un solo órgano tanto el control abstracto como el concreto de la constitucionalidad en materia electoral y dejar atrás los problemas de competencia que pudieren generarse en la división.

A manera de ejemplo, recordemos un juicio de revisión constitucional que está relacionado con la designación de autoridades electorales por el Poder Legislativo; se trata del expediente SUP-JRC 401/2006, en que la Sala Superior del TEPJF resolvió, por incumplimiento de requisitos, la destitución de dos magistrados del Tribunal Electoral de Yucatán nombrados por el Congreso de aquella entidad. La Sala Superior justificó de la siguiente manera su competencia para conocer el caso:

No obsta que la autoridad responsable sea un órgano legislativo, porque la designación de magistrados para un Tribunal electoral

constituye un acto de preparación de las elecciones, razón por la cual, de conformidad con los artículos 41 fracción IV, 99 párrafos primero y cuarto fracción IV, y 116 párrafo segundo fracción IV incisos b), c) y d) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se surte la jurisdicción y competencia de este Tribunal (TE-PJF 2006, 2 y 3).

Asimismo invoca la tesis de jurisprudencia S3ELJ 04/2001, que vincula la designación de autoridades electorales con la organización del propio proceso electoral.

En contraste con lo anterior, tenemos un caso reciente: en el Estado de México un órgano judicial federal intervino en la reinstalación de un consejero electoral local, con el argumento de que el Congreso local no tiene facultades para destituir de facto a los integrantes del órgano electoral local. Se trata de la resolución del Primer Tribunal Colegiado Auxiliar en Materia Administrativa que ordena la restitución de un consejero del Instituto Electoral del Estado de México. La respuesta del Congreso del Estado de México fue declararse material y legalmente imposibilitado ante el Poder Judicial Federal para acatar la resolución antes referida del Primer Tribunal Colegiado Auxiliar.¹ Este caso abre una vía alterna de control constitucional respecto de la integración de los órganos electorales locales, a saber, la vía del amparo en materia administrativa. También pone de manifiesto los obstáculos que se pueden presentar en esta ruta, cuando se bifurca la vía constitucional electoral en diversos órganos judiciales federales, haciendo preferible y sumamente necesaria la vía constitucional electoral a cargo de un solo órgano.

La vía que podemos suponer como primera opción para atender el caso referido habría sido un juicio de protección de derechos político-electorales o un juicio de revisión constitucional a cargo del TEPJF; sin em-

¹ Véase *El Universal*, 28 de junio, 5 y 8 de julio de 2010.

bargo, el actor prefirió la vía del juicio de garantías, que ha llevado el caso a un callejón sin salida y a la imposibilidad material y legal de dar fiel cumplimiento a una resolución firme e inatacable de un juzgador de amparo.

A través de estos casos podemos apreciar la intersección de funciones de control constitucional: dos órganos integrantes del Poder Judicial: por un lado, un Tribunal Colegiado de Circuito y, por el otro, una Sala del Tribunal Electoral, analizando casos concretos a la luz de preceptos constitucionales; el primero por vía de un juicio de garantías y el segundo por medio de un juicio de revisión constitucional electoral, emiten resoluciones que impactan en la conformación e integración de autoridades electorales locales y con ello en los procesos electorales locales.

Ahora bien, las facultades de control constitucional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación con impacto en el ámbito local no sólo han entrado en intersección con las atribuciones de otro Tribunal federal, como en el caso referido del Estado de México, sino que también se empalman con las funciones que en materia de justicia constitucional han sido asignadas por los congresos locales a los órganos judiciales de las entidades federativas. En este sentido, un mismo acto o resolución de una autoridad electoral local puede ser valorado en su apego a la Constitución local por el Poder Judicial de la entidad federativa correspondiente o por el TEPJF, lo cual puede derivar en conflictos de carácter competencial.

El conflicto entre un órgano de carácter federal y otro local encargados del análisis constitucional y, además, legal sobre casos en materia electoral local, ha propiciado que los propios congresos de las entidades federativas incorporen en sus constituciones mecanismos de control constitucional local, que en algunos casos tienen también funciones jurisdiccionales en materia electoral, como se verá más adelante.

Modalidades de la justicia constitucional y electoral en las entidades federativas

Hasta 2007, como lo hemos expuesto en el libro *Control Constitucional en Materia Electoral*:

1) hay Estados de la República en donde no se regulan instrumentos para la tutela del orden constitucional local, ni para garantizar la constitucionalidad de los actos y resoluciones electorales, como en los Estados de: Baja California Norte, Distrito Federal... Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas y Yucatán; 2) hay estados miembros de la federación donde no existen medios de control constitucional local, pero en materia electoral, sí es factible controlar la constitucionalidad de los actos y resoluciones electorales, como ejemplo tenemos los Estados de: Aguascalientes, Baja California Sur y Puebla; ; 3) hay Estados en el país donde sí se contemplan algunos mecanismos de control constitucional local y además, en materia electoral es viable controlar la constitucionalidad de los actos y resoluciones de las autoridades electorales, como en los Estados de Campeche, Colima, Morelos, Nuevo León y Tabasco; 4) existen Estados en el territorio nacional que cuentan con algunos medios de control de la constitución local, pero en materia electoral no se puede realizar el control constitucional de los actos y resoluciones electorales, tal como sucede en los Estados de Durango, Oaxaca, Querétaro, Sinaloa y Zacatecas; y 5) existen entidades federativas que cuentan con mecanismos de control constitucional local donde se excluye expresamente su procedencia en materia electoral, y además, se hace patente que el sistema de medios de impugnación en materia electoral tiene por objeto el control de la legalidad, dichas entidades federativas son: Estado de México y Guanajuato (Elizondo 2007, 237-8).

Adicionalmente, el Congreso de Nayarit creó en fecha reciente una Sala Constitucional-Electoral dentro del Poder Judicial de la entidad. Esta Sala fue creada bajo el siguiente criterio histórico-comparativo:

A partir del año 2000, se inicia un movimiento interesante de modificación a los textos constitucionales de algunos estados, creando instrumentos de control constitucional del orden local; Veracruz, primero, seguido por Tlaxcala, Chiapas y Coahuila, son los pioneros en México de la justicia constitucional local. El principio de supremacía constitucional es llevado al ámbito del derecho local, con el objeto de articular el sistema normativo de cada estado y sujetarlo a los principios fundamentales consagrados en el orden constitucional respectivo (CEN 2009, 19).

Cabe advertir que las diferencias entre las cuatro entidades referidas son considerables. En Veracruz existe una Sala Constitucional, pero la función de justicia electoral está a cargo de un Tribunal electoral, definido como órgano especializado del Poder Judicial del estado. En cambio, en Coahuila y Tlaxcala el propio Tribunal Superior de Justicia adquiere carácter de Tribunal de control constitucional. En Coahuila se denomina Tribunal Constitucional Local y en Tlaxcala recibe el nombre de Tribunal de Control Constitucional. Por último, en Chiapas existe el Tribunal Constitucional, concebido como parte del Poder Judicial local, así como la Contraloría de la Legalidad Electoral. El presidente del Tribunal Constitucional de Chiapas es también quien preside el Tribunal Superior de Justicia del estado.

Aunque no existe un patrón común entre las cuatro entidades referidas, salvo que todas cuentan con órganos de control constitucional integrados al Poder Judicial, es notoria la coincidencia en el criterio de asignar las tareas en materia de justicia constitucional, junto con otras competencias jurisdiccionales, al órgano correspondiente, ya se trate del Pleno del Tribunal Superior de Justicia o de un Tribunal o Sala especializados.

En este contexto, cabe abordar el ya referido caso de reforma constitucional en Nayarit, aprobada por el Congreso local en 2009, que dio como resultado la creación de la figura de una Sala Constitucional-Electoral, que forma parte del Tribunal Superior de Justicia de la entidad, como veremos a continuación.

El Tribunal Electoral del Estado de Nayarit y el TEPJF: historias paralelas que se bifurcan

La historia del órgano jurisdiccional electoral en Nayarit ha transitado por las mismas etapas que el correspondiente federal, con un cambio muy significativo que ocurre en 2009, cuando las líneas paralelas se bifurcan. En efecto, en 1986, como resultado de estas reformas constitucionales, surge la figura del Tribunal de lo Contencioso Electoral (TRICOEL) tanto en el ámbito federal como en el estado de Nayarit. En el primer caso, el TRICOEL fue dotado de plena autonomía para resolver los recursos de apelación y queja, mientras que en el segundo caso, el nuevo Tribunal está facultado para conocer y sustanciar los recursos de revocación, revisión, apelación y queja.

En la década siguiente a la de su creación, ambos tribunales adquirieron nuevas denominaciones: Tribunal Federal Electoral (TRIFE, en 1990) y Tribunal Electoral del Estado de Nayarit (TEEN, en 1993). El TRIFE queda definido en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales como “el órgano jurisdiccional autónomo en materia electoral, que tiene a su cargo la sustanciación y resolución de los recursos de apelación y de inconformidad... así como la imposición de sanciones” (DOF 1990, 63). Por cuanto al TEEN, está definido en la Ley de Justicia Electoral del Estado de Nayarit como sigue: “El Tribunal Electoral del Estado, es el órgano jurisdiccional autónomo que tiene a su cargo la sustanciación y resolución de los medios de impugnación dentro del ámbito de su competencia, que previene esta ley” (POOGEN 2007b, 2).

En una tercera etapa, que se verifica también en los años noventa, ambos tribunales adquieren una jurisdicción mayor en materia electoral. En esta etapa, los legisladores del Congreso del Estado de Nayarit se adelantan a los federales y deciden ampliar las atribuciones del TEEN a través de la Ley Electoral de 1995. Como se puede leer en la página del propio organismo jurisdiccional electoral nayarita:

Un aspecto trascendental de dicha ley, fue sin duda, la ampliación de la competencia del Tribunal, pasando de un carácter limitativo a una existencia de plenitud de jurisdicción para resolver los asuntos que ante él se ventilaban, es decir, confiriendo atribuciones para resolver en forma definitiva e inatacable, los asuntos de su competencia y en su caso decretar las nulidades correspondientes, con el propósito de garantizar la legalidad de los resultados electorales, así como de los integrantes de los órganos representativos, sean producto de elecciones libres y auténticas.

Por cuanto al TRIFE, tras la reforma de 1996, cambia su denominación a Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). Como este nuevo nombre lo indica, la reforma del año citado trajo consigo la incorporación del Tribunal Electoral a uno de los tres poderes constituidos y, al mismo tiempo, establece la facultad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) para conocer de la no conformidad a la Constitución de las normas generales en materia electoral. Con esto, como lo sostiene el decreto de reforma correspondiente, “se satisface plenamente un viejo reclamo, sin involucrar otras instituciones de protección de garantías, que nacieron, evolucionaron y tienen características muy diferentes a las que se presentan en este campo” (Cámara de Diputados 2006, 663).

Con la reforma constitucional de 2007, como se expuso más arriba, se consolida el TEPJF como un Tribunal de jurisdicción especializada, competente para conocer y determinar la constitucionalidad de actos, resolu-

ciones y recursos derivados de procesos y autoridades electorales, tanto federales como locales, ya sea que fueren promovidos por éstas o por los partidos políticos y los ciudadanos.

En 2009, el Congreso nayarita decide incorporar el TEEN al Poder Judicial local, con una importante variación respecto del esquema federal: el Tribunal Electoral se convierte en Sala Electoral y de control constitucional del Tribunal Superior de Justicia de Nayarit.

A diferencia del ámbito federal, donde el TEPJF divide las atribuciones de control constitucional en materia electoral con la SCJN, la Sala Constitucional-Electoral del TSJ de Nayarit las concentra en un solo órgano, que preside la misma persona, ya que el presidente del Tribunal preside también la Sala referida. Además, la Sala Constitucional-Electoral tiene atribuciones de control constitucional que trascienden la materia electoral.

Conviene analizar más a detalle la motivación y el sentido de la reforma que integra en un solo órgano las atribuciones en materia de control de constitucionalidad y de justicia electoral, antes de reflexionar sobre la posible proyección federal de la reforma nayarita.

Nace un órgano mixto: la Sala Constitucional-Electoral del Poder Judicial del Estado de Nayarit

La reforma del TEEN de 2009 es también una reforma del Poder Judicial de la entidad nayarita. Se trata de una reforma que ya venía anunciada desde el 14 de noviembre de 2007, en el artículo 2º transitorio del decreto de reforma a diversos artículos de la Constitución Política del Estado de Nayarit. Esta reforma se abocó fundamentalmente a armonizar la legislación local con la reforma en materia político-electoral de diversos artículos de la Constitución General de la República, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 13 del mismo mes y año. Cabe mencionar que el citado 2º transitorio, aprobado por el Congreso del Estado de Nayarit en su sesión pública ordinaria del 27 de septiembre de 2007, establece en su

primera fracción lo siguiente: “El actual Tribunal Electoral del Estado, funcionará de forma permanente y concluirá sus funciones el día 14 de Diciembre del año 2010” (POOGEN 2007a, 13).

En la exposición de motivos del decreto de 2007 que reforma la Constitución Política del Estado de Nayarit, se explica que el TEEN será un órgano transitorio, en tanto concluyen su encargo los magistrados que lo integran, se aproxima el año electoral (2011) y se lleva a cabo la reforma integral del Poder Judicial:

En cuanto al órgano jurisdiccional de la materia, se propone sea de naturaleza transitoria, pero, deberá aplicar esta medida hasta que concluyan las funciones de los actuales Magistrados, es decir, para el próximo proceso electoral el Tribunal Electoral, actuará de conformidad con la legislación vigente; con el objeto de dejar pendiente su discusión, para el proceso de reforma integral a la Constitución y homologar su función dentro de la reforma judicial.

Con estos antecedentes, el 15 de diciembre de 2009 se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado de Nayarit relativas al Poder Judicial. Una de tales reformas es aquella que incorpora “las facultades en materia electoral al Poder Judicial del estado, quien a través de la Sala Constitucional-Electoral, conocerá de los medios de impugnación electoral previstos” en la propia carta constitucional de la entidad (CEN 2009, 24).

La incorporación del TEEN al Poder Judicial estatal y su conversión en Sala Constitucional-Electoral, a criterio del legislador local, persigue dos objetivos fundamentales:

- 1) Una primera finalidad, de carácter administrativo, estriba en aprovechar la experiencia jurisdiccional y la reducida carga de trabajo de los magistrados del mismo Tribunal, limitada prácticamente a los periodos electoral y postelectoral, para asignarles funciones

adicionales de control constitucional local. Como puede leerse en el decreto citado: “Con esta reforma se busca revitalizar las funciones que hoy desempeña el órgano jurisdiccional electoral, puesto que se consolidan dos competencias altamente relevantes para la vida política de la entidad: las de control constitucional y las de naturaleza electoral. Además, es sabido que el Tribunal Electoral, por el ámbito de competencias que hoy tiene reconocidas en la ley, sus atribuciones se ejercen exclusivamente durante el año de la elección y pasada ésta, las cargas de trabajo prácticamente se reducen al mínimo. La incorporación de las facultades electorales al Poder Judicial pretende aprovechar las fortalezas con las que hoy cuenta el Tribunal Electoral para potencializarlas de mejor forma en beneficio de la justicia nayarita. De esta forma, la Sala Constitucional-Electoral estaría permanentemente en funciones desarrollando competencias de tutela constitucional y resolviendo las impugnaciones electorales, durante los años electorales” (POOGEN 2009, 24).

2) El segundo objetivo, de carácter netamente político, consiste en proyectar la función de arbitraje electoral a la delicada tarea de arbitrar la democracia, mediante la impartición de justicia constitucional, es decir, a través de judicializar la política. Como puede leerse en la exposición de motivos del decreto del 15 de diciembre de 2009: “La justicia constitucional pretende convertirse en árbitro de la democracia, para canalizar los conflictos a soluciones civilizadas; aunque, no siempre las decisiones de la justicia constitucional satisfacen a las decisiones democráticas. El control jurisdiccional de la Constitución, a veces, no ha sido bien visto por los poderes con legitimidad democrática quienes no admiten, aún, que sus decisiones puedan ser revocadas por jueces que no han emanado de la voluntad popular directa. Ello está provocando nuevos enfrentamientos del poder, pero al mismo tiempo, nuevas oportunidades de construir acuerdos y reglas que consoliden el proceso democrático de las entidades fe-

derativas; de ahí la pertinencia de los instrumentos garantes del orden constitucional local, de lo contrario el ejercicio de la democracia presentará dificultades ante un sistema jurídico en el que la norma constitucional no se encuentra blindada. Ha llegado la hora de judicializar la política y someter sus decisiones a un árbitro constitucional, esa es la misión de los procedimientos de tutela a la Constitución” (POOGEN 2009, 20-21).

El aterrizaje legal de esta reforma constitucional se encuentra en proceso, al amparo del 2º transitorio, fracción primera, del decreto del 14 de noviembre de 2007, el cual mantiene en funciones al TEEN hasta que concluya el presente año, en el marco de la Ley de Justicia Electoral aprobada por el Congreso de Nayarit en 2004. Esta ley deberá ser reformada, en congruencia con el decreto de reforma constitucional del 15 de diciembre de 2009, a fin de dar cumplimiento al 2º transitorio, fracción segunda, del ya citado decreto de 2007, que a la letra dice: “A partir de la fecha a que se refiere la fracción anterior (31 de diciembre de 2010) el órgano jurisdiccional, se instalará e integrará conforme lo disponga la Ley de Justicia Electoral” (POOGEN 14-XI-2007b, 13). Apego con las anteriores disposiciones, la instalación e integración del nuevo órgano jurisdiccional electoral será previa al 22 de febrero de 2011, fecha de inicio del proceso electoral ordinario en Nayarit, conforme a la legislación vigente.

Como se infiere de la previsión antes citada, está pendiente definir la instalación e integración del nuevo órgano jurisdiccional electoral, pero es muy probable que se mantenga intacto el sistema de medios de impugnación que contempla la Ley de Justicia Electoral vigente, el cual se encuentra integrado, conforme el artículo 25 de esta ley, por los recursos de apelación y de revisión, así como el juicio de inconformidad.

En espera de la reforma correspondiente, conviene mencionar otros ordenamientos importantes que darán soporte constitucional y legal a la integración y actuación de la Sala Constitucional-Electoral del Poder

Judicial del Estado de Nayarit. Se trata del artículo 91 de la Constitución Política del Estado de Nayarit, la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la Ley de Control Constitucional de la misma entidad.

Constitucionalmente se establece que la Sala Constitucional-Electoral estará integrada por cinco magistrados, designados por el Pleno. Este último se integrará por 17 magistrados. Cada uno de ellos será designado a partir de una terna propuesta por el gobernador del estado al Congreso estatal. El Pleno elegirá cada cuatro años, de entre sus miembros, al presidente del Tribunal, sin derecho a reelección inmediata. El presidente del Tribunal será al mismo tiempo presidente de la Sala Constitucional-Electoral.

Dicha Sala, de acuerdo con el artículo 91 constitucional, conocerá los asuntos siguientes:

I.- De las controversias constitucionales que se susciten entre:

- a).- El Poder Ejecutivo y el Legislativo;
- b).- El Poder Legislativo o Ejecutivo con uno o más municipios del estado;
- c).- Dos o más municipios;
- d).- El Poder Ejecutivo o Legislativo con uno o más organismos autónomos del estado;
- e) Uno o más municipios y uno o más organismos autónomos del estado.

[...]

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

[...]

III.- De las acciones de inconstitucionalidad por omisión, en contra de cualquier autoridad, a la que la Constitución o una ley ordenan expedir una norma de carácter general y dicha omisión produce violaciones a esta Constitución.

[...]

IV.- De las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por cualquier autoridad u órgano autónomo, cuando consideren, de oficio o a petición de parte, que una norma con carácter general, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a esta Constitución, en los términos que establezca la Ley;

V.- Conocer y resolver, en los términos de la ley respectiva, del juicio de protección de derechos fundamentales, por actos u omisiones que vulneren los derechos reconocidos por esta Constitución, provenientes de cualquier autoridad;

VI.- Resolver los medios de impugnación en materia electoral en los términos que disponga la ley de la materia; y

VII.- Los demás que con base en la Constitución Federal, esta Constitución y demás leyes, se le confieran.

Como se puede observar, la mayoría de las atribuciones de la Sala Constitucional-Electoral son de control constitucional y la única de carácter jurisdiccional electoral es la de resolver los medios de impugnación en materia electoral. Lo anterior queda confirmado en la Ley de Control Constitucional, cuyo artículo 1 establece que tal ordenamiento tiene por objeto reglamentar las fracciones I a V antes citadas.

Sin embargo, se puede considerar como implícita la función de protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos dentro de la atribución expresa de la Sala Constitucional-Electoral de conocer y resolver del juicio de protección de derechos fundamentales. Tal sería el caso de la salvaguarda del derecho constitucional a ser votado, consagrado como uno de los derechos del ciudadano nayarita en el artículo 17 de la Constitución Política del Estado de Nayarit. Este derecho se encuentra protegido por vía de recurso de revisión, que la Ley de Justicia Electoral vigente establece en los siguientes términos:

Artículo 67.- El recurso de revisión... Para los ciudadanos procederá, cuando habiendo sido propuesto por un partido político o coalición, le sea negado o revocado ilegalmente el registro como candidato a un cargo de elección popular, y considere que se violó indebidamente su derecho político electoral de ser votado; y cuando habiendo cumplido con los requisitos y trámites exigidos, no hubiere obtenido su acreditación como observador electoral, para el proceso electoral correspondiente.

A reserva de conocer los términos de la nueva Ley de Justicia Electoral que regulará la actuación de la Sala Constitucional-Electoral en lo relativo a la fracción V del citado artículo 91 constitucional, se cuenta con elementos suficientes sobre el perfil de la Sala Constitucional-Electoral de Nayarit para realizar un ejercicio de proyección federal de esta figura.

¿Podría proyectarse el caso Nayarit al ámbito federal?

Las atribuciones de la SCJN en materia electoral, en su carácter de máximo Tribunal constitucional, se encuentran establecidas en el ya referido artículo 105 de nuestra Carta Magna. Sin embargo, el análisis de la constitucionalidad de leyes electorales es compartido con el TEPJF por lo que hace a su control concreto.

Ante esta división, que no ha estado exenta de conflictos competenciales, el propio Tribunal Electoral ha pugnado —por vía de tesis jurisprudenciales, en un inicio, o de propuestas de reforma, posteriormente—, para constituirse en órgano judicial único que conozca de estos temas.

Así, por ejemplo, el mismo año en que la Corte emitió las jurisprudencias en que se establece que el TEPJF no tiene facultad de control constitucional de leyes electorales por inaplicabilidad, el Tribunal Electoral emitió la tesis jurisprudencial S3ELJ 22/2002, que le reconoce competencia para conocer de posibles violaciones a normas constitucionales no electorales, en el marco

de la aplicación de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. El argumento de la Sala Superior es el siguiente:

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación tiene competencia para conocer y resolver, en forma definitiva e inatacable, entre otras, de las impugnaciones de actos y resoluciones de las autoridades electorales federales y de los Estados, que violen normas constitucionales o legales... (La) Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral... en su conjunto acota los mecanismos para garantizar que todos los actos y resoluciones de las autoridades electorales se sujeten, invariablemente, a los principios de constitucionalidad y de legalidad, y se establece que el juicio de revisión constitucional electoral se constituye como un medio de control constitucional en la materia, que procede contra los actos o resoluciones de las autoridades administrativas o jurisdiccionales electorales locales, que violen cualquier precepto de la Ley Suprema; que el sistema de medios de impugnación en materia electoral, tiene por objeto garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, mientras se sientan las bases para que el Tribunal Electoral desempeñe el carácter de órgano de control constitucional. (TEPJF 2005, 55-7).

Esta tesis extiende las facultades de control constitucional del TEPJF a normas constitucionales no electorales, a través del juicio de revisión constitucional. Asimismo proyecta una posible reforma que lo constituya formalmente en un “órgano de control constitucional”. En esta perspectiva se inscriben algunas de las propuestas que recientemente remitió el TEPJF al Congreso de la Unión, en el marco del diálogo nacional para una nueva reforma político-electoral.

En efecto, el propio TEPJF ha propuesto reformar los artículos 99 y 105 constitucionales para fortalecerse como Tribunal constitucional en materia electoral, para lo cual habría que:

- Ampliar la procedencia del recurso de reconsideración para permitir que la Sala Superior pueda conocer todos los casos cuyas demandas planteen cuestiones de constitucionalidad. También se incluyen modificaciones a las facultades de atracción y delegación conferidas a la Sala Superior.
- Concentrar en el TEPJF el control abstracto de las leyes electorales. Otorgar a la Sala Superior la competencia para conocer de acciones de inconstitucionalidad de leyes en materia comicial (Cfr. TEPJF 2010, 7-20).

En otras palabras, la pretensión del TEPJF es asumir las facultades actuales de control constitucional en materia electoral que tiene asignadas la Corte, con lo que sería la autoridad única facultada para conocer impugnaciones contra actos, resoluciones y normas electorales, así como acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes comiciales. La propuesta tiene la ventaja de concentrar en un solo órgano jurisdiccional el control constitucional-electoral, pero tiene la desventaja de que apunta a la creación de un cuarto poder, es decir, un poder electoral sin contrapesos institucionales. Desde el punto de vista comparativo, se trata de una propuesta que crea un Tribunal constitucional conforme al modelo austriaco, pero acotado a la materia electoral. En este esquema, persistiría el paralelismo antes expuesto entre el Tribunal Constitucional-Electoral y otros órganos judiciales federales. También surgiría un nuevo paralelismo entre órganos de control constitucional al más alto nivel: la SCJN, que tendría a su cargo la justicia constitucional en general, y el TEPJF, que tendría a su cargo el control constitucional especializado en la materia electoral.

Además de que no resuelve esta propuesta el conflicto de competencias entre el TEPJF y otros órganos colegiados pertenecientes al Poder Judicial Federal que en los últimos años tienen injerencia en la conformación de la autoridades electorales locales, como se expuso en los últimos

cinco párrafos del segundo apartado del presente estudio, sobre el caso del Estado de México.

Una segunda alternativa, tomando como referencia el caso Nayarit, es que el Tribunal Electoral se convierta en una Sala Constitucional-Electoral de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con la variante, respecto del caso nayarita, de que la Sala propuesta, para no suplir a la Corte como Tribunal constitucional, sólo ejercería la función de control constitucional en materia electoral y conservaría las actuales funciones del TEPJF en lo relativo al sistema de medios de impugnación que está contenido en la legislación federal. Con ello se mantiene el máximo Tribunal del país como Tribunal constitucional, pero se le fortalece con la incorporación de un órgano especializado que apoyaría el trabajo de los ministros que integren la Sala Constitucional-Electoral. También se evita, con esta propuesta, crear un Tribunal constitucional paralelo a la Corte, ya que esta viene a ser la principal desventaja de la propuesta sugerida por el propio TEPJF. Desde luego que siguiendo el criterio adoptado en la reforma del Poder Judicial del estado nayarita se ampliaría el número de ministros eligiendo a los integrantes de la Sala Constitucional-Electoral. La desventaja es repetir la historia del engrosamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que contó con 21 ministros entre 1934 y 1993, hasta que en 1994 regresó a estar conformada tan sólo con 11 ministros, como en los inicios de 1917.

En abono de la segunda alternativa, la Sala Constitucional-Electoral fungiría como Tribunal de alzada no sólo con relación a los tribunales electorales locales sino también con respecto a tribunales federales que resuelvan controversias civiles, laborales, administrativas, etcétera, que involucren a los partidos políticos. Al respecto, cabe referir el reciente acatamiento de sentencia del TEPJF por parte del Consejo General del IFE respecto a pronunciarse sobre la orden del Juez Octavo de Distrito en Materia Civil del Distrito Federal, en el juicio ejecutivo mercantil 10/2005, de retener las ministraciones del Partido de la Revolución Democrática en garantía de pago de un adeudo de este último con una empresa privada. La Sala Superior

ordenó al IFE determinar la procedencia constitucional y legal de tal afectación a las prerrogativas de un partido político. El Consejo General resolvió que es procedente la medida solicitada por el juez referido e instruyó, a través del Secretario Ejecutivo, a la Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos a que efectuara la retención correspondiente.²

Ciertamente, correspondía a la Sala Superior y no a la autoridad administrativa determinar desde un inicio la procedencia de la retención de prerrogativas, a fin de favorecer la eficacia refleja de la resolución de un juez con carácter de cosa juzgada, con lo cual se robustece la seguridad jurídica al proporcionar mayor fuerza y credibilidad a las resoluciones judiciales, impidiendo que criterios diferentes o hasta contradictorios sobre un mismo hecho o cuestión, puedan servir de sustento para emitir sentencias distintas en asuntos estrechamente unidos en lo sustancial o dependientes de la misma causa.

Como Sala Constitucional-Electoral, el TEPJF podría haber resuelto el caso en forma directa, no sólo en ejercicio de sus atribuciones de control constitucional de los actos, resoluciones y leyes en materia electoral, sino también como garante de la coherencia de las actuaciones de las distintas instancias jurisdiccionales, locales y federales, en materia electoral o en otras materias que involucren a los sujetos regulados, además como garante del principio constitucional de certeza jurídica a través de emitir resoluciones en plenitud de jurisdicción que eviten remisiones innecesarias y retrasen la justicia constitucional.

En términos muy generales,³ la Sala Constitucional-Electoral en proyección podría traer los siguientes beneficios:

² La resolución del Consejo General fue impugnada ante la Sala Superior del TEPJF. El corte de la información sobre este caso lo hicimos el 9 de julio de 2010.

³ Pues queda para posteriores reflexiones dar proyección a las Salas Regionales del TEPJF a fin de cubrir los circuitos judiciales en que se divide la República para el control constitucional y la jurisdicción federal electoral, o bien reformar las materias del conocimiento de los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito a fin de incorporarles la materia electoral.

- Dotar de plena jurisdicción al órgano jurisdiccional federal, al concentrar en un solo órgano, la Sala Constitucional-Electoral de la SCJN, la función de control constitucional no sólo concreto, sino también de carácter abstracto en materia electoral.
- Definir esferas de competencia de las funciones de control constitucional en materia electoral entre el órgano federal y los órganos análogos en las entidades federativas. De esta manera, en pleno respeto del Pacto Federal, la Sala Constitucional-Electoral de la SCJN se abstendrá de revisar la constitucionalidad de actos, resoluciones y normas electorales de carácter local con relación a las constituciones locales, reservándose la revisión de los mismos, si hubiere impugnación de alzada, en el marco de la Constitución federal. En otras palabras, la instancia federal no podrá suplantar al órgano local de control de constitucionalidad en sus funciones específicas.
- Judicializar la política en el más alto nivel de juzgamiento a través de un órgano que forme parte de la SCJN, que actúe de manera congruente con su posición jerárquica dentro del Poder Judicial federal y que cumpla las funciones de Tribunal especializado en materia electoral.

La reciente historia jurisdiccional del país nos ha demostrado que la división de las facultades de control constitucional, entre dos o más órganos del mismo o distinto nivel, genera con posterioridad intersecciones, tropiezos y confusiones, como ocurre con la conocida canción compuesta en 1972 por Arthur Smith, *Dueling Banjos*, que suele interpretarse con instrumentos de cuerda, primero con armonía, por sus sonidos concordantes, y al final con una disonancia creada por la mezcla desordenada de las notas de ambos instrumentos; de ahí el título que hemos dado a este ensayo. Ciertamente, lo deseable es que nuestros órganos jurisdiccionales siguieran la secuencia inversa, pero como bien dijo Voltaire: “el tiempo es justiciero y pone cada cosa en su lugar”.

Fuentes consultadas

- Cámara de Diputados LIX Legislatura *et al.* 2006. *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones*. T. XII, 7a ed. México: Porrúa.
- CEN. Congreso del Estado de Nayarit. 2009. Iniciativa de decreto que reforma diversos artículos de la Constitución Política del Estado de Nayarit, 3 de diciembre de 2009. www.congreso-nayarit.gob.mx/files/1260239915.pdf
- CPA. Constitución Política de Austria. 1920. Disponible en: <http://www.ces.es/TRESMED/docum/aus-cttn-esp.pdf>
- DOF. *Diario Oficial de la Federación*. 1977. Decreto que reforma y adiciona los artículos 6o., 41, 51, 52, 53, 54, 55, 60, 61, 65, 70, 73, 74, 76, 93, 97 y 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 6 de diciembre de 1977.
- . 1990. Decreto que aprueba el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. 15 de agosto.
- . 1996. Decreto que reforma diversos artículos constitucionales. 22 de agosto de 1996.
- . 2007. Decreto que reforma diversos artículos constitucionales. 13 de noviembre de 2007.
- Elizondo Gasperín, María Macarita *et al.* 2007. *Control constitucional en materia electoral*. Chihuahua: Instituto Estatal Electoral de Chihuahua.
- . 2008. *El juzgador electoral frente al Estado Constitucional de Derecho*. México: Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal.
- Poder Legislativo del Estado de Nayarit 2008-2011 *Iniciativa de decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado de Nayarit. Presentada por el Diputado Miguel Antonio Fregozo Rivera. Presidente de la Mesa Directiva del Honorable Congreso del Estado de Nayarit*. Año Segundo, Periodo

- Primero. Registro 123. <http://www.congreso-nayarit.gob.mx/seccion/decyley.php>
- POOGEN. Periódico Oficial, Órgano del Gobierno del Estado de Nayarit. 2007a. Decreto que reforma diversos artículos constitucionales. 14 de noviembre.
- . 2007b. Decreto que reforma y adiciona la Ley de Justicia Electoral para el Estado de Nayarit. 17 de noviembre.
- . 2009. Decreto que reforma diversos artículos constitucionales. 15 de diciembre.
- SCJN. Suprema Corte de Justicia de la Nación. <http://www.scjn.gob.mx/ActividadJur/SentenciasSalaTEPJF/Paginas/SentenciasSala.aspx> (consultada el 5 de julio de 2010).
- TEEN. Tribunal Electoral del Estado de Nayarit. 2010. Reseña histórica. http://www.juriselectoral.org.mx/tee/nayarit/component/option,com_frontpage/Itemid,1/ (consultada el 5 de julio de 2010).
- TEPJF. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. 2005. *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- . 2006. *SUP-JRC-401/2006*. <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>
- . 2010. *Análisis de temas para la reforma constitucional en materia electoral*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

La reforma político-electoral en América Latina 1978-2009: evolución, situación actual, tendencias y efectos

*The politic-electoral reform in Latin America 1978-2009:
Evolution, actual situation, tendency and effects*

Daniel Zovatto*

RESUMEN

El autor analiza la reforma político-electoral en América Latina como parte del proceso de consolidación democrática de la región, resaltando la importancia de brindar atención a las exigencias de la representación, participación y gobernabilidad. Se abordan las reformas en materia de régimen de gobierno, sistema de partidos políticos e instituciones de la democracia directa para el periodo 1978-2009. Realiza también algunas reflexiones en torno a las condiciones necesarias para avanzar con éxito en un proceso de reforma, así como los principales obstáculos que se pueden presentar en cualquier proceso de reforma política.

PALABRAS CLAVE: sistema electoral, régimen de gobierno, reforma política, reforma electoral, gobernabilidad, representación política.

ABSTRACT

The author analyses the political and electoral reform in Latin America as part of the process of democratic consolidation, highlighting the importance of paying special attention to demands of representation, participation and governance. The analysis addresses the issues concerning reforms of

* Director Regional para América Latina, IDEA International.

the government regimes, political party systems and institutions of democracy during the period comprised between 1978-2009. It also provides some insights on the necessary conditions to successfully move forward in a reform process as well as on the obstacles that may arise in any process of political reform.

KEYWORDS: electoral system, government regime, political reform, electoral reform, governance, political representation.

Introducción

América Latina atraviesa un momento inédito, único en su historia, el cual ofrece grandes oportunidades, pero también importantes desafíos. Hemos conmemorado las primeras tres décadas desde que en 1978 iniciara su recorrido por nuestro Continente la **tercera ola democrática**. Desde entonces, la región vive, con sus luces y sus sombras, el proceso de democratización más profundo, extenso y prolongado de toda nuestra historia. Indudablemente, del balance de estos 30 años se desprenden razones tanto para la esperanza como para la frustración.

En términos generales, América Latina presenta una situación inédita, única en el escenario mundial, pues combina por un lado países que cuentan en su totalidad con regímenes políticos democráticos (con la excepción de Cuba), pero que al mismo tiempo tienen amplios sectores de su población viviendo por debajo de la línea de pobreza y con la distribución del ingreso más desigual del mundo. En efecto, la persistencia de la pobreza y de la indigencia (34 y 13% promedio regional, respectivamente, proyectado por la Comisión Económica para América Latina [CEPAL] para fines de 2009) y de la desigualdad (la peor distribución del ingreso del mundo); el déficit de las instituciones políticas, la debilidad e ineficacia del Estado, y una ciudadanía de baja intensidad (sobre todo en lo que se refiere al disfrute efectivo de los derechos económicos y sociales), son cuatro de las causas principales que impiden que tengamos una democracia de mejor calidad.

No cabe duda de que el avance logrado en estos años en materia de elecciones libres y justas, así como en la vigencia y respeto de los derechos humanos y democratización es significativo. Sin embargo, nuestras democracias acusan déficits importantes así como grados diversos de fragilidad y enormes desafíos, entre los que destacan los problemas institucionales que afectan la estabilidad política, la gobernabilidad y el Estado de Derecho, la independencia y la relación entre los poderes, el funcionamiento de los sistemas electorales y de partidos políticos, así como la práctica política misma. El ejemplo reciente de la crisis en nuestro hermano país,

Honduras, es una muestra clara de estos vaivenes en el proceso de consolidación democrática.

Pese a todo ello, la democracia sigue siendo el sistema preferido en América Latina (59% la apoya y 76% considera que pese a sus problemas es el mejor sistema de gobierno de todos los conocidos, según datos de Latinobarómetro 2009), que junto a la economía de mercado, es vista por la mayor parte de la ciudadanía como el camino principal para que el país pueda avanzar por la senda del desarrollo.

La reforma político electoral: necesidad y principales áreas de reforma

Una de las características principales de nuestra época radica en los desajustes que existen entre la política y la sociedad. Para algunos estamos viviendo no sólo un claro retraso en las formas de hacer política, sino también en las formas de pensar la política.

Como bien apunta B. Manin (1994), el patrón de la democracia de partidos ha declinado con el auge de nuevos modos de hacer política, debido a los cambios operados en las sociedades mismas y en la cultura, vía la fuerte presencia de los medios de comunicación.

En efecto, la institucionalidad democrática tiene serios problemas de desajustes que le complican procesar de manera eficiente y efectiva las significativas transformaciones socioculturales y económicas que ha experimentado la región. La inserción en la globalización, junto a las crisis y tensiones políticas recientes, ha revelado un doble desajuste: por un lado, las nuevas demandas y los cambios socioeconómicos; por otro, las limitadas capacidades institucionales para gestionar tales procesos.

En el centro de estos desajustes se ha arraigado una generalizada desconfianza institucional, particularmente en relación con los partidos políticos y los parlamentos, que son las instituciones con los niveles más bajos de credibilidad ciudadana (24 y 34% respectivamente como promedio regional latinoamericano según el Latinobarómetro 2009).

Estos desajustes y las crisis de gobernanza que los acompañan llevaron a los países latinoamericanos, durante las últimas tres décadas, a una intensa agenda de reforma constitucional, política y electoral. Pero, a diferencia de lo ocurrido con las reformas económicas (que estuvieron basadas en el llamado **Consenso de Washington**), en el terreno de las reformas constitucionales, políticas y electorales nunca existió un consenso amplio en torno a un conjunto de medidas, si bien es posible identificar ciertas tendencias dominantes.

Lo cierto es que, de modo similar a lo que viene ocurriendo actualmente en el terreno económico, donde se está hablando cada vez con mayor fuerza acerca de la necesidad de una segunda y hasta de una tercera generación de reformas, o bien acerca de la necesidad de una nueva agenda económica y de una nueva relación entre el Estado y el mercado, en el terreno constitucional, político y electoral, estamos también en presencia de una nueva ola de reformas (constitucionales, políticas y electorales) dirigidas a tratar de equilibrar, ajustar y sintonizar los sistemas políticos con las nuevas realidades sociales y las crecientes exigencias de la ciudadanía en búsqueda de mayores y mejores niveles de representación, participación y gobernabilidad.

Ciertamente, a partir de 1978, los países de América Latina experimentaron la necesidad de impulsar una clara y renovada agenda de reformas dirigidas a tratar de equilibrar, ajustar y sintonizar los sistemas políticos con las nuevas realidades sociales y las crecientes exigencias de la ciudadanía en búsqueda de mayor y mejor representación y gobernabilidad. Estas reformas abarcaron aspectos centrales del régimen de gobierno, régimen electoral y sistema de partidos y, si bien en numerosos países se han manifestado fuertes resistencias al cambio, ya se ha recorrido un largo camino con importantes efectos en la consolidación de las instituciones democráticas de la región.

No obstante, hay que rescatar lo sostenido por Giovanni Sartori (1994, 8), cuando señaló: "...es claro que las instituciones y las Constituciones

no pueden hacer milagros. Pero difícil será que tengamos buenos gobiernos sin buenos instrumentos de gobierno”. Es decir, la estructura legal de un país ordena y disciplina los procesos de toma de decisiones en el Estado, aspecto fundamental para el buen funcionamiento de la democracia moderna.

Estamos, en suma, frente a una paradoja, ya que se exige más y mejor política en un contexto de escepticismo y descreimiento respecto de ella. Como bien apunta Fernando Calderón (2002):

La revalorización del rol de la política, la recuperación de su lugar como orientadora del futuro de la sociedad, es el dato más importante de este nuevo tiempo. Pero la política no puede operar en el vacío, sino dentro de ciertos límites fijados por la situación económica y por las nuevas y viejas demandas y problemas socio-culturales. Esos límites definen nuevos espacios de lo posible, cuyas fronteras están marcadas por el auge de los medios de comunicación, la creación de nuevas desigualdades y, paradójicamente, un clima de escepticismo frente a la política. La innovación política debe entonces atender estos fenómenos con base en el fortalecimiento y transformación del Estado como actor estratégico, la potenciación de los parlamentos y los partidos y la acentuación de las experiencias colectivas exitosas de multiculturalismo y descentralización. Se trata, en definitiva, de profundizar, desde la política, cambios que resguardando las instituciones conduzcan a una mayor igualdad social, único camino para fortalecer la gobernabilidad democrática.

Y agrega:

... todo ello está contribuyendo a reconfigurar los mecanismos de representación, ya que las actuales demandas de la ciudadanía apuntan a una mayor participación del Estado en la gestión del de-

sarrollo y en la expansión democrática y, al mismo tiempo, a un control ciudadano más exigente sobre el poder público.

En esta línea de pensamiento, el examen presentado pretende reflejar las principales características y tendencias del proceso latinoamericano de reforma política y electoral durante el periodo que va desde 1978 hasta 2009. Me concentraré en los siguientes tres puntos:

- Las reformas de los sistemas electorales (para presidente de la República y para el Congreso).
- Las reformas a los partidos políticos, en especial en lo que refiere a su constitucionalización y regulación jurídica, democracia interna, financiamiento y candidaturas independientes.
- La incorporación de los mecanismos de democracia directa y semi directa.

Existen obviamente otras áreas de reforma que han tenido lugar durante este periodo, las cuales dada la limitación de tiempo no serán abordadas, entre las que cabe mencionar, por su importancia:

1. Reformas a los organismos electorales.
2. Reformas del sistema de gobierno.
3. Intentos de volver a equilibrar la relación entre el Ejecutivo y el Legislativo.
4. Introducción de las cuotas como mecanismos para incrementar la participación política de la mujer.
5. Procesos de reforma del sistema judicial.
6. Incorporación plena de los derechos humanos acompañada, en muchos casos, de la constitucionalización de la figura del Ombudsman.
7. Procesos de descentralización política.
8. Fortalecimiento de los órganos de “accountability horizontal”.

A todo ello hay que agregar un continuado proceso de reformas constitucionales en muchos países de la región, iniciado en algunos de ellos desde la perspectiva de un nuevo constitucionalismo.

Reforma del Sistema Electoral

A. Concepto y debate en torno a los sistemas electorales

Hace ya ocho décadas que Ortega y Gasset (2005, 204) declaró que:

la salud de la democracia depende de un mísero detalle técnico: el procedimiento electoral, si el régimen de cromáticos es acertado —si se ajusta a la realidad— todo va bien, si no, aunque el resto marche óptimamente, todo va mal.

La frase es elocuente pues concentra la sencillez y la fragilidad de la democracia, por eso no es casual que ese se haya convertido en el tema central de la ciencia política en el siglo XX. Como quiera que sea, no hay duda de que el tema ha sido el pivote de la democratización en América Latina y, en algunas transiciones, incluso el factor decisivo, el factor que resume todo el proceso de cambio social, político y cultural en los últimos 30 años.

Algunos autores han llegado a definir al sistema electoral como:

... el conjunto de elemento normativos y sociopolíticos que configura el proceso de designación de titulares de poder, cuando este proceso se basa en preferencias expresadas por los ciudadanos de una determinada comunidad política (Vallés y Agusti 1997, 33).

No obstante, en este texto, utilizaremos un concepto mucho más modesto, restringido y normalmente aceptado, es decir:

el conjunto de normas que determinan las formalidades y procedimientos con que los electores seleccionan a los candidatos y partidos políticos de su preferencia y la conversión de votos en escaños (si hablamos de elecciones parlamentarias) o bien en el acceso al poder ejecutivo (si hablamos de elecciones presidenciales) (Nohlen 1998, 34).

Los sistemas electorales son, pues, una combinación de varios elementos de diversos tipos, a saber: las circunscripciones o distritos electorales, el tipo de candidatura, la modalidad del voto, el calendario de convocatoria electoral, la fórmula o criterio de conversión de votos en escaños, la barrera electoral que permite la sobrevivencia de un partido, entre otros.

Una manera muy sencilla de mirar y clasificar al sistema electoral es a partir de la fórmula electoral empleada para acceder al cargo de representación:

Sistema de elección presidencial

Mayoría simple

Mayoría absoluta con dos vueltas

Segunda vuelta con umbral reducido (o mayoría relativa calificada)

Sistema de elección legislativa

Representación proporcional

Mayoría simple

Sistema segmentado

Sistema binominal

Esto no quiere decir que el tipo de fórmula electoral sea el único elemento que rodea al sistema de elección presidencial y legislativa, y ni siquiera que sea la más importante de todas sus características. Existen otros, entre los cuales cabe destacar los siguientes: la duración del mandato presidencial,

la normativa y práctica de la reelección, la simultaneidad/concurrencia de las elecciones (ejecutivas y legislativas), las características en el registro de votantes, y el tipo de listas utilizadas para la elección de los representantes legislativos. Sobre algunos de estos aspectos haré un rápido recorrido de lo que ha sido el proceso reformador en América Latina.

B. Visión comparada latinoamericana: situación actual y tendencias

En América Latina las modificaciones de las leyes electorales son muy frecuentes, no obstante estas reformas, al ser analizadas de manera cuidadosa, evidencian que por lo común no han afectado mayormente la orientación general del sistema hacia la proporcionalidad de los resultados o a la formación de mayoría.

En efecto, en la mayor parte de los casos, los objetivos perseguidos por las reformas (mejor representación y mayor gobernabilidad), fracasaron al estrellarse contra un contexto político que no fue suficientemente tomado en cuenta.

B.1. Sistema electoral para Presidente de la República: mayoría relativa o mayoría absoluta (tendencia claramente a favor del sistema de balotaje)

Durante el periodo de 1978 a 2009 se registra en la región una tendencia clara a pasar del sistema de mayoría simple al de mayoría a dos vueltas o al de segunda vuelta con umbral reducido en la elección de presidente. El objetivo principal de tales reformas fue fortalecer la legitimidad de origen del candidato ganador o, en algunos casos, reducir las posibilidades de que un tercer partido alcanzara la presidencia. Si bien es difícil emitir un juicio definitivo sobre los efectos de estas modificaciones, la experiencia comparada evidencia que en varios casos la meta de fortalecer el mandato presidencial no se alcanzó. Por el contrario, en algunos países la gobernabilidad se debilitó cuando el candidato ganador de la segunda vuelta no fue el

mismo que triunfó en la primera. Además, el paso hacia el sistema mayoritario a dos vueltas parece haber contribuido, en varios países, a incrementar el nivel de fragmentación del sistema de partidos, reduciendo la cantidad de votos que el candidato ganador obtiene en la primera ronda, así como el número de escaños que su partido alcanza en el Legislativo.

Considerando las reformas realizadas durante el periodo de estudio, es posible describir el siguiente panorama en la región: cinco países eligen hoy a sus presidentes mediante el sistema de mayoría simple o mayoría relativa a una vuelta (Honduras, México, Panamá, Paraguay y Venezuela). En otros 13 impera el sistema de elección por mayoría absoluta. De éstos, ocho casos (Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Guatemala, Perú, República Dominicana y Uruguay) hacen ganar al candidato que obtiene 50% más uno de los votos válidos, mientras que en los cinco restantes (Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador y Nicaragua), se instaló al mismo tiempo un sistema de segunda vuelta con umbral reducido.

Sobre el tema de la segunda vuelta electoral se ha generado un amplio debate, que aún no ha sido resuelto. Los defensores del sistema de doble vuelta señalan dos ventajas fundamentales de este procedimiento. En primer lugar indican que éste fortalece la legitimidad del presidente electoral, no sólo porque garantiza la superación del umbral electoral fijo, sino también porque permite que el electorado mismo dirima la contienda electoral. En segundo lugar argumentan que el sistema de balotaje tendería a fortalecer la gobernabilidad democrática, al garantizar al presidente un amplio respaldo popular y promover la formación de coaliciones electorales entre la primera y la segunda vuelta, que con posterioridad podrían transformarse fácilmente en coaliciones de gobierno.

Por su parte, los críticos del balotaje sostienen que la doble vuelta difícilmente cumple esas promesas, en primera instancia, porque la supuesta legitimidad derivada del amplio respaldo electoral del presidente puede ser artificial e inestable. En segundo término, se señala que existe la posibilidad de que el sistema de doble vuelta promueva, en forma indirecta,

problemas de gobernabilidad en lugar de resolverlos, en particular cuando las elecciones legislativas y presidenciales son simultáneas. En efecto, si la elección legislativa se define en la primera ronda, es posible que el presidente electo en segunda vuelta carezca del apoyo legislativo mayoritario para gobernar.

Respecto a los efectos de la segunda vuelta cabe apuntar, siguiendo en este punto a Aníbal Pérez Liñán, que en la mayor parte de los casos de balotaje, el presidente podría haber sido electo por mayoría simple sin alterar el resultado final, y la realización de una segunda vuelta (con el costo adicional que ello implica) parece innecesaria para garantizar la legitimidad electoral. Por otro lado existen casos en los que la segunda vuelta parece jugar un papel relevante; son aquellas circunstancias en las que el electorado está dispuesto a utilizar el balotaje para formar una “mayoría negativa” y revertir el resultado inicial. En estos casos, sin embargo, la utilización de la doble vuelta se ha mostrado peligrosa para la gobernabilidad democrática a menos que exista un sistema de partidos históricamente institucionalizado y capaz de encapsular el conflicto político.

No obstante los criterios señalados, es difícil emitir un juicio riguroso sobre el impacto real de los sistemas con segunda vuelta. En la mayoría de los casos, el tiempo transcurrido desde que fueron adoptados no es suficiente para evaluar su impacto potencial en la fragmentación del sistema de partidos a largo plazo. En lo que respecta al efecto inmediato de fortalecer el mandato del presidente electo, parecería que esas expectativas no se han cumplido en la mayoría de los casos.

B.2. Reelección presidencial

(tendencia claramente favorable a la reelección)

Actualmente existe una normativa variada respecto a la reelección. El caso más restrictivo es aquel en que el presidente tiene prohibido reelegirse en cualquier momento una vez que se ha desempeñado en ese cargo. En una posibilidad intermedia se permite la reelección, pero sólo después de que

transcurra al menos el periodo de otro presidente. En otro caso subsiste la posibilidad de permanecer en el poder durante dos periodos consecutivos, en una única reelección. Finalmente está el caso que permite la reelección indefinida.

Durante el periodo en estudio, la normativa sobre la reelección presidencial presenta variaciones importantes a lo largo de la región. Once países la modificaron; Argentina y Brasil pasaron de permitir la reelección después de al menos un mandato, a permitirla en forma inmediata. Ecuador pasó de prohibir la reelección a permitirla después de un mandato presidencial en 1996, y en 2008 volvió a aceptar de forma inmediata por una sola vez. Costa Rica, por su parte, levantó la prohibición constitucional de 1969, permitiéndose así la reelección presidencial después de dos periodos de gobierno. Bolivia, por su parte, en 2009 pasó de permitirla de manera irrestricta, a establecerla para un solo periodo de forma inmediata. En lo que respecta a República Dominicana, se dieron tres modificaciones durante el periodo: primero, en 1994, cuando se prohibió la reelección inmediata, segundo en 2002, en sentido inverso, es decir, volviendo a permitirla, y finalmente en 2010 cuando se volvió a prohibir de manera inmediata y se estableció de manera alterna.

En Venezuela, la reforma de 1999 modificó el sistema electoral al pasar de reelección no inmediata a inmediata por una sola vez. Posteriormente, en el proyecto de reforma constitucional aprobado por la Asamblea Nacional, y rechazado vía referendo en diciembre de 2007, el presidente Chávez promovió instaurar la reelección indefinida. Si bien esa iniciativa no prosperó, posteriormente Chávez lanzó otro referéndum constitucional que además de la reelección indefinida del presidente, incluyó la reelección de gobernadores, alcaldes y legisladores, el cuál sí fue apoyado, convirtiéndose Venezuela en el único país de la región (salvo Cuba) que contempla la reelección ilimitada.

Entre tanto, en los tres países donde la reelección inmediata estaba permitida al inicio del periodo esa posibilidad ya no cuenta. En Paraguay está

totalmente prohibida, mientras que en Nicaragua y Perú sólo cabe la posibilidad una vez transcurrido un mandato presidencial.

Colombia adoptó un enfoque más restrictivo en la reforma de 1991, al pasar de permitir la reelección después de un periodo presidencial a prohibirla totalmente; sin embargo, en 2004 volvió a aceptarse la reelección de manera inmediata, por una sola vez. Más adelante, en 2009, se inició un curso de acción política para volver a reformar la Constitución y abrir la posibilidad de un tercer mandato del presidente Uribe. En efecto, el 19 de mayo de 2009, el Senado colombiano aprobó la ley 1354 que convocaba a un referéndum para decidir sobre esa posibilidad, que también fue aprobada por la Cámara de Diputados. Luego se turnó a examen de constitucionalidad, cuyo resultado se conoció el 26 de febrero de 2010. La Corte Constitucional, en la sentencia C141/10, resolvió declarar “inexequible” la referida ley argumentando, en síntesis, vicios procedimentales en el proceso de su iniciativa ciudadana, así como de su formalización, discusión y aprobación legislativa, lo que no sólo implicó la vulneración de formalidades legales, sino más bien la violación sustancial del principio democrático, “... uno de cuyos componentes esenciales es el respeto de las formas previstas para que las mayorías se pronuncien” (véase www.corteconstitucional.gov.co/comunicados).

Cabe decir que la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia porta mensajes cruciales en torno al valor jurídico de la Constitución, la importancia de las instituciones y el papel del Estado de Derecho como pilares de la democracia.

Hay que acentuar que todas las reformas recientes a favor de la reelección, en especial en su modalidad consecutiva, tuvieron nombre y apellido: Menem en Argentina, Morales en Bolivia, Cardoso en Brasil, Uribe en Colombia, Correa en Ecuador, Fujimori en Perú, Chávez en Venezuela, y Mejía en República Dominicana. En todos estos casos las reformas se llevaron a cabo durante la presidencia de mandatarios que buscaron su reelección inmediata, y que de hecho la obtuvieron en los

siete primeros países. El único que no lo logró fue Mejía en República Dominicana.

En suma, la legislación latinoamericana vigente es claramente favorable a la reelección, pues más de dos terceras partes de los países (14 de 18) la permiten, situación que fortalece el hiperpresidencialismo. Sin embargo, la normativa presenta variaciones importantes: en siete países (Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, República Dominicana y Venezuela) se permite la reelección consecutiva, pero por un solo periodo. En otros siete países (Chile, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Perú y Uruguay) sólo es posible transcurrido al menos un mandato presidencial. En las cuatro naciones restantes (Guatemala, Honduras, México y Paraguay) la reelección está totalmente vedada.

Por último, cabe destacar que la experiencia de los últimos años demuestra que América Latina vive una fiebre reeleccionista sin precedentes, ya que de las elecciones presidenciales celebradas entre noviembre de 2005 y diciembre de 2009, en 12 de ellas se presentaron candidatos para la reelección: Brasil, Bolivia (dos veces), Chile, Costa Rica, Colombia, Ecuador, Nicaragua, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. De los cuales, seis fueron casos de reelección alterna y otros seis de reelección inmediata.

Los procesos electorales de Bolivia (2005), Chile, Costa Rica, Nicaragua, Perú y Uruguay, fueron casos de reelección alterna. De estos, tres ex presidentes, Quiroga en Bolivia, Frei en Chile y Lacalle en Uruguay, fracasaron en su intento de reelección, mientras que Arias en Costa Rica, Ortega en Nicaragua y García en Perú sí lo lograron. En los casos de reelección inmediata, Brasil (Lula), Bolivia (Morales), Colombia (Uribe), Ecuador (Correa), República Dominicana (Fernández) y Venezuela (Chávez), todos los presidentes lograron la continuidad de su mandato. Nunca desde el retorno de la democracia en 1978 hubo en la región tantos presidentes reelectos. En efecto, mientras en 2004 había un solo presidente reelecto bajo la modalidad alterna (Leonel Fernández en República Dominicana), hoy, tan sólo seis años después hay nueve (50%): seis bajo la modalidad

inmediata: Chávez, Correa,¹ Fernández, Lula, Morales y Uribe, y tres bajo la modalidad alterna: Arias, García y Ortega.

Un análisis desde el punto de vista de su conveniencia o perjuicio lleva a un debate de nunca acabar sobre este tema.

Por un lado, los críticos sostienen que la reelección expone al sistema político al riesgo de una “dictadura democrática” y refuerza la tendencia hacia el liderazgo personalista y hegemónico inherente al presidencialismo, y apuntan que los mandatos posteriores son por lo general de mala calidad. Al menos siete experiencias, desde 1978 a la fecha, parecieran confirmar los argumentos sobre sus peligros y defectos:

1. Alfredo Stroessner en Paraguay, inconclusa como secuela del golpe de Estado de 1989, si bien cabe recordar que venía ocupando el poder desde 1954 como consecuencia de varias reelecciones sucesivas.
2. Joaquín Balaguer en República Dominicana, cuyo último mandato fue acortado de 4 a 2 años como consecuencia del fraude cometido durante su última reelección en 1994.
3. Alberto Fujimori en Perú, inconclusa debido a su fuga del país por fraude y corrupción.
4. Gonzalo Sánchez de Lozada en Bolivia, que debió renunciar a mitad de su segundo periodo.

Los mediocres segundos gobiernos de:

5. Carlos Andrés Pérez, inconcluso por destitución.
6. Rafael Caldera en Venezuela.

¹ Si bien Correa fue reelecto, pues su mandato presidencial empezó en 2006, de acuerdo con el Artículo 10 del Régimen de Transición de la nueva Constitución, las elecciones de 2009 cuentan como su primer periodo de gobierno, por tanto en 2013 él podría presentarse nuevamente para su reelección.

7. A ellos debemos sumar el segundo mandato de Carlos Menem en Argentina, que si bien concluyó su periodo lo hizo acosado por problemas económicos, elevado desempleo e innumerables denuncias de corrupción.

Los defensores de la reelección, por el contrario, argumentan que ésta permite aplicar un enfoque más “democrático”, en tanto posibilita a la ciudadanía elegir con mayor libertad al presidente y responsabilizarlo por su desempeño, premiándolo o castigándolo según el caso. Si bien en América Latina, durante el último cuarto de siglo, los ejemplos de Cardoso en Brasil (inmediata) y Sanguinetti en Uruguay (alterna) constituyen experiencias moderadamente positivas de las dos modalidades de reelección, en ambos casos sus primeros mandatos fueron más exitosos que los segundos. Queda por evaluar las reelecciones de Leonel Fernández en República Dominicana, Oscar Arias en Costa Rica, Daniel Ortega en Nicaragua, Alan García en Perú, Álvaro Uribe en Colombia, Lula en Brasil, Morales en Bolivia, Correa en Ecuador y Hugo Chávez en Venezuela, una vez que concluyan sus gobiernos.

B.3. Duración del mandato presidencial (tendencia mínima a la reducción)

En lo que respecta a la duración del mandato presidencial, éste varía entre 4 y 6 años. Así, en nueve países (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, Guatemala y Honduras), los periodos presidenciales son de cuatro años; en otros siete son quinquenales (Bolivia, El Salvador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay); y en dos, el periodo es de seis años (México y Venezuela).

Siete países cambiaron la duración del mandato presidencial durante el periodo del estudio: cinco lo redujeron y otros dos lo ampliaron. Algunas de las reducciones, sin embargo, quedan abiertas a interpretación. Brasil y Argentina acortaron el periodo presidencial de 5 y 6 años respectivamente,

a cuatro años, pero al mismo tiempo establecieron la posibilidad de una reelección inmediata, lo cual potencialmente le permite al presidente permanecer en el cargo durante ocho años consecutivos.

Por su parte, los chilenos acortaron dicho mandato al pasar de uno solo y prolongado de 8 años a uno más reducido de 6 años en 1993 y en el 2005 volvieron a reducir el mandato presidencial de 6 a 4 años. Asimismo, en Guatemala y Nicaragua dicho periodo pasó de 5 a 4 años y de 6 a 5 años respectivamente. En contraste, en Bolivia el periodo aumentó de 4 a 5 años, y con posibilidad de reelección inmediata.

En Venezuela con las reformas de 1999, el periodo aumentó de 5 a 6 años, con posibilidad de reelección ilimitada del presidente, que fue aprobada en 2009.

Como resultado de estos cambios, la duración promedio del mandato presidencial en la región disminuyó de 4.9 años a 4.6 años.

B.4. Elecciones concurrentes o de medio periodo (sin tendencia)

La fecha de la realización de las elecciones presidenciales y legislativas también influye en la convergencia de fuerzas partidarias en torno a los poderes Ejecutivo y Legislativo.

En lo relativo a este tema, en 12 de los 18 países que incluye este estudio, las elecciones presidenciales y legislativas se celebran al mismo tiempo (Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay). De éstos, Brasil presenta una ligera desviación del sistema, pues en cada elección presidencial o legislativa entre 1 y 2 tercios de los representantes senatoriales son elegidos alternadamente, si bien las elecciones para ambos poderes se celebran siempre el mismo día. Destaca el caso de Ecuador, en donde el nuevo Código de la Democracia establece que las elecciones legislativas se celebran simultáneamente con la segunda vuelta presidencial (si la hubiese). Si no hay segunda vuelta, las elecciones legislativas se deben celebrar 45

días después de la primera vuelta electoral,² pero en todo caso, el periodo del mandato es simultáneo.

En Argentina y México los comicios son parcialmente simultáneos: en el primero, la mitad de los representantes ante la Cámara Baja y un tercio de los de la Cámara Alta son elegidos la misma fecha que el Presidente, mientras la otra mitad del Congreso y otro tercio de la Cámara Alta son elegidos a mitad del mandato presidencial. En el segundo, el periodo de los diputados ante la Cámara Baja es de tres años, de forma que las elecciones para toda la institución coinciden con los comicios presidenciales y luego se celebran otras transcurrida la mitad del mandato presidencial de seis años.

En los cuatro países restantes (Colombia, El Salvador, República Dominicana y Venezuela), las elecciones para ambos poderes casi nunca o nunca se llevan a cabo el mismo día. De estos países, el caso colombiano es excepcional porque las elecciones para ambos poderes se celebran el mismo año en ciclos de cuatro años, pero las legislativas se llevan a cabo dos meses y medio antes de la primera vuelta de los comicios presidenciales.

Los seis países donde las fechas de las elecciones se modificaron durante las últimas dos décadas no establecen una tendencia regional en cuanto a la coincidencia de los comicios para ambos poderes. República Dominicana y Venezuela pasaron de un sistema con elecciones parcialmente simultáneas a un sistema con ciclos no simultáneos. En Chile hubo dos modificaciones: la primera con la reforma de 1993 pasando de un sistema totalmente simultáneo a uno no simultáneo. La segunda, con la reforma constitucional de 2005 que redujo el mandato de gobierno a cuatro años, estipula que las elecciones legislativas y ejecutivas se realizan de manera conjunta. Brasil es la única nación que hizo un giro total en la dirección opuesta, al pasar de celebrar sus elecciones en fechas diferentes a reali-

² Debido al régimen de transición de la Constitución de 2008, las elecciones generales de 2009 fueron simultáneas en primera vuelta. El cambio se aplicará en las próximas elecciones.

zarlas en forma concurrente. Ecuador transformó en 1998 su sistema de parcialmente simultáneo a simultáneo al eliminar los comicios legislativos de medio periodo para los representantes provinciales, y de manera posterior, en 2008, hizo un ajuste en la fecha de la elección en función del resultado de la primera ronda electoral (las elecciones legislativas pueden ser simultáneas con las presidenciales solamente para la segunda ronda electoral).

Por su parte, Argentina hizo un ligero cambio hacia una mayor simultaneidad: al acortar el mandato presidencial de 6 a 4 años y el mandato senatorial de 9 a 6 años, los argentinos mantuvieron el carácter parcialmente simultáneo del sistema electoral, pero a la vez redujeron de 2 a 1 el número de elecciones de medio periodo.

En suma, dos países separaron los ciclos electorales, en tanto otros cuatro los unieron o redujeron la frecuencia de las elecciones legislativas a mitad del periodo presidencial. Sin embargo, el hecho de que dos de las naciones que adoptaron reformas para convocar simultáneamente a elecciones para ambos poderes estuvieran entre las que registraban mayor fragmentación del sistema de partidos (Ecuador y Brasil), corrobora las desventajas de realizar elecciones en diferentes momentos.

En efecto, cuando el periodo de mandato del Presidente y los legisladores coinciden y las elecciones para ambos poderes son simultáneas, es previsible que un menor número de partidos obtenga una representación significativa en el Congreso, y el partido —o coalición— del presidente tenga más probabilidades de obtener y mantener una mayoría. Por el contrario, el Poder Ejecutivo puede debilitarse respecto del Congreso cuando las elecciones parlamentarias se realizan a mitad del periodo presidencial o en forma no concurrente con las presidenciales.

Ciertamente, las elecciones en la mitad del periodo presidencial —en el marco de esquemas simultáneos o no simultáneos— decididamente contribuyen a dificultar la gestión gubernamental. En todos los casos la experiencia ha demostrado que esta práctica puede debilitar la efectividad en

la formulación de políticas por parte del Poder Ejecutivo, al alterar el equilibrio de poder entre los partidos a mitad del mandato y desviar la atención del Congreso de la agenda política al diseño de estrategias y campañas electorales.

B.5. Sistema electoral para los representantes del Congreso

Comencemos por señalar que los países latinoamericanos están divididos en esta materia en países bicamerales y países unicamerales. Los países cuya legislatura tiene una sola cámara son nueve: Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela. Los países con congresos bicamerales son aquellos con estructura federal: Argentina, Brasil y México, y además: Bolivia, Chile, Colombia, Paraguay, República Dominicana y Uruguay, para un total de nueve países con legislatura bicameral. Estos nueve eligen, por lo tanto, Cámara de Diputados y Cámara del Senado, en la mayoría de los casos con sistemas electorales diferentes.

Voy a concentrarme en el sistema de elección parlamentaria para la Cámara Única o para la Cámara de Diputados, según el caso, advirtiendo, sin embargo, que sería conveniente considerar también el Senado, y el efecto conjunto de ambos sistemas electorales, porque, en primer lugar, en América Latina, a diferencia de Europa, las dos cámaras tienden a tener facultades similares y en segundo lugar, porque con frecuencia los dos sistemas electorales tienen variaciones importantes que tomadas en conjunto podrían alterar el efecto que se observa desde un análisis exclusivo de la Cámara Baja.

B.5.1. Sistema electoral para la Cámara Baja

En la mayoría de los países de la región se realizaron reformas para modificar sus sistemas de elección legislativa o al menos alguno de sus componentes. No obstante, en muchos casos estos cambios fueron menores y por ende no representaron una modificación sustantiva de los sistemas legislativos de cada país. En concreto, 16 países modificaron el sistema

de elección legislativa: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Los dos países que no lo modificaron fueron Brasil y Costa Rica.

El sistema que predomina en la región para elegir a los representantes legislativos es el de representación proporcional, que se aplica en 14 de los 16 países: Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. En dos países, Bolivia y Venezuela, se utiliza el sistema de representación proporcional personalizada, en el que se intenta aumentar la intensidad de la participación electoral sin disminuir la representatividad. Por último en Chile, como hemos mencionado, se aplica un sistema binominal y en México un sistema mixto o segmentado, aplicando una combinación de la fórmula de representación proporcional con el de mayoría simple.

En cuanto al uso de la fórmula electoral, cabe destacar que en nueve países de la región se utiliza la fórmula D'Hondt —la menos proporcional y que favorece de manera sistemática a los partidos más grandes—, éstos son: Argentina, Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Por su parte, en Brasil, El Salvador y Honduras utilizan la fórmula de Hare y promedio más alto, que resulta más imparcial respecto de los partidos grandes y los pequeños y suele producir resultados de elevada proporcionalidad. Variaciones del método Hare se instrumentan en Costa Rica y Nicaragua.

Cabe señalar que otros países utilizan una combinación de fórmulas electorales. En Bolivia se aplica la fórmula D'Hondt para la parte de representantes que se eligen en circunscripciones plurinominales, y mayoría simple para los que se eligen en circunscripciones uninominales.

Finalmente, en Chile, al existir un sistema binominal, se asignan los escaños a los dos partidos con mayor número de votos salvo cuando el primero obtiene el doble de votos que el segundo.

Respecto a la estructura de la papeleta, se observa en la región que siete países utilizan listas cerradas y bloqueadas para la elección de los diputados: Argentina, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay y Uruguay. También en Bolivia, México y Venezuela, pero para la parte de representantes que se elige mediante representación proporcional; en Colombia,³ Panamá, Perú y República Dominicana se aplica el voto preferencial. En Brasil, Ecuador y Honduras se emplea el sistema de listas abiertas con voto personalizado y, por último, en Chile aplica el voto personalizado con el sistema binominal.

Es probable que el predominio de los sistemas de representación proporcional en la Cámara Baja haya contribuido al incremento en el número de partidos representados en el Poder Legislativo de los países de América Latina (mayor fragmentación). Los sistemas bipartidistas vigentes en varios países al inicio del periodo del estudio, en su mayor parte han dado lugar a sistemas con dos partidos y medio o tres partidos. En otros países, los sistemas de partidos que ya se encontraban levemente fragmentados se dividieron aún más, por lo que los gobiernos de mayoría unipartidista se han tornado la excepción en la región.

En otras palabras, la tendencia de las reformas muestra un fortalecimiento del principio de representación proporcional, que por su naturaleza genera también una reducción en los niveles de efectividad del sistema. Esto por cuanto la participación de una cantidad cada vez mayor de partidos en la escena política promueve escenarios donde resulta más difícil crear gobiernos de mayorías que faciliten la toma de decisiones y el consenso. En algunos casos, como ya se mencionó, la efectividad también ha disminuido por la separación de las elecciones legislativas y las presidenciales.

Finalmente, cabe indicar que si bien se han realizado muchas reformas a los sistemas electorales legislativos de la región durante este periodo, generalmente han sido muy conservadoras en su diseño y efectos. Las

³ En Colombia, la regulación permite a los partidos elegir la utilización de lista cerrada y bloqueada o el voto preferente.

reformas, en apariencia, no han aliviado de manera sustancial los problemas de gobernabilidad, ni han reforzado la credibilidad de las instituciones representativas de la región. Más bien, como hemos dicho, al favorecerse la representación, la efectividad ha quedado rezagada en la Cámara Baja, y se establecen pocas garantías al presidente para lograr mayoría en el Congreso, lo que dificulta la conducción gubernamental.

B.5.2. Reelección legislativa

La tendencia prevalenciente en la región es permitir la reelección legislativa de forma continua. Sólo cuatro países establecen restricciones en relación con la reelección legislativa: Bolivia, Costa Rica, Ecuador y México.

En los casos de Costa Rica y México, no se permite la reelección de forma inmediata, aunque en el caso mexicano se aclara que los diputados o senadores suplentes sí podrán optar por la reelección continua, cuando es para optar por ser propietarios. Por su parte, Bolivia y Ecuador la permiten por una única vez. En el caso boliviano de manera continua, y en el ecuatoriano puede ser de forma consecutiva o no.

Reformas a los partidos políticos

A continuación presentaré brevemente las principales reformas dadas en materia de partidos políticos en América Latina. Me concentraré en cuatro aspectos: su constitucionalización y regulación, democracia interna, financiamiento y candidaturas independientes.

A. La constitucionalización y regulación jurídica de los partidos políticos: 10 tendencias principales

1. Actualmente en América Latina todos los países regulan el funcionamiento de los partidos políticos, prácticamente en relación con los aspectos principales de la vida jurídica de estas organizaciones. Así, hoy día los partidos políticos tienen rango constitucional

en todos los países de la región y, a nivel de legislación secundaria, todos cuentan con una ley o un código electoral que norma su funcionamiento. Asimismo, en 50% de los países, además de la ley electoral, se han promulgado leyes de partidos políticos. A lo anterior se suma una amplia potestad reglamentaria otorgada a los organismos rectores encargados del control de los partidos.

2. El proceso de regulación jurídica y constitucionalización de los partidos en América Latina se dio, al igual que en el resto del mundo, de manera paulatina. Las primeras constituciones sólo recogieron el derecho político de elegir y ser electo para los ciudadanos. Posteriormente, en el siglo XIX, y sobre todo en el XX, tuvo lugar un movimiento continuado que legalizó la actividad partidaria, incluida su regulación constitucional. A partir de ese momento se inició en la región un frondoso proceso de regulación de los partidos, que se intensificó a partir de la llegada de la tercera ola democrática en 1978.
3. Esta evolución entraña, empero, una paradoja: si bien el inicio de la tercera ola vino acompañado de un resurgir de los partidos políticos y de un incremento de la regulación y la consolidación del proceso de su constitucionalización, por el contrario su legitimidad y credibilidad fue decreciendo. En efecto, la pérdida del monopolio y de la legitimidad de los partidos políticos ha coincidido con el aumento de su regulación y, en algunos países, con una clara intervención del Estado en su vida interna.
4. No obstante los avances registrados hasta la fecha, aún quedan aspectos por mejorar y vacíos que llenar. Es fácil observar que mientras ciertos temas se han tratado adecuadamente: financiamiento, órganos de control, otros, en cambio, cuentan con una regulación escasa, o carecen de ella: estructura interna de los partidos, candidaturas independientes, participación de pueblos indígenas y sectores juveniles, afiliación a organizaciones internacionales, transfuguismo, entre

otros asuntos. De igual forma, cabe señalar que en algunos países la legislación no es suficientemente clara o exhaustiva en ciertas áreas y, por tanto, puede resultar ambigua y prestarse a diversas interpretaciones cuando se intenta hacer un análisis más pormenorizado.

5. En todos los casos el legislador ha previsto la existencia de un órgano especializado encargado de la supervisión y el control de la legalidad de los actos de los partidos políticos. Éste es el órgano electoral, cuyo ámbito de acción incluye todos los aspectos del funcionamiento de los partidos. El examen comparado de la legislación latinoamericana en materia de órganos electorales muestra que las constituciones y las leyes les asignan, si bien con diferencias importantes entre uno y otro país, un amplio número de atribuciones y un gran poder de decisión sobre el funcionamiento de los partidos políticos.
6. La experiencia comparada muestra que la regulación jurídica de los partidos políticos es un tema complejo y en continua evolución, cuyo perfeccionamiento se alcanza por aproximaciones sucesivas más que por amplias y muy ambiciosas iniciativas de reforma. Se trata de un asunto fundamental para el ordenamiento de los partidos políticos, su funcionamiento y, por ende, para la calidad y buena marcha de la democracia.
7. La regulación de los partidos políticos debe ser vista como parte integral de la reforma político-electoral en su conjunto debido a la estrecha relación e interdependencia que esta materia tiene con el sistema electoral y con el régimen de gobierno.
8. Esto quiere decir, a su vez, que toda reforma en materia de regulación jurídica de partidos políticos no debe ser realizada de manera general, sino en función de un país, un momento y una situación determinada (institucionalismo contextualizado).
9. El objetivo principal de toda regulación jurídica de los partidos políticos (sin perjuicio de los específicos que puedan existir para cada

país determinado), debe ser el mejoramiento de la representación, la gobernabilidad y el fortalecimiento del régimen democrático; todo lo cual supone, como requisito *sine qua non*, la existencia de un sistema de partidos debidamente institucionalizado.

10. Un buen marco jurídico no es una bala de plata, pero sin lugar a dudas ayuda (y viceversa, su ausencia complica). Sin embargo, hay que poner énfasis en la importancia de que exista plena coincidencia entre las normas y las buenas prácticas (vigencia real y no meramente formal), y en este tema las élites políticas tienen una cuota de responsabilidad muy importante.

B. Democracia interna

El tema de la democracia interna de los partidos ha ido cobrando importancia creciente en los últimos años. Un partido gozará de democracia interna cuando sus dirigentes y candidatos sean elegidos por los miembros a través de mecanismos participativos, en donde las decisiones sean inclusivas y sean tomadas con la participación voluntaria de sus miembros; los órganos de gobierno no discriminen la integración de los diferentes grupos (incluso aquellos que son minoritarios), y se dé el respeto a una serie de derechos y responsabilidades que garanticen la igualdad de los miembros en cualquier proceso de toma de decisiones.

Por ello, y como bien advierte Flavia Freidenberg (2006, 98), teniendo en cuenta que son múltiples los factores que determinan la democracia interna en un partido, si se parte de la idea de que no hay sólo un grado de democratización, sino que puede haber organizaciones que más o menos lo sean, puede pensarse que un partido alcanzará altos niveles de democracia interna cuando se presenten los siguientes elementos:

- Mecanismos de selección de candidatos a cargos de representación (internos o externos) que sean incluyentes respecto del número de actores.

- Participación de los afiliados en los órganos de gobierno, sin discriminación en la representación de los diversos grupos que integran la organización.
- Influencia activa en la discusión y formación de las posiciones programáticas del partido y en las decisiones comunes que éste tome.
- Respeto a los derechos mínimos de los miembros, que garanticen la igualdad entre los afiliados y se protejan los derechos fundamentales en el ejercicio de su libertad de opinión.
- Respeto al principio de mayoría, que haga que las decisiones sean tomadas en función de la mayor parte de las voluntades individuales.
- Articulación adecuada de las responsabilidades entre las asambleas y comités de representantes locales y regionales.
- Control efectivo de los dirigentes por parte de los militantes.

Una mirada al periodo 1978-2009 en la región permite identificar una tendencia, en un número considerable de países, a favor de mayores niveles de transparencia, apertura y democratización interna, tanto en materia de selección de candidatos a cargos de elección popular como de las autoridades partidarias, si bien estas últimas en menor medida.

Un balance comparado de los 18 países de la región pone de manifiesto las siguientes características:

- Siete países de la región utilizan el sistema de elección cerrada, sea en internas o en convenciones: Chile, Costa Rica, Guatemala, Panamá, Paraguay, República Dominicana y Venezuela. Este sistema permite una participación directa solamente de los afiliados, militantes, adherentes o delegados (en el caso de las convenciones).
- Tres países utilizan el sistema de elección abierta: Argentina, Honduras y Uruguay. Este sistema abre la posibilidad de que participen ciudadanos no militantes del partido en cuestión.

- En Perú la ley establece que cada partido puede definir en sus estatutos que la elección sea abierta o cerrada. Algo similar se da en el caso de Colombia, en donde el artículo 107 Constitucional y el artículo 10 del Estatuto Básico de los Partidos Políticos indican que las consultas internas son una alternativa para la elección de los candidatos partidarios, pero queda la libre opción de los partidos el utilizarla o no. En el caso de Bolivia, el artículo 15 de la Ley de Partidos Políticos señala que todo partido político, al constituirse, adoptará un Estatuto Orgánico donde se establezcan las normas y procedimientos que garanticen el pleno ejercicio de la democracia interna, mediante elecciones libres y voto directo y secreto.
- En cinco países no hay regulación alguna sobre el sistema que se ha de utilizar para la elección de sus candidatos; éstos son Brasil, Ecuador, El Salvador, México y Nicaragua.

El análisis de la incorporación de prácticas de democracia interna en los partidos políticos de la región arroja resultados mixtos. Entre los efectos positivos debe destacarse que la introducción de elecciones internas competitivas ha refrescado las tradicionales estructuras oligárquicas, disminuido el grado de centralización del proceso de elección de candidatos y facilitado la inclusión de otros actores en la toma de decisiones dentro del partido. Al respecto señala Freidenberg (Nohlen 2007, 659) que, si bien es cierto que siguen existiendo mecanismos, procedimientos y reglas no escritas que condicionan la selección de los candidatos y la definición de las autoridades, no puede negarse que la realización de elecciones internas ha sido una medida positiva para enfrentar directamente a la selección informal y discrecional de los candidatos.

Los efectos negativos de esta apertura en la vida de los partidos se manifiestan sobre todo en términos de su cohesión y armonía interna. Ciertamente, la adopción de prácticas democráticas en su interior ha significado, en muchos casos, el surgimiento de enfrentamientos entre las diferentes

facciones partidistas, la fragmentación del partido e incluso su división. Además, y en relación con los resultados electorales, Colomer (2002, 119) ha indicado que la inclusión de las elecciones internas no ha significado necesariamente un éxito electoral para los partidos latinoamericanos, ya que en algunos casos los candidatos seleccionados sobre la base de elecciones primarias tienden a ser relativamente poco populares o perdedores en las elecciones presidenciales correspondientes.

Sin embargo, pese a las dificultades y a la inevitable tendencia oligárquica que se da en el seno de cualquier partido, probablemente el pragmatismo se ha impuesto sobre cualquier intento de controlar las estructuras partidistas, y las cúpulas saben que la legitimidad y pervivencia de los partidos en los sistemas democráticos implica, en gran medida, la capacidad de éstos de conferirse una razonable dosis de democracia interna.

Resumiendo. Si bien las elecciones internas (abiertas o cerradas) han venido ganando progresivamente terreno, aún es muy importante el papel que juegan los órganos colegiados. En cambio, la elección llevada a cabo por una sola persona o una reducida cúpula partidaria prácticamente ha desaparecido. Cabe, empero, tener en cuenta que hay partidos que utilizan más de un mecanismo de elección, escogiendo el que le es más funcional dependiendo de cada circunstancia, lo cual evidencia la persistencia en muchos partidos de fuertes tendencias a la centralización en el proceso de toma de decisiones, a la vez que advierte de los desafíos que siguen pendiente *vis a vis* una mayor democratización interna.

Por ello, y pese al progreso registrado hasta la fecha (en particular en relación con las elecciones internas), la rica casuística de las diversas experiencias nacionales y el corto tiempo transcurrido no permiten sacar conclusiones definitivas acerca de los efectos positivos y negativos que este proceso ha tenido en pro del fortalecimiento y democratización interna de los partidos, así como en relación con la representación política y la gobernabilidad democrática.

C. Financiamiento de los partidos políticos

La relación entre dinero y política ha sido, es y seguirá siendo compleja, pero constituye al mismo tiempo una cuestión clave para la salud y la calidad de la democracia, al menos por las siguientes cuatro razones:

- Para garantizar condiciones de equidad durante la contienda electoral.
- Para garantizar condiciones de transparencia y rendición de cuentas acerca del origen y destino de los recursos (públicos y privados) empleados en el quehacer político.
- Para asegurar un mínimo de razonabilidad en el uso de recursos públicos destinados a financiar la actividad política.
- Para evitar, lo más que se pueda, el tráfico de influencias y las causas de corrupción política, así como para prevenir, hasta donde ello sea posible, el ingreso de dinero del crimen organizado y, de manera especial, del narcodinero.

Los países de América Latina tienen una larga tradición de regulación del financiamiento político. En particular, han sido pioneros en la adopción de subsidios directos para partidos y candidatos, como lo atestiguan los casos de Uruguay (1928), Costa Rica (1956) y Argentina (1961). El retorno de la democracia a la región ha generado, predeciblemente, un creciente interés en esta materia, que se ha vertido en numerosos esfuerzos regulatorios. La región ha avanzado en la adopción de normas y, ayudado en parte por una prensa cada vez más incisiva, el tema del financiamiento político está definitivamente instalado en la discusión pública. Esto último es, en sí mismo, un progreso considerable.

Si abordar adecuadamente la regulación del financiamiento político es una tarea urgente para las democracias en América Latina, ello se debe a que en las últimas tres décadas de vida democrática los países latinoamericanos han mostrado, con notable exuberancia, la gama de riesgos que

implica la ausencia de una regulación efectiva de esta materia. Al igual que en otras latitudes —desde Israel hasta Japón, pasando por Estados Unidos y Alemania— los recurrentes escándalos relacionados con el financiamiento político han hecho tambalear gobiernos en la región, al tiempo que han debilitado a los partidos políticos y erosionado la confianza de los ciudadanos en las instituciones democráticas.

Ahora bien, que una regulación adecuada y efectiva del financiamiento político sea muy necesaria en América Latina, no la hace inevitable. Se ha visto que la historia reciente de la región está llena de ejemplos de reformas condenadas al fracaso por problemas en su diseño y ejecución. En muchos casos tales defectos no son más que la materialización de intereses opuestos a la regulación de una materia muy sensible para la competencia electoral. En otros, sin embargo, los resultados decepcionantes no son más que el reflejo de la inflación retórica, los mitos y las expectativas desproporcionadas que casi siempre acaban gobernando la discusión del tema.

En consecuencia, los sistemas de financiamiento vigentes en América Latina se caracterizan por privilegiar la regulación abundante; sin embargo, subsisten bajos niveles de transparencia, órganos de control débiles, un régimen de sanciones bastante ineficaz y una cultura proclive al incumplimiento. Factores como el régimen de gobierno, el sistema de partidos y la cultura política pesan en la determinación de las características fundamentales y en el funcionamiento de los sistemas nacionales de financiación.

Actualmente en todos los ordenamientos regionales se regula la financiación de los partidos, si bien en términos, modalidades y grados de intensidad variados. Así, mientras algunos ordenamientos cuentan con normas detalladas, otros países, en cambio, disponen de regulaciones generales y escasas.

Un breve análisis comparado de las características formales y tendencias en América Latina evidencia lo siguiente:

- En relación con el tipo de sistema de financiamiento, predomina en toda la región (89% de los países), el financiamiento mixto, en el

que los partidos políticos reciben tanto fondos públicos como privados para financiar sus campañas electorales o para sufragar sus gastos de funcionamiento ordinario. Las excepciones son Venezuela, que no tiene financiamiento público del todo, y Bolivia, que recientemente eliminó el financiamiento público directo, dejando únicamente la opción de financiamiento indirecto.

- La mayoría de los países cuenta dentro de su financiamiento público con subvenciones directas (89%), en dinero o bonos; o indirectas (94%), en servicios, beneficios tributarios, acceso a los medios de comunicación, capacitación, entre otras.
- Los métodos de distribución del financiamiento público directo en la región son de tres tipos fundamentalmente: un método combinado en el que una parte se distribuye equitativamente entre todos los partidos y la otra de acuerdo con la fuerza electoral (44%); proporcional a la fuerza electoral (38%); y un tercer método en el que una parte se distribuye proporcional a la fuerza electoral y otra de acuerdo con la representación parlamentaria (19%).
- En la mayoría de países (69%) se prevé algún tipo de barrera legal para tener acceso al financiamiento público. Estas refieren, específicamente, a que los elegibles para el subsidio mencionado obtengan un porcentaje mínimo de votos o que cuenten con representación parlamentaria.
- En cuanto al desembolso del financiamiento público, si bien no existe un patrón homogéneo, prevalece el sistema que divide el desembolso en un monto anterior y otro posterior a los comicios (61%), seguido por el mecanismo de reembolso que se realiza después de las elecciones (11%), y en tercer lugar por el que se entrega antes de las elecciones (6%).
- La mayor parte de países se ha movido hacia una mayor restricción en cuanto al origen de las contribuciones privadas. En este sentido, predominan las prohibiciones de donaciones que provienen de

fuentes extranjeras (78%), seguidas de contratistas del Estado (61%) y de fuentes anónimas (61%). Algunos países establecen, asimismo, límites al monto de las contribuciones privadas (56%).

- En la mayoría de los países (83%) se otorga a los partidos políticos acceso gratuito a los medios de comunicación estatales, privados o a ambos.
- En todos los países de la región existe algún órgano encargado del control y la fiscalización del financiamiento de los partidos, tarea que ha sido asignada en la mayoría de los casos a los organismos electorales.
- Finalmente, la mayoría de los países prevé un régimen de sanciones dirigido a castigar la inobservancia de la legislación sobre el financiamiento de los partidos y las campañas electorales. Entre éstas prevalecen, por un lado, las penas pecuniarias (89%), seguidas por las sanciones de tipo administrativo (56%) que conllevan la eliminación del registro partidario o bien la reducción o suspensión de los fondos estatales para los partidos que han violado la ley, y en menor medida las sanciones de tipo penal (33%), y de otra índole (28%).

Sin perjuicio de reconocer los avances registrados en materia de regulación del financiamiento político, en América Latina aún existe una gran distancia entre las normas y la práctica. Sin lugar a dudas, durante las últimas décadas ha habido progresos, aunque con variaciones sustanciales entre los distintos países. Sin embargo, los avances en materia normativa han ido acompañados —en un buen número de países— de bajo cumplimiento de las leyes, un reducido nivel de transparencia, órganos de control débiles y un régimen de sanciones poco eficaz. Estas tendencias evidencian la necesidad e importancia de fortalecer los órganos de control, verdadero talón de Aquiles de los sistemas de financiamiento político en la mayoría de los países de América Latina.

Por último, cabe señalar que con el objetivo de no hacer inoperantes las reformas legales, en este campo debe avanzarse con prudencia y evitar la regulación excesiva, legislando sólo en aquello que pueda hacerse cumplir y que pueda controlarse. En ese sentido, la experiencia latinoamericana muestra que aún es largo el camino por recorrer.

Candidaturas independientes

La severa crisis de credibilidad en los partidos políticos y, en consecuencia, la búsqueda por parte de los ciudadanos de otras alternativas para canalizar sus intereses ha motivado el surgimiento de candidaturas y movimientos políticos independientes. La aparición de estas nuevas instancias de representación ha tenido sus efectos en la vida jurídica de los Estados y de los partidos, y las legislaciones también han debido adaptarse para regular su participación en la vida política. Entre ellas, se cuentan movimientos políticos, agrupaciones y candidatos independientes.

¿Qué entendemos por candidatura independiente? Raúl Ferreyra (2002, 7) sostiene que la candidatura independiente es la nominación para ocupar un cargo electivo, cuyo rasgo peculiar y sobresaliente consiste en que tal oferta política se realiza sin el concurso, ni principal ni complementario, de un partido político.

En América Latina, desde una perspectiva histórica, la tendencia a incorporar agrupaciones y candidatos independientes al desarrollo político regional se inició en el ámbito municipal, y ha ido avanzando hasta ser reconocidos como sujetos de representación popular en los niveles legislativo y presidencial. Así, actualmente en el nivel presidencial, ocho países (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Honduras, Paraguay, República Dominicana y Venezuela) reformaron su legislación para permitir las candidaturas independientes en el régimen político-electoral. Por el contrario, 10 países de la región mantienen el monopolio de la representación política en los partidos, si bien en algunos casos éste se da sólo en el nivel de candidaturas presidenciales y de diputados.

Cabe señalar, empero, que este tema es objeto de un amplio debate. Ello es así porque la hegemonía de los partidos políticos está siendo socavada por la presencia cada vez mayor de este tipo de organizaciones, muchas veces carentes de la estructura necesaria para articular y poner en práctica un buen programa de gobierno; sin embargo, están alcanzando importantes niveles de incursión en la dinámica política latinoamericana.

Los defensores de las candidaturas independientes señalan que cercenar a los individuos su derecho a participar en la gestación y dirección de la política estatal puede estar reñido con la igualdad de oportunidades garantizada en las constituciones. Al respecto, Ferreyra (2002, 20) manifiesta:

[...] una sociedad abierta y democrática no debería confinar a nadie. Cuanto más generoso y recepticio sea el régimen jurídico para permitir la postulación de candidatos, más amplio será el derecho de libertad política del que se goce en esa comunidad. Puede pensarse que uno de los rasgos fundamentales de una sociedad bien ordenada es aquel donde cada persona tenga un derecho igual al sistema más amplio de libertades básicas, compatible con un sistema similar para todos. Dentro de este esquema la limitación del derecho de participación política de los candidatos independientes no aparece como necesariamente justificada.

Por su parte, los opositores a las candidaturas independientes piensan que éstas debilitan el sistema de partidos y que, cuando llegan al poder, no tienen el amarre necesario para asegurar la gobernabilidad. En ese sentido, Valenzuela (1998) expresa lo siguiente:

El débil enraizamiento de los partidos políticos contribuye al fenómeno de las candidaturas independientes impulsadas por los medios, candidaturas que al no estar ancladas en estructuras partidarias tienden a impulsar a líderes que al llegar al poder tienen pocas bases organizativas para gobernar, apelando a discursos populistas

o plebiscitarios que han contribuido a las crisis institucionales de países como Haití, Perú, Guatemala y Ecuador.

Sean cuales sean los argumentos de aceptación o rechazo hacia formas diferentes de participación a los partidos políticos, la realidad latinoamericana muestra, como hemos visto, que en muchos países de la región se despojó a los partidos del monopolio de la representación política que habían mantenido durante varias décadas. De igual manera, la experiencia evidencia que estas nuevas formas de representación política en ciertos países cuentan con la aceptación de grandes sectores de la ciudadanía, por lo que necesariamente, para regular los términos de la competencia política, se han promulgado normas para incorporarlos a la vida jurídica del Estado. Sin embargo, su reciente introducción en la vida política de la región no nos permite determinar con certeza elementos definitivos de juicio para afirmar si estos mecanismos han contribuido o no a mejorar la representatividad y la canalización de los intereses de la ciudadanía.

Mecanismos de democracia directa y semidirecta

La transición y consolidación de la democracia en América Latina a lo largo de estas tres décadas se ha desarrollado en dos etapas principales. La primera, durante los 80, década perdida en lo económico pero de gran avance en materia democrática. La segunda, a lo largo de los 90, caracterizada por la crisis de representación del sistema partidario y el descontento creciente con la política; ambas situaciones trataron de ser superadas en numerosos países mediante una doble vía: reformas constitucionales por un lado, e incorporación de mecanismos de democracia directa por el otro.

A partir de la regulación y uso de mecanismos de democracia directa, se ha instalado, en la agenda política latinoamericana, un debate en torno a los potenciales beneficios y riesgos de estas instituciones. Para un sector, existe una contraposición peligrosa entre la democracia representativa y la democracia directa, así como el riesgo de su posible uso demagógico.

Para otro, dentro del cual me incluyo, las instituciones de democracia directa deben verse, más que una alternativa *per se*, como complemento de la democracia representativa.

Antes de adentrarnos a las características de la región en esta materia quisiera señalar que por “instituciones de democracia directa” entendemos las diversas formas de participación política que se realizan a través del ejercicio del voto directo y universal. Su objetivo principal es involucrar al conjunto de la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones sobre cuestiones públicas (actos o normas), y no el de elegir a los miembros de los poderes legislativo o ejecutivo.

A. Incremento de su regulación

Cabe advertir que casi la totalidad de las constituciones reformadas en América Latina durante las décadas de 1980 y 1990 incluyeron el uso de mecanismos de democracia directa. Las razones para su adopción fueron diferentes en cada país, pero dos condiciones tuvieron una importancia significativa en la mayoría de los casos: la primera fue la creciente influencia de intereses de personas ajenas al mundo de la política, entre ellos presidentes neopopulistas o partidos anteriormente excluidos, que llegaron a dominar las asambleas constituyentes y, la segunda, situaciones en las que los intereses políticos tradicionales sufrieron presiones para democratizar las instituciones políticas. En este sentido, Uruguay constituye una excepción, ya que tales mecanismos datan de la década de 1930. Los países que más recientemente han incorporado estos mecanismos en sus ordenamientos jurídicos son: Costa Rica, en mayo de 2002; Honduras, en enero de 2004, y Bolivia en febrero del mismo año.

Actualmente, 17 de los 18 países de la región tienen regulado alguno de los tres mecanismos principales de democracia directa: consulta popular (referéndum o plebiscito), iniciativa legislativa y revocatoria de mandato. Sólo México no lo ha regulado aún a nivel nacional. En República Dominicana fue recientemente, con la aprobación de la reforma constitucional de 2010, que se reguló su uso.

B. Utilización creciente

Una mirada retrospectiva desde el inicio de la transición a la democracia (finales de 1970) a la fecha, evidencia una tendencia creciente al empleo de las instituciones de democracia directa: **a 2010 se han realizado un total de 49 consultas.**

En efecto, mientras en la década de 1980 se realizaron nueve consultas populares (18%), durante la de 1990 el número saltó a 20 (41%), en su mayoría para legitimar o rechazar reformas constitucionales. A partir de 2000 se han realizado 19 consultas (39%): 4 en Bolivia; 4 en Uruguay; 4 en Venezuela; 3 en Ecuador; 1 en Brasil; 1 en Colombia; 1 en Costa Rica; y 1 en Panamá.⁴

No obstante estos datos, en mi opinión el análisis de la experiencia latinoamericana comparada evidencia que el uso de estos instrumentos a escala nacional ha sido más bien modesto y altamente concentrado en un número reducido de países.

Ciertamente, si bien estas instituciones han sido utilizadas en 12 de los 16 países que las regulan (todos en democracia a excepción de Chile, Uruguay en 1980 y Panamá en 1983), se observa que de manera frecuente sólo se han utilizado en dos de ellos: Uruguay y Ecuador.⁵ En Venezuela por su parte, se han utilizado con mucha mayor frecuencia desde la llegada al poder del presidente Chávez; situación similar ocurre con Bolivia desde la llegada de Evo Morales. Por su parte en Panamá, con la celebración del referendo de 2006, las experiencias de esta práctica han sido cuatro. De este modo, 36 de los 49 procesos (o sea 73%), han tenido lugar sólo en cinco países: 14 en Uruguay, 8 en Ecuador, 6 en Venezuela, 4 en Bolivia y otros 4 en Panamá. Para decirlo en términos cuantitativos, 27% de los 18 países de la región concentra 73% de las consultas o procesos de demo-

⁴ La otra consulta popular incluida en este análisis es el plebiscito de 1978 en Ecuador.

⁵ Aquí se toman en cuenta las siete consultas realizadas a nivel nacional. Sin embargo, en Ecuador se han dado otras cinco consultas de carácter provincial, todas ellas en 2000, sobre la instauración de un régimen autonómico. En todas las consultas venció la opción de la autonomía con márgenes superiores a 80% (Pachano 2008, 8).

cracia directa que han tenido lugar entre 1978 y marzo de 2010, y un solo país, Uruguay, concentra 29% del total de estas consultas.

Importa apuntar, asimismo, que durante los últimos años, y sobre todo a partir de 2000, se constata un uso cada vez mayor de los mecanismos de democracia directa en los países de la región andina. De los 19 procesos de democracia directa que han tenido lugar entre 2000 y marzo de 2010, 12 de ellos (es decir, 63%), tuvieron lugar en países andinos: 4 en Bolivia; 4 en Venezuela; 3 en Ecuador; y uno en Colombia. Por su parte, en los tres países más grandes de la región —Brasil, Argentina y México—, estos mecanismos han sido poco utilizados o no se han utilizado del todo.

A escala nacional, no es posible establecer una regla general que explique por qué algunos países han empleado más que otros estos mecanismos. Pareciera que la respuesta pasa por el contexto partidario y por la cultura política dominante de cada país. Así, por ejemplo, en Uruguay estos instrumentos preexistieron al proceso de restauración democrática. Después del retorno a la democracia sólo se registró como novedad el uso, hasta entonces desconocido, del recurso de derogación de leyes por medio de un referendo. Sin embargo, Uruguay sigue siendo uno de los países del mundo que tiene una larga y rica tradición en el uso de los institutos de democracia directa, y que, como lo ha indicado González Rissoto (2008), desde la primera mitad del siglo XX ha sabido combinar y articular adecuadamente los poderes representativos con la democracia directa.

Me permito hacer una reflexión final sobre estos mecanismos: es de la mayor importancia que sean considerados como instrumentos dirigidos a fortalecer el sistema democrático; es decir, a complementar y no a sustituir a las instituciones de la democracia representativa. Si bien es cierto que los primeros pueden fortalecer la legitimidad política y abrir canales de participación que faciliten una reconciliación entre los ciudadanos y sus representantes, los partidos políticos y el Poder Legislativo deben mantenerse como instituciones centrales donde se articulan y combinan las preferencias ciudadanas, y fortalecerse para mejorar la calidad y legitimidad de la representación democrática. Por todo ello, el empleo de estos mecanis-

mos exige, como premisa lógica, la existencia de un estado democrático dotado de derechos fundamentales plenamente garantizados y en el que el pluralismo político goce de total efectividad.

Reflexiones finales

A manera de cierre, voy a presentar algunas reflexiones en torno a las condiciones necesarias para avanzar con éxito en un proceso de reforma.

A. Ver la reforma político-electoral como política de Estado

Como hemos analizado, en las últimas décadas, en la gran mayoría de los países de América Latina se ha dado una intensa agenda de reformas político-electorales, tanto de rango constitucional como legal.

Durante el mismo periodo se ha producido también un crecimiento importante de estudios comparados sobre esas reformas. En otras palabras, el aumento del número de reformas ha venido acompañado de un incremento en el número de estudios comparados (tanto desde el Derecho como desde la Ciencia Política) sobre las reformas al régimen político, al sistema electoral y al sistema de partidos, así como a la regulación jurídica y constitucionalización de los partidos, de los organismos electorales, de la incorporación de mecanismos de democracia directa y semidirecta, y sobre la utilización de instituciones de la *accountability* horizontal.

El análisis que surge de estos estudios comparados demuestra que la mayoría de los procesos de reforma político-electoral ha sido de carácter esencialmente elitista, es decir, procesos en los cuales las decisiones relevantes se tomaron por las cúpulas de los partidos y por los legisladores. Al resto de la sociedad, en general, se le ha consultado poco y, a lo largo del proceso, su participación ha sido más bien testimonial. Esta característica de las reformas presenta particular gravedad en aquellas sociedades en las que —a juicio de la ciudadanía— existe una profunda crisis de representación.

De ahí la importancia de que el proceso de reforma que se lleve a cabo cuente no sólo con un alto grado de legitimidad política, sino también de apoyo ciudadano. En efecto, la experiencia comparada aconseja concebir el proceso de reforma político-electoral como una política de Estado, es decir, basado en el diálogo y el consenso en el cual participe un amplio espectro del arco político partidario y que vaya acompañado de un proceso altamente participativo e inclusivo de los diferentes sectores sociales, de modo tal que la reforma que se adopte adquiera, además de un alto nivel de legitimidad, sostenibilidad en el tiempo.

Toda reforma política modifica una estructura de poder dada y genera una nueva relación de poder. Por ello no sólo se establecen nuevas reglas de juego, sino que además se instaura un modo de repartir el poder de manera diferente al que hoy se distribuye y que favorece más a unos que a otros. Es decir, que alguien pierde más y alguien gana más. De ahí que el consenso debe ser anterior al puro instrumento legal final —como resultado de la reforma— al que se pueda llegar.

En materia de reforma político-electoral persiste la creencia de que existe amplio margen para el diseño político, algo sólo cierto a medias debido a los significativos límites que encuadran a la ingeniería institucional. De ahí la necesidad de evitar la tentación de llevar a cabo reformas demasiado ambiciosas que luego resultan difíciles de materializar en la práctica. En estos casos, la experiencia indica la conveniencia de avanzar mediante reformas graduales, que se van materializando por aproximaciones sucesivas.

En efecto, los procesos de reforma son asuntos muy serios y complejos, que constituyen mecanismos de adaptación útiles para ir ajustando o adecuando partes de un sistema que, o bien ya no funciona, o bien podría funcionar mejor. Además, las reformas no están exentas de riesgos. Si no se hacen explícitos los objetivos, si no se analizan adecuadamente las alternativas y consecuencias de cada una, si se equivocan los instrumentos, el resultado puede resultar contraproducente, es decir, podría agudizar la polarización y división de la sociedad, generar mayor inestabilidad, frac-

sar en los objetivos buscados o, simplemente que las cosas acaben peor que como están, porque no todas las reformas arrojan los resultados previstos y muchas veces producen graves efectos secundarios no deseados. Por ello, en contextos críticos o alterados por hechos no rutinarios, se requieren actos prospectivos prudentes y, por ende, políticas secuenciales con características similares.

Nótese que el planteo es elemental y útil en situaciones donde existen vetos de tipo estructural, frenos o fuertes obstáculos políticos. Ante la posibilidad de un fracaso, el planteo gradual produce un descenso menor en la lógica de las frustraciones sociales, aunque ello implique pensar que el éxito social (en términos de impacto público) requiere también una serie sucesiva de aciertos menores para lograr un consenso fuerte. Un avance gradual en una reforma política da por supuesto la tendencia que va de menor a mayor en el abordaje de los problemas y que, sin eliminar la posibilidad de fracasos y de vueltas hacia atrás, evita generar “usinas de frustraciones”.

B. Necesidad de adoptar un enfoque estratégico

Como se ha analizado en el punto anterior, la justificación de una reforma político-electoral descansa en dos supuestos principales:

1. En la convicción de que las reglas e instituciones son importantes (si bien no determinantes) para el funcionamiento del sistema político.
2. En la percepción de que la arquitectura institucional vigente no responde de manera adecuada a las necesidades de la gobernabilidad y que ha llegado el momento de ajustarla o incluso reemplazarla. Los procesos de reforma suelen constar de tres grandes etapas: el diagnóstico, la propuesta, y la negociación y eventual adopción de la reforma.

El **diagnóstico** busca indagar cómo funciona el sistema político-electoral vigente, cuáles son sus principales características, qué efectos produce (positivos y perversos), qué relación mantiene con el contexto histórico, cultural y político-institucional dentro del cual opera, cuáles constituyen sus ventajas y desventajas, así como sus principales fortalezas y, sobre todo, sus mayores debilidades.

La **propuesta** de reforma contiene las principales recomendaciones dirigidas a dar respuesta, concreta y directa, a las debilidades fundamentales del sistema político-electoral que se desea modificar, identificadas en el diagnóstico.

Por su parte, la etapa de **negociación** y eventual adopción de la reforma suele convertirse en la más compleja de las tres. Precisamente por ello conviene tener presente que los procesos de reforma electoral (sobre todo si se desea que ésta se apruebe políticamente) no son ni deben transformarse en un ejercicio técnico, académico o en monopolio de un grupo de expertos; ello no significa menospreciar el valor agregado que éstos pueden aportar a lo largo de las tres etapas, en términos de valiosos insumos y argumentos en pro de mejorar la calidad del debate entre los diversos grupos políticos en el seno del parlamento. Una reforma político-electoral constituye esencialmente un proceso de alta sensibilidad e importancia política, caracterizado por duras y complejas negociaciones.

La experiencia comparada aconseja, asimismo, que todo proceso de reforma político-electoral tenga brújula para no perder su norte y dé respuesta, directa y coherente, a los problemas y debilidades que se desean subsanar. Para ello es necesario que dicho proceso se enfoque desde un punto de vista estratégico, separándolo en, al menos, las siguientes preguntas:

1. El porqué de la reforma, es decir, por qué se necesita, cuáles son sus causas y las razones principales que la justifican.

2. La segunda pregunta guarda relación con el para qué de la reforma, es decir precisar de manera clara sus objetivos.
3. El tercer paso se relaciona con la coherencia de la reforma, es decir con la necesidad de que exista correspondencia entre los objetivos que persigue y los métodos y medidas que se proponen para alcanzarlos.
4. El cuarto demanda la necesidad de identificar y evaluar los efectos positivos, pero también los no deseados, de las reformas que se proponen. Es decir, la importancia de realizar una evaluación integral de la reforma propuesta, y no sólo focalizada en los aspectos positivos de las medidas recomendadas.
5. El quinto paso consiste en analizar el contexto dentro del cual se llevarán a cabo las reformas. Este paso es esencial ya que, como ha quedado claramente demostrado desde el punto de vista del institucionalismo contextualizado, el contexto importa, y mucho, para asegurar la pertinencia, viabilidad y eficacia de las reformas propuestas.

Resumiendo: por qué se debe reformar, para qué se quiere reformar y qué se debe reformar, asegurando siempre que las medidas propuestas sean coherentes con el problema que se desea solucionar, y que al mismo tiempo guarden relación con el contexto dentro del cual habrán de operar, constituyen las cuestiones clave que deben guiar todo proceso de reforma político-electoral.

C. Criterios orientadores del proceso reformador

Las posibilidades de éxito de todo proceso de reforma político-electoral aumentan cuando las guía una serie de criterios entre los que destacan, por su trascendencia, los siguientes cinco:

1. La necesidad de ver la reforma de manera sistémica e integral

La reforma necesita dotar al sistema político-electoral de una mayor calidad institucional. Hace falta contar con más “eficacia” y mejores “controles” en el manejo de la cosa pública. Asimismo, es fundamental promover solidez en los lazos de confianza que vinculan a representantes y representados. Naturalmente, no puede haber reforma política que arrive a buen puerto si no se la piensa “en sistema”. Si esta premisa es correcta, conviene asumir que una mínima modificación al orden vigente en cualquiera de sus campos terminará inexorablemente afectando a la Constitución, a la Ley Electoral y a la Ley de Partidos Políticos. Más allá de la intención política de introducir cambios profundos o menores, cualquier modificación en la organización de los poderes del Estado, en el sistema electoral o en el modelo de partidos seguramente estimulará alteraciones más o menos sutiles tanto en las prácticas como en las motivaciones que animan a los actores involucrados. También es probable que para alcanzar algunos objetivos se vuelva necesario subordinar o resignar otros. A menudo, la promoción de los beneficios de alguna de las propuestas puede terminar promoviendo daños colaterales y efectos no deseados ni previstos.

2. La dirección del proceso de reformas

El curso básico del proceso de reformas, en cuanto al destino (lo que se desea como resultado) y al camino (entre los cursos alternativos, la selección del que se considera óptimo) debe establecerse claramente y con un consenso amplio. Es difícil lograr un proceso de reformas eficientes sin una visión u orientación general coherente, y por ello el proceso reformador necesita una hoja de ruta precisa, y que las medidas propuestas tomen en cuenta el contexto político y cultural dentro del cual van a operar. En efecto, reformar por reformar sin una profunda reflexión, sin un conocimiento amplio de la realidad jurídica, política, social y económica dentro de la cual se llevará a cabo la reforma, constituye un error mayúsculo porque no existen “recetas” universales para los cambios político-jurídicos.

3. La durabilidad y estabilidad de ciertas líneas principales de acción en lo que se refiere a las reformas políticas e institucionales

Al no responder al requisito general de durabilidad y estabilidad, las reformas que correspondan a correlaciones políticas o balances de poder coyunturales y no se asienten en un amplio consenso político y social están condenadas al fracaso. En términos de desarrollo, los actores requieren de un horizonte de estabilidad y previsibilidad sólidas en cuanto a las reglas del juego. De ahí la importancia de que el proceso de reforma sea producto del diálogo, la negociación y el acuerdo entre los diferentes actores políticos interesados en transformar el *statu quo*, de modo que el desenlace garantice que todos los participantes del proceso vean reflejadas, en mayor o menor medida, sus posiciones e intereses.

4. La progresión de las reformas

Una vez propuesta la dirección que se ha de seguir, hay que avanzar con pasos no demasiado ambiciosos pero consistentes de forma tal que, aunque su alcance sea limitado, resulten lo suficientemente firmes para asegurar la ausencia de recaídas. Deben identificarse los puntos críticos en donde inicia el proceso de reformas.⁶ Más que cambios radicales, se aconsejan reformas progresivas, graduales, que vayan mejorando la capacidad de funcionamiento de estas instituciones. Sin embargo, no debe permitirse que la cautela y el conservadurismo limiten la capacidad de reformas creativas y novedosas simplemente por el temor al cambio. El apego a la tradición y al inmovilismo del *statu quo* puede resultar tan dañino como el cambio excesivo.

⁶ Se entiende por puntos críticos aquellos en los cuales, una vez consolidadas las reformas, pueden generarse procesos autosostenidos de cambio y desarrollo institucional.

5. La simultaneidad de medidas complementarias

Las reformas deben inscribirse dentro de un contexto institucional más amplio, en el que se conciban acciones paralelas y complementarias que ayuden en su conjunto a los fines generales definidos en el punto primero. En este sentido, es interesante concebir las reformas institucionales en términos de los incentivos concretos que éstas ofrecen a los actores políticos para que decidan modificar su comportamiento y ajustarse a las nuevas finalidades que la reforma trae consigo.

D. Evitar reformar mirando únicamente la coyuntura

La experiencia comparada aconseja evitar cambios en las reglas político-electorales para responder a hechos variables y coyunturales, exclusivamente a problemas del momento; si bien debe reconocerse que esos problemas existen, también deben aquilatarse en su verdadera dimensión. En ocasiones, sin embargo, no existe otro remedio que ajustarse a los acontecimientos de la coyuntura. En estos casos, las reglas y procedimientos deben adaptarse a realidades circunstanciales, aunque ello, en general, ocurre sólo en condiciones extremas.

Cuando se legisla para la coyuntura se corre el riesgo de incurrir en una hiperinflación de diagnósticos (Perelli 2006, 203-11), debido a que las recetas y propuestas que emanan de estos diagnósticos sucesivos nunca llegan a fructificar; para que surtan efecto se requiere tiempo, y el cuadro temporal de mediano y largo plazo necesario para que ello ocurra está ausente de las deliberaciones. De este modo, las reformas van intentando dar respuesta de coyuntura en coyuntura, cambiando permanentemente las reglas de juego con el objetivo de que se adecuen al momento y resuelvan los escollos del hoy. En caso de no lograrlo, se inicia un nuevo ciclo de reformas. Así, los diversos procesos se van acumulando con el tiempo como capas geológicas de intentos fallidos y pasan a constituir un parámetro más de los problemas que se intentaba resolver. De igual modo,

el sistema se vuelve altamente volátil e inestable y se produce una institucionalidad de tipo “ensayo y error” en donde un proceso se ensaya, fracasa y vuelve a cero.

Por todo ello, en lugar de una lectura miope, la reforma debe basarse en una mirada estratégica de mediano y largo plazo. La política —como los mercados— demanda una visión de futuro, basada en un conjunto de reglas de juego claras y estables.

E. Principales obstáculos o limitaciones que suelen afectar a los procesos de reforma

La experiencia comparada en materia de reformas político-electorales puede contribuir a evitar que se cometan graves errores. Un alto número de estos procesos de reformas no han cristalizado o no han alcanzado los objetivos buscados, ya que adolecieron de serios defectos o limitaciones entre los que, por su trascendencia, destacan: el carácter coyuntural de las reformas, un marcado desconocimiento acerca de las cuestiones técnicas y, quizás la más grave de todas, la falta de compromiso de los partidos políticos con esas reformas.

En efecto, un primer grupo de reformas se ha hecho de manera coyuntural, con un enfoque más táctico que estratégico, para obtener beneficios concretos a favor de una fuerza o fuerzas políticas en el corto plazo. Como bien señalan Colomer y Negretto (2003), en el mundo real la elección de instituciones comporta una interacción estratégica en la que diversos actores con preferencias diferenciadas deciden según su propio interés. En otras palabras, los actores políticos eligen por lo general instituciones no para aumentar la eficiencia social, sino para maximizar su probabilidad de ganar cargos y ejercer influencia en las políticas públicas una vez elegidos. Por ejemplo, los individuos y los partidos que controlan o esperan controlar el Ejecutivo suelen favorecer una fuerte concentración de poderes en este ámbito, mientras que los legisladores ordinarios y los partidos que esperan perder la presidencia en la siguiente elección tienden a apoyar reglas que incrementan el poder del Congreso.

Un segundo grupo de reformas se caracteriza por la ignorancia y desconocimiento de parte de los actores a cargo de efectuarlas. Muchas reformas se llevan a cabo sin dar respuesta a preguntas clave como las siguientes: ¿cuál es el problema que se pretende solucionar?, ¿qué soluciones alternativas hay?, ¿cuáles opciones serían las más adecuadas para el caso concreto?, ¿qué factores condicionan a qué variables?, ¿cuáles son los efectos deseados y los no deseados de cada una de las opciones?, ¿cuál es el grado de viabilidad que las diferentes opciones tienen en relación con el contexto dentro del cual deben operar?, ¿qué tan viables son —en términos políticos— las diferentes opciones?, y ¿qué experiencias comparadas pueden analizarse para aprovechar el estado actual de conocimiento sobre el tema?

Finalmente, en un tercer grupo de reformas se constata la falta de un verdadero compromiso de los actores políticos hacia ellas. Como señala el ex presidente de Ecuador, Osvaldo Hurtado (2005):

Frecuentemente, el principal y más grande obstáculo que debe enfrentar una reforma política se encuentra entre quienes deben aprobarla y ejecutarla. Los partidos y sus líderes, si está de por medio la posibilidad de que pudieran ser afectados sus intereses, o mermada su influencia, suelen postergar su discusión y cuando se ven enfrentados a considerarla interponen toda clase de obstáculos para que siga su curso legal. En el caso de que, debido a circunstancias singulares llegara a aprobarse, manipulan su puesta en práctica o simplemente no cumplen las nuevas disposiciones, conspiración que les resulta fácil de armar en razón de que controlan los órganos encargados de plasmarla. Enfrentados los partidos a decidir entre el interés de la democracia y el suyo, con frecuencia se pronuncian por el segundo. Una muestra de su conducta utilitaria es el hecho de que los partidos que se opusieron a determinadas reformas cuando fueron minoritarios las apoyaron al convertirse en mayoritarios, y viceversa.

F. El valor de la cultura política

Las normas político-electorales estructuran la conformación, las atribuciones, las relaciones y el funcionamiento de las instituciones de un sistema político. Desde este punto de vista queda claro que normas, reglas e instituciones importan. Pero también resulta claro que es imposible tratar de dar respuesta a los graves problemas de gobernabilidad únicamente mediante la reforma legal o constitucional. América Latina ofrece cantidad de ejemplos de cómo han fracasado los intentos de esta naturaleza.

En efecto, los problemas actuales de la democracia no se resolverán si se apuesta todo a la ingeniería constitucional, aunque ésta importa, y mucho, ya que permite crear los incentivos adecuados para mejorar el desempeño de las instituciones.

Pero la eficiencia de un sistema político no depende únicamente de su diseño institucional. El comportamiento de sus actores políticos y los valores de la cultura política imperantes en el contexto sociopolítico son dos variables de gran importancia.

Si la política de la confrontación no da lugar a la política del diálogo y de la colaboración, poco puede lograrse mediante reformas político-electorales por más idóneas que sean desde el punto de vista técnico. Tampoco se avanzará mucho si las prácticas políticas, personales e institucionales se nutren de recurrentes incumplimientos, suspensiones, excepciones, modificaciones o básicamente de la constante alteración de las reglas de juego preestablecidas, lo cual resta transparencia y previsibilidad al sistema. Del mismo modo, si no existe entusiasmo por participar, si falta compromiso con lo público —con lo de todos—, si falla la formación y educación cívica, todo seguirá igual y la reforma que se emprenda se convertirá en puro papel. Este aspecto cultural es la exteriorización de una grave carencia que hace inviable cualquier tipo de régimen institucional de base republicana y democrática. En otras palabras, habrá reforma político-electoral exitosa si todo lo que se proyecta se acompaña de una profunda transformación cultural que rescate los valores tradicionales de la República.

G. Balance

La experiencia comparada en materia de reformas político-electorales evidencia (Casar 2007):

- a) Las reformas político-electorales posibles son tantas como la imaginación política admita. Las restricciones dependen, por un lado, de los objetivos trazados y, por el otro, de los intereses de los actores políticos que tienen a su cargo dicha tarea.
- b) Las instituciones cuentan, pero su peso es relativo y varía en función del contexto en que operan.
- c) No existe ningún *best system* (o sistema ideal). Como bien ha señalado Giovanni Sartori, el mejor sistema es aquel que mejor se adapta al contexto en cuestión. Por ello no hay ninguna solución institucional general o “tipos ideales”. Por el contrario, como bien advierte el institucionalismo contextualizado, toda solución tiene que ser diseñada conforme a las características del contexto y de la coyuntura en que debe operar.
- d) No hay sistema político ni arreglo institucional que no pueda mejorarse ni que deje completamente satisfechas a todas las fuerzas políticas.
- e) No hay recetas que, de ser aplicadas correctamente, terminen con todos los obstáculos y problemas de la democracia.
- f) La eficiencia de un sistema político-electoral no depende únicamente de su armado institucional. El comportamiento de los actores políticos y de la ciudadanía es también una variable determinante.
- g) Hay que evitar caer en el simplismo monocausal de responsabilizar demasiado a las instituciones o esperar mucho de ellas. De ahí la importancia de poner atención a otros dos factores: la calidad de los liderazgos y la cultura política, los cuales no sólo cuentan en el momento de diseñar las instituciones, sino también en su manejo y funcionamiento. En otras palabras, hay que establecer un balan-

- ce entre líderes políticos efectivos e instituciones fuertes, capaces de dar respuestas a las demandas de la sociedad.
- h) No hay sistema constitucional o legal que resista el comportamiento antiinstitucional o antisistema de parte de la clase política, o su resistencia a cooperar.
 - i) Es importante tener presente que si bien los gobiernos democráticos enfrentan límites que provienen del orden jurídico e institucional —por ejemplo, de la división de poderes, del número de partidos políticos, de las reglas de decisión, etc.—, también existen otras restricciones que no deben ignorarse: las de los poderes fácticos. De ahí que si lo que se busca es tener gobiernos democráticos, representativos y eficaces, estos poderes deben también ser objeto de reformas legales.
 - j) En suma, hay que reformar las instituciones y las reglas, hay que crear ciudadanía, pero también hay que ayudar a cambiar, y para bien, a la clase política.

Fuentes consultadas

- Abal Medina, Juan y Julieta Suárez Cao. 2002. Post-Scriptum. Recorriendo los senderos partidarios latinoamericanos en la última década. En *El asedio a la política*, comps. Juan Abal Medina y Marcelo Cavarozzi. Buenos Aires: Konrad Adenauer.
- Calderón, Fernando. 2002. *La Reforma Política: deliberación y desarrollo*. ILDIS, FES. Caracas: Nueva Sociedad.
- Casar, María Amparo. 2007. *Para entender la reforma política del Estado*. México: NOSTRA.
- Colomer, Josep. 2002. Las elecciones primarias presidenciales en América Latina y sus consecuencias. En *El asedio a la política*, comps. Juan Abal Medina y Marcelo Cavarozzi. Buenos Aires: Konrad Adenauer.

- Colomer, Josep y Gabriel L. Negreto. 2003. "Gobernanza con poderes divididos en América Latina". *Política y Gobierno* 1 (primer semestre de 2003).
- Corte Constitucional de la República de Colombia. Comunicado No. 09 del 26 de febrero de 2010. www.corteconstitucional.gov.co/comunicados
- Ferreya, Raúl. 2002. *Sobre las candidaturas electorales independientes de los partidos políticos*. Exposición presentada en las Jornadas sobre reforma política y constitucional, el 5 de agosto de 2002. Comisión de Asuntos Constitucionales/Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires.
- Freidenberg, Flavia. 2006. La democratización de los partidos políticos: entre la ilusión y el desencanto. En *Fortalecimiento de los partidos políticos en América Latina: Institucionalización, democratización y transparencia*, Colección Cuadernos CAPEL núm. 50, eds. Fernando Sánchez y José Thompson. San José: IIDH/CAPEL.
- Freidenberg, Flavia. 2007. Democracia interna en los partidos políticos. En *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, comps. Dieter Nohlen, Daniel Zovatto, Jesús Orozco y José Thompson. México: IIDH/ Universidad de Heidelberg/IDEA Internacional/TEPJF/IFE/Fondo de Cultura Económica.
- González Rissoto, Rodolfo. 2008. Democracia directa: el caso de Uruguay en Lissidini, Alicia, Welp, Yanina y Zovatto, Daniel (coordinadores) *Democracia directa en Latinoamérica*, IDEA Internacional, Center on Direct Democracy y Universidad Nacional de San Martín.
- Griner, Steven y Daniel Zovatto. 2004. De las normas a las buenas prácticas. Una lectura regional comparada del financiamiento de los partidos políticos y las campañas electorales en América Latina. En *De las normas a las buenas prácticas. El desafío del financiamiento político en América Latina*. San José: OEA/IDEA.

- Hurtado, Osvaldo. 2005. Elementos para una reforma política en América Latina. En *Sustainable Development Department Technical Papers Series*. SGC-104. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Manin, Bernard. 1994. La metamorfosis de la representación. En M.R. Dos Santos, *¿Qué queda de la representación política?* Caracas: CLACSO.
- Navarro Méndez, José Ignacio. 1999. *Partidos políticos y "democracia interna"*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Nohlen, Dieter. 1998. *Sistemas electorales y partidos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- . 1999. *Sistema de gobierno, sistema electoral y sistema de partidos políticos. Opciones institucionales a la luz del enfoque histórico-empírico*. México: TEPJF/IFE/Friedrich-Nauman Stiftung.
- . 2006. *El institucionalismo contextualizado. La relevancia del contexto en el análisis y diseño institucionales*. México: UNAM/Editorial Porrúa.
- , Daniel Zovatto, Jesús Orozco y José Thompson comps. 2007. *Tra-tado de derecho electoral comparado de América Latina*. México: IIDH/Universidad de Heidelberg/IDEA Internacional/TEPJF/IFE/Fon-do de Cultura Económica.
- Orozco Henríquez, José de Jesús. 2003. *La democracia interna de los partidos políticos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional*. Conferencia presentada en el VIII Congreso Iberoamericano de Dere-cho Constitucional, diciembre de 2003. Sevilla.
- Ortega y Gasset, José. 2005. *La rebelión de las masas*. Madrid: Austral.
- Pachano, Simón. 2008. "Democracia directa en Ecuador". en *Democra-cia directa en Latinoamérica*, coords. Alicia Lissidini, Yanina Welp, y Daniel Zovatto, IDEA Internacional, Center on Direct Democracy y Universidad Nacional de San Martín.

- Paramio, Ludolfo. 2004. Reforma del Estado y reforma política. Ponencia introductoria de la VI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado. San José, Costa Rica.
- Perelli, Carina. 2006. "Reformas a los sistemas electorales: algunas reflexiones desde la práctica". *Revista de Ciencia Política* 1 vol. 26: 203-11.
- Peza, José Luis de la. 2007. Candidaturas independientes. En *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, comps. Dieter Nohlen, Daniel Zovatto, Jesús Orozco y José Thompson. México: IIDH/Universidad de Heidelberg/IDEA Internacional/TEPJF/IFE/Fondo de Cultura Económica.
- PNUD. 2008. *Una brújula para la democracia: apuntes para una agenda de gobernabilidad*. Argentina: Siglo XXI.
- Sartori, Giovanni. 1994. *Ingeniería constitucional comparada*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Valenzuela, Arturo. 1998. *Partidos políticos y el desafío de la democracia en América Latina*, documento, Georgetown University-Círculo de Montevideo, Madrid. http://www.circulodemontevideo.com/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=20&Itemid=39
- Valles, Josep y Agustín Bosch. 1997. *Sistemas electorales y gobierno representativo*. Barcelona: Ariel Ciencia Política.
- Zovatto, Daniel. 2002. "La democracia interna de los partidos políticos en América Latina". *Revista Debates de Actualidad* 188 (junio-septiembre): 59.
- . 2006. *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*. México: IIJ/UNAM/IDEA Internacional.
- . 2007a. El financiamiento electoral: subvenciones y gastos. En *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, comps. Dieter Nohlen, Daniel Zovatto, Jesús Orozco y José Thompson. México: IIDH/Universidad de Heidelberg/IDEA Internacional/TEPJF/IFE/Fondo de Cultura Económica.

- . 2007b. Las instituciones de democracia directa. En *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, comps. Dieter Nohlen, Daniel Zovatto, Jesús Orozco y José Thompson. México: Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Universidad de Heidelberg/IDEA International/Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación/Instituto Federal Electoral/Fondo de Cultura Económica.
- y Jesús Orozco. 2008. *Reforma política y electoral en América Latina*. México: IIJ/UNAM/IDEA Internacional.

El *amicus curiae* como herramienta de la democracia deliberativa

The amicus curiae as a tool of deliberative democracy

Jorge Mena Vázquez*
a Eugenio Hurtado Márquez

RESUMEN

El autor analiza la figura del *amicus curiae*, su concepto e impacto en el procedimiento judicial y realiza un breve desarrollo histórico de la figura. Revisa su aplicación, por un lado, en sistemas jurídicos nacionales, entre ellos: Argentina, Brasil y Estados Unidos de América; y por otro, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Da cuenta de la recepción y alcances de la figura en México y expone algunos argumentos a favor y en contra de su implantación.

PALABRAS CLAVE: *amicus curiae*, amigo de la corte, democracia deliberativa.

ABSTRACT

The author analyses the figure of *amicus curiae*, its concept and impact on the judicial procedure; hereby, a brief historical account of the figure is analysed its implementation in national judicial systems, such as the ones of Argentina, Brazil and the United States as well as in the Interamerican Human Rights System. In the last part, the author gives an account of the reception and scope of the figure in Mexico and develops arguments pro and against its implementation.

KEYWORDS: *amicus curiae*, friend of the court, deliberative democracy.

* Investigador del Centro de Capacitación Judicial Electoral.

Introducción

El presente trabajo es el resultado de la búsqueda de mecanismos que son utilizados por diversos tribunales en el mundo y que podrían fortalecer la labor jurisdiccional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

El objetivo de este documento es analizar la figura del *amicus curiae* (al final, se incluyó una bibliografía sobre ésta) y su impacto en el procedimiento judicial.

Partimos de la afirmación de que la figura *amicus curiae* es útil en la labor jurisdiccional porque democratiza el proceso al permitir a personas físicas y morales participar en él, que si bien no son parte del mismo, tienen algún interés legítimo en hacerlo.

La variable independiente es el procedimiento jurisdiccional en sí y la variable dependiente es el uso de la figura del *amicus curiae*, de esta forma estudiaremos el resultado de la relación entre ambas variables, sin que ello quiera decir que tiene un efecto causal en sentido fuerte: que sólo los tribunales que cuentan con la figura garantizarían justicia, a esta falacia se denomina *non causa pro causa* o de causa falsa; cualquier razonamiento que descansa en tratar como causa un fenómeno que en realidad no es causa incurre en un serio error; en latín *non causa pro causa*, aquí simplemente la llamaremos de causa falsa (Copi y Cohen 2002, 136), en realidad intervienen un sinnúmero de factores para que se dé ese resultado, como su diseño institucional, naturaleza y alcances de los diversos procedimientos, la cultura jurídica del país que se trate, entre muchos otros.

La pregunta que guía este artículo es ¿cuál es la utilidad del *amicus curiae* en el procedimiento jurisdiccional?

Las limitaciones del presente escrito son de diversa índole, en principio, por su naturaleza y extensión se limita a los aspectos principales de la figura en cuestión, por tanto, en este primer avance se valoran algunos argumentos a favor y en contra que se encuentran en la literatura especializada.

Debo mencionar que existe un gran desarrollo de la figura en la Organización Mundial de Comercio (Zonnekeyn 2001; Baratta 2002), así como en los mecanismos de disputa considerados en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (Dumberry 2002) y otros mecanismos comerciales, sin embargo, considero que no son relevantes por tratarse de procedimientos con características peculiares que no son estrictamente jurisdiccionales.

En este trabajo se estudia el concepto y se hace un breve desarrollo histórico de la figura *amicus curiae*; se analiza su aplicación tanto en sistemas jurídicos nacionales —entre ellos Argentina, Brasil y Estados Unidos de América— como en sistemas de protección de derechos humanos —en especial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos—. Asimismo, se da cuenta de la recepción y alcances de la figura en México. Hacia el final, se exponen algunos argumentos a favor y en contra de su implantación. Por último, se realizan unas breves conclusiones.

Concepto y breve evolución histórica

Concepto

Literalmente *amicus curiae* (plural *amici curiae*) es una expresión que significa “amigo de la Corte” (Black’s Law Dictionary 1991, 82). El significado ha cambiado en virtud de su uso, para Krislov (1963) ha pasado de ser de amigo a abogado de una de las partes.

Como ejemplo de los diversos usos, Loux señala que el término *amicus curiae* es utilizado en Estados Unidos de América para describir lo que en el Reino Unido se conoce como “la intervención de un tercero”, incluso en este país al inicio era una figura asimilable a la de un perito actual (Bianchi 1995, 4756). Por último, en Canadá en algunos casos recientes se intercambian ambos términos como sinónimos (Loux 2000).

Al referirnos al *amicus curiae* implica que la actuación de quien lo realiza no devenga honorarios ni tenga efectos vinculantes para el tribunal, se trata de un interesado o comprometido, de ahí que se diga amigo de la causa (Bazán 2005a, 37).

Breve evolución histórica

Para Scarpinella (2008, 132), el origen de la institución no está claro en la historia del derecho, existen autores que afirman que sus orígenes se remontan al derecho romano, otros autores, con base en una amplia documentación, sustentan que la figura viene del derecho inglés.

La tesis de quienes vinculan al *amicus curiae* con el derecho romano se centra en decir que el antecedente es el *consilium*, para Radin esto no es correcto ya que aquél era:

un grupo de expertos consejeros convocados para asistir a un magistrado, quien era regularmente laico... la calidad de miembros era totalmente no oficial al principio y su consejo no era vinculatorio... [posteriormente] formaron parte del sistema judicial... como subordinados de los magistrados (Radin 1928, 412).

En ese mismo sentido, Salinas (2008, 11) argumenta que quienes le atribuyen el origen al derecho romano lo hacen “sin proporcionar ningún dato o referencia específica ni aportar prueba alguna”.

Los primeros registros en que aparece codificado son de 1403, en el Reino Unido (Salinas 2008, 12), con un uso frecuente desde el siglo XVII, de donde gradualmente se consolidó en el derecho estadounidense, el primer caso lo encontramos en 1821 en los Estados Unidos (Salinas 12-3), la doctrina concluye que la de este país es la más completa y desarrollada sobre la figura (Scarpinella 2008, 132; Fontana 2005, 163).

Actualmente, la institución se ha desarrollado y puede encontrarse en muchos ordenamientos, por ejemplo: la regla 18 de la Suprema Corte de Justicia de Canadá; la orden IV, § I, de las Reglas de la Suprema Corte de India; la regla 81 de la Suprema Corte de Nueva Zelanda (Umbrecht 2001, citado por Bazán 2004, 252).

El análisis de la institución en el derecho comparado será precisamente el objetivo en el siguiente apartado.

El amicus curiae en el derecho comparado

En primera instancia se estudia Estados Unidos de América, por ser el país en el que la doctrina tiene mayor evolución; luego Argentina, por tratarse de un sistema jurídico con un contexto similar al mexicano; y finalmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque México es parte de ese sistema regional de protección de los derechos fundamentales.

Estados Unidos de América

Tanto en la Suprema Corte de Justicia como en los tribunales de apelación de los Estados Unidos de América se encuentra regulado el *amicus curiae*. Aquella decidió reglamentar esta figura en las Reglas de la Corte en 1937 (McLauchlan 2005, 5), las que en su numeral 37, señalan:

Un *amicus curiae brief* que trae a la atención de la Corte una cuestión relevante que todavía no ha sido contemplada por las partes y que posiblemente sea de ayuda para la Corte. Un *amicus curiae Brief* no sirve a este propósito es una carga para la Corte, y su presentación no es tomada en cuenta (traducción libre de United States Supreme Court 2010, 48).

En el caso de los tribunales de apelación, las Reglas del Procedimiento de Apelación, en su numeral 29, establecen lo siguiente:

Un *Brief* ¹ de un *amicus curiae* puede ser presentado sólo si todas las partes lo señalan por escrito, existe un permiso otorgado por el Tribunal que conoce de la causa o este mismo lo requiere, por

¹ En todos los casos se deja el término *Brief* (breve) en inglés para distinguir a la institución, ya que una de las características de este documento es su extensión, que en este caso tiene una limitación de 9,000 palabras, véase p. 47, inciso xii, de las Reglas de la Suprema Corte de Justicia <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2010RulesoftheCourt.pdf> (consultada el 5 de noviembre de 2010). Como dato curioso, cada tipo de documento debe ser presentado con una carátula de color, en el caso del *amicus curiae* es verde oscuro.

excepción el consentimiento o permiso no será necesario cuando el *brief* sea presentado por el gobierno de los Estados Unidos, un oficial o una agencia, o por un Estado, Territorio o *Commonwealth*. El *Brief* puede ser condicionado por una solicitud de permiso. Dicha moción de permiso debe identificar el interés del aplicante y debe incluir las razones de porqué el *Brief* de un *amicus curiae* es conveniente. Salvo que todas las partes no otorgaran su consentimiento, cualquier *amicus curiae* debe presentar su *Brief* dentro del tiempo permitido para la parte cuya posición sea apoyada la confirmación o revocación en el *Brief Amicus*, a menos de que el Tribunal mostrara su autorización para un momento posterior, dicho evento debe ser especificado dentro de un periodo en el cual la parte contraria pueda responder. La solicitud para participar en el periodo de argumentos orales debe ser concedida sólo por razones extraordinarias (traducción libre de Federal Rules of Appellate Procedure 2007).

Para Kearney y Merrill (2000) durante las primeras décadas del siglo XX, los *Briefs* fueron presentados sólo en un 10% de los casos de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, este patrón tiene una tendencia totalmente inversa. Desde hace 20 años los *amicus briefs* son solicitados en 85% de los casos discutidos en la Corte. Al cerrar el siglo pasado, los casos sin un *amicus brief* han sido casos raros, tan raros como fueron los *amicus briefs* al inicio del siglo XX. Mi punto de vista es que eso se debe a su jerarquía y la importancia de los asuntos que decide resolver. Este criterio es exclusivamente numérico, pero implica su uso como práctica cotidiana en los Estados Unidos.

Es importante señalar que los tribunales de apelación están divididos por circuitos al igual que en México y éstos tienen libertad para adoptar variaciones a las reglas (Haden y Fitzgerald 2009, 436). Ante el creciente uso de la institución, algunos circuitos han optado por limitar aspectos para su procedencia, el caso más relevante es el de la Corte de Apelación del

Noveno Circuito, al que pertenece el Juez Richard Posner, quien establece una serie de restricciones con base en las resoluciones de los siguientes casos: *Voices for Choices et al.*; *Plaintiffs-appellees, v. Illinois Bell Telephone Co. et al.*; *Defendants-appellants, United States Court of Appeals, Seventh Circuit*. - 339 F.3d 542 (USCA 7th Cir. 2003); *Scheidler et al. v. National Organization for Women, Inc., et al.* 537 U.S. 393 (USCA 7th Cir. 2003); y *Ryan v. Commodity Futures Trading Commission* (USCA 7th Cir. 1997). Para García (2008, 332-3) dichas restricciones tuvieron como finalidad no repetir los argumentos hechos por las partes, por ello, se creó la regla de desechar múltiples *briefs* con el mismo argumento en apoyo a una de las partes; otra regla fue que antes de admitir el *brief* se exige a las partes un documento breve en el que se inicie su acuerdo o desacuerdo con las afirmaciones de hecho o de derecho que realizan las demás partes.

Argentina

Para Bazán (2005a, 42) no podría dejar de mencionarse un antecedente fundamental. Se trata de un documento histórico, ya que por primera vez se admitió en los tribunales argentinos un *amicus curiae*, por medio de la resolución emitida —por mayoría— el 18 de mayo de 1995, la causa núm. 761. Hechos denunciados como ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (resolución conjunta de ambas salas de dicha cámara).

La Corte Suprema de Justicia de Argentina emitió la acordada núm. 28, del 14 de julio de 2004, que es similar a los acuerdos generales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana. Bazán (2005a, 47-8) resume el contenido en los siguientes términos:

- Pueden intervenir en calidad de “Amigos del Tribunal”, tanto las personas físicas como las jurídicas que, no siendo parte del pleito (artículo 1, párrafo 1o), ostenten reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el mismo (artículo 2, párrafo 1o).

- La presentación, que no deberá superar las veinte cuartillas de extensión (artículo 2 *in fine*), podrá realizarse dentro de los quince días hábiles del llamado de autos para la sentencia (artículo 1º párrafo 2o).
- En ella, el presentante deberá fundamentar su interés para participar de la causa, informar sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso (artículo 2 párrafo 1o) y constituir domicilio en los términos del artículo 40 del Código Procesal Civil y comercial de la Nación (artículo 1 *in fine*).
- Si el tribunal considerara pertinente la presentación, ordenará su incorporación al expediente (artículo 3).
- La presentación que puede concretarse en todos los procesos judiciales correspondientes a la “competencia originaria” o apelada de la corte en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o de interés general (artículo 1, párrafo 1o.), habrá de ser realizada con la única finalidad de expresar una opinión o una sugerencia fundada sobre el objeto del litigio (artículo 1, párrafo 2o) en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante (artículo 2o, párrafo 2o).
- Dicha opinión o sugerencia se realizará para ilustrar a la Corte Suprema, la que, aun cuando no quede vinculada por ella, podrá tomarla en cuenta en el procedimiento que dicte (artículo 5).
- El “Amigo del Tribunal” no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas; al tiempo que su actuación no devengará costas ni honorarios judiciales (artículo 4).

Corte Interamericana de Derechos Humanos

El Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH 2009a) en su artículo 2, inciso 3, define que la expresión *amicus curiae* significa la persona ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en la demanda o formula

consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia.

Por su parte, el artículo 41 señala la forma en cómo deben hacerse los planteamientos del *amicus curiae*.

El escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado al Tribunal, junto con sus anexos, en cualquier momento del proceso contencioso pero dentro de los 15 días posteriores a la celebración de la audiencia pública. En los casos en que no se celebra audiencia pública, deberán ser remitidos dentro de los 15 días posteriores a la Resolución correspondiente en la que se otorga plazo para la remisión de alegatos finales y prueba documental. El escrito del *amicus curiae*, junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la presidencia.

Este artículo permite que muchas organizaciones gubernamentales y no gubernamentales presenten *amicus curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, algunos ejemplos son Amnistía Internacional, en el caso Ronald Ernesto Raxcacó (Amnistía Internacional 2005); y el Centro de Asesoría Legal del Perú (CEDAL), la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH) y el Instituto de Defensa Legal (IDL), los cuales presentaron en forma conjunta un *amicus curiae* en la solicitud de opinión consultiva presentada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Estado de la República Argentina, el 14 de agosto de 2008 (CIDH 2009b).

Corolario

En Estados Unidos (véase en este artículo la sección Breve evolución histórica) y en Argentina (véase en este artículo la sección Argentina) fueron los Tribunales, *mutuo proprio*, quienes decidieron utilizar la figura, aun cuando no estaba legislado su procedimiento. Otro país con esta tendencia fue Italia, ya que su Corte Constitucional, en la sentencia del 23 de diciembre de 1993, permitió la intervención de la Federación Nacional de los Colegios de Médicos Cirujanos y Odontólogos (Bianchi 1995, 4751).

El amicus curiae en México

Uso de la figura por el gobierno mexicano en tribunales internacionales

El Estado mexicano ha interpuesto varios *amicus curiae* ante las cortes de Estados Unidos de América en los casos Humberto Álvarez Machaín (Gómez-Robledo 2000, 9-43) y Osvaldo Torres Aguilera, quien estaba sentenciado a muerte en el estado de Oklahoma y finalmente el gobernador Brad Henry conmutó la sentencia de muerte por prisión (Gómez-Robledo 2005, 219).

En el caso de Álvarez Machaín el gobierno mexicano incluso solicitó la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de la Haya (CIJ) vía la Asamblea General de las Naciones Unidas, a fin de evitar violaciones al procedimiento en materia de extradición y secuestro transfronterizo.

En la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La acción número 22 en el capítulo de conclusiones del *Libro blanco de la Reforma Judicial* es la siguiente:

Las funciones de un tribunal constitucional trascienden el interés de las partes en conflicto. Por ello, para lograr un mayor acceso a la justicia y promover una mejor y más amplia participación social en la defensa de los derechos fundamentales y las controversias políticas, se debe introducir la figura del *amicus curiae* en algunos mecanismos procesales existentes (e.g. controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, contradicciones de tesis e, incluso en ciertas hipótesis, el propio amparo). Existen diversas maneras de lograr este objetivo, discutidas en la sección correspondiente de este *Libro Blanco*, y que incluyen desde una reforma constitucional hasta modificaciones legislativas. Sin embargo, su implementación también puede lograrse en el corto plazo

mediante una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en esta dirección. En cualquier hipótesis es necesario subrayar que este mecanismo supone el ejercicio de una facultad discrecional del tribunal quien debe determinar en cada caso la manera en que el *amicus curiae* contribuye a informar su decisión (Caballero 2006, 403).

Por medio del Acuerdo 10/2007 del 3 de mayo de 2007 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se establecen los lineamientos para la comparecencia de especialistas ante el Tribunal Pleno. Aunque no se especifica así en dicho acuerdo, se puede decir que con éste se introduce la figura del *amicus curiae* en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La base legal fueron diversos artículos constitucionales y en especial el artículo 79 del Código Federal de Procedimientos Civiles (“para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que las de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos”), en el entendido de que los tribunales no tienen límites de tiempo para ordenar la aportación de las pruebas que juzguen indispensables para formar su convicción.

La resolución sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del aborto fue el caso más representativo en la Suprema Corte de Justicia de la Nación; en él, en seis sesiones denominadas audiencias públicas, participaron 80 expositores, 40 de ellos a favor del aborto y 40 en contra (Ortiz 2008). Fue un proceso abierto, de cara a la sociedad, en el cual se escucharon incluso a las partes del mismo; asistieron los titulares de la Procuraduría General de la República y de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, ambos a favor de la inconstitucionalidad de la reforma que despenalizaba el aborto en las primeras dos semanas.

Análisis de las ventajas y desventajas del amicus curiae

Argumentos a favor

- **Democracia deliberativa.** En la Filosofía, la búsqueda de la verdad no se encuentra delimitada por el tiempo. En el Derecho, la decisión en un caso se encuentra delimitada por las reglas del proceso y por el tiempo en que éste transcurre. A pesar de que la figura *amicus curiae* no abre la posibilidad de que todo mundo pueda intervenir en el proceso —lo cual tiene un grado de irracionalidad mayor—, sí da la posibilidad de que algunas personas relevantes, por su conocimiento o la afectación a sus intereses, puedan participar en el proceso aunque no sean parte de él; esto otorga un derecho más para lograr que los foros públicos de decisión sean más democráticos y transparentes, con lo que se logra desarrollar mayor justicia procedimental. Un ejemplo de esta argumentación es defendida por Bazán, quien señala la necesidad de enriquecer y democratizar el debate judicial con el *amicus curiae* (Bazán 2004, 275 y ss.).
- **Mecanismo para una sociedad abierta de intérpretes de la Constitución.** Para Costa (2008, 23), el *amicus curiae* debe ser un protagonista en lo que Haberle ha llamado la Constitución para la sociedad abierta.
- **Legitimación de los tribunales en los casos difíciles.** Se utilizará un significado intuitivo del término caso difícil, se trata de aquellos asuntos que dividen a la sociedad, en los cuales se tratan cuestiones morales o de coyuntura que afectan las visiones de vida de los miembros de la comunidad. Los tribunales también legitiman su actuación en la medida en que sus argumentos son sólidos y convencen de que están justificados de acuerdo con el sistema jurídico de que se trate.
- **Búsqueda de nuevos argumentos.** Ligado al punto anterior, mientras mayor sea el número de expertos o interesados que den

argumentos, el tribunal recibirá más insumos para resolver de la mejor manera posible en ese contexto. Autores como Sheldon (1994) concluyen que el uso del *amicus curiae* en los Estados Unidos de América y en los tribunales regionales de derechos humanos ha probado su utilidad para la búsqueda de buenos argumentos y opiniones acertadas.

- **México es parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.** Bazán comenta:

...si ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos existe la posibilidad de comparecer en calidad de *amicus* y si llegar con un caso ante ella supone el agotamiento previo de los recursos internos del Estado (...) resulta entonces absurdo prohibir a instituciones o grupos interesados a presentarse en calidad de *amicus* ante los tribunales internos (2005a, 53).

se puede llegar a la misma conclusión con el uso de la analogía, ya que México aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1998, decreto promulgatorio publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de febrero de 1999.

- **El gobierno mexicano lo ha utilizado en casos relevantes.** Para Salinas (2008, 20) resulta paradójico que el Estado mexicano haya comparecido como *amicus curiae* ante las cortes de Estados Unidos de América en los casos Álvarez Macháin y en el del mexicano Osvaldo Torres Aguilera, pero que no lo implementen en nuestro país.
- **Su uso para casos similares que están por resolverse.** Para las partes de otro proceso que también esté a punto de resolverse y que el criterio adoptado por el tribunal afecte la resolución; éste es un caso en el que se justifica la intervención, ya que puede existir una

afectación directa a sus intereses. Un caso extremo sería aquel en que hay cuatro tesis aisladas y está a punto de resolverse el quinto criterio para formar jurisprudencia firme.

- **Su uso en temas de gran relevancia: derechos humanos y defensa del Estado democrático de derecho.** Para Miguel Concha (2010). “cada vez se generaliza más en el ámbito forense, tanto internacional como nacional, sin importar el sistema jurídico de que se trate, la admisibilidad de la pertinencia y utilidad de los escritos del ‘amicus curiae’, sobre todo cuando se trata de proteger derechos humanos y defender el Estado democrático de derecho”.

Argumentos en contra

De la investigación hemos visto que algunas de las mayores críticas son de Richard Posner, académico y reconocido juez en los Estados Unidos de América, los cuatro primeros argumentos son derivados de algunas de sus resoluciones (USCA 7th Cir. 2003; USCA 7th Cir. 2003, y USCA 7th Cir. 1997) y los siguientes son razonamientos que se apoyan en varios autores.

- **El uso de grupos con intereses políticos.** El juez Posner indica que en muchas ocasiones los *amicus brief* pretenden insertar a los grupos de interés político en el proceso jurisdiccional. En nuestro caso este argumento toma especial relevancia ya que en la justicia electoral los intereses y derechos políticos son el motivo de la litis.
- **El gran cúmulo de trabajo de los tribunales.** Un segundo argumento es que los tribunales tienen grandes cargas de trabajo, por lo cual, deben reducir la lectura de los materiales que no son parte de los expedientes. No hace falta argumentar el cúmulo de trabajo en los tribunales mexicanos, sólo en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se recibieron 21,773 asuntos, según el informe de actividades 2008-2009 que rindió la magistrada presidenta, María del Carmen Alanís Figueroa, ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 3 de noviembre de 2009.

- **Los tiempos en materia electoral.** Una limitación muy grande en materia electoral es que la conformación de los poderes Ejecutivo y Legislativo, federales y locales, así como los cargos en el nivel municipal, dependen de las decisiones que tomen en última instancia tanto la Sala Superior como las Salas Regionales ante quien se hayan interpuesto los diversos juicios. Recibir un *amicus curiae* establece de alguna manera la obligación de los tribunales de tomar en cuenta los razonamientos, lo cual requiere tiempo, no sólo para estudiarlo, sino para incluirlo en la discusión en la resolución respectiva.
- **En algunos casos no tratan la controversia principal.** Respecto a la intervención *amici curiae* — conocida como “el *Brief* de los filósofos”, en la que participaron Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon y Judith Jarvis Thomson—, Richard Posner sostiene que los filósofos no tenían nada que aportar al caso sobre suicidio asistido, ya que el caso versaba no sobre moralidad, sino sobre competencia entre una ley local y su permisión y prohibición por la Constitución (Waldron, 2000).
- **El uso de las partes para incluir puntos que olvidaron solicitar.** Las partes pueden abusar de los *amicus curiae* si solicitan que otros ajenos al juicio interpongan esta figura para incluir cuestiones que olvidaron en la presentación de la demanda y que tienen una repercusión exclusivamente en sus intereses privados.
- **No hay neutralidad, la argumentación siempre será a favor o en contra.** Al inicio del documento se dijo que el *amicus curiae* significa un amigo del tribunal, sin embargo, el uso de la figura muestra que siempre los argumentos se inclinan por darle la razón a una de las partes, por tanto, ahora se les etiqueta más como abogados de una de las partes que como neutrales.

Conclusiones

Considero que existe evidencia de los beneficios del uso de la figura en el procedimiento jurisdiccional.

Se puede concluir que aquellos que apoyan la figura del *amicus curiae* es porque desean desarrollar una democracia deliberativa, mayores y mejores insumos argumentativos para que los tribunales encuentren las soluciones más convenientes a los problemas jurídicos en nuestro país.

No obstante, se debe evitar abusar de ella, incluso es necesario poner varios límites para que el *amicus curiae* sea eficaz en su funcionamiento.

Fuentes consultadas

- Amnistía Internacional (junio 2 de 2005), *Amicus curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ronald Ernesto Raxcacó Reyes. <http://www.amnesty.org/es/library/asset/IOR62/003/2005/es/23856117-d4dc-11dd-8a23-d58a49c0d652/ior620032005es.pdf> (consultada el 7 de agosto de 2009).
- Angell, Ernest. 1963. "The amicus curiae From Friendship to Advocacy". *Yale Law Journal* 72: 694-721.
- . 1967. "The amicus curiae American Development of English Institutions". *The International & Comparative Law Quarterly*, volumen 16, tema 04 (octubre): 1017-44.
- Bage Sorenson, Nancy. 1999. "Comment: The Ethical Implications of Amicus Briefs: A Proposal for reforming rules of the texas rules of Appellate Procedure". *Mary's Law Journal*: 1219-58.
- Baratta, Roberto. 2002. "La legittimazione dell' amicus curiae dinanzi agli organi giudiziali della Organizzazioni Mondiale del Commercio". *Rivista di diritto internazionale*, volumen LXXXV, fasc. 3: 549-72.
- Barrett Gerald V. y Morris Scott B. 1993. "The American Psychological Association's Amicus Curiae Brief in Price Waterhouse v. Hopkins: The Values of Science versus the Values of the Law". *Law and Human Behavior* (abril): 201-15.

- Bazán, Víctor. 2004. *Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, primer tomo, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20041/pr/pr11.pdf> (consultada el 19 de enero de 2010).
- . 2005a. “El *amicus curiae* en clave de Derecho Comparado y su reciente impulso en el Derecho argentino”. *Cuestiones constitucionales* (enero-junio): 29-71.
- . 2005b. “La reglamentación de la figura del *amicus curiae* por la Corte Suprema de Justicia de Argentina”. *Revista iberoamericana de Derecho Procesal* (enero-junio): 3-24.
- Benson, Joseph Fred. 1984. “The Court Needs its Friends”. *ABA Journal* (agosto): 16.
- Bianchi, Paolo. 1995. “Un’ amicizia interessata. L’ *amicus curiae* davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti”. *Giurisprudenza Costituzionale* (noviembre-diciembre): 4751-69.
- Black’s Law Dictionary*. 1991. voz “*amicus curiae*”, sexta edición: 82.
- Bradley, Robert C. y Paul Gardner. 1985. “Underdogs: Upperdogs and the use of the Amicus Brief Trends and Explanations” 10 *Justice sys J*-78, 90-91.
- Caballero Juárez, José Antonio, Sergio López Ayllón y Alfonso Oñate Laborde, relatores. 2006. *Libro blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*. México: Coord. Dirección General de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www.scjn.gob.mx/RecJur/ReformaJudicial/LibroBlancoReformaJudicial/Paginas/TextoLibroBlanco.aspx>
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2009a. <http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm> (consultada el 25 de enero de 2010).

- . Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Presidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, abril 17 de 2009b, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/OC_21/presi_oc20.pdf
- Collins, Paul M., JR. 2004. "Friends of the Court: Examining the influence of amicus curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation". *Law and society* 4, vol. 38 (diciembre): 807-32.
- Comisión Internacional de Juristas. 2009. Memorial en derecho presentado por la Comisión Internacional de Juristas ante la honorable primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación en el procedimiento facultad de atracción 10/2009, <http://www.nomas-abusos.org/pdfs/Amicus%20curiae%20Comision%20Internacional%20de%20Juristas.pdf>
- Concha, Miguel. 2010. El "*amicus curiae*", <http://www.derechoshumanos.org.mx/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=58>
- Connor, Karen O. y Lee Epstein. 1983. "Court Rules and Workload. A Case Study of Rules Governing amicus curiae Participation", 8 Just. Sys-J. 35-39.
- Copi, Irving y Carl Cohen. 2002. *Introducción a la lógica*, 8ª ed. México: Limusa.
- Costa Da Silva, Paulo Maycon. 2008. "Do amicus curiae ao método da sociedade aberta dos interpretes". *Revista CEJ* (octubre-diciembre): 22-30.
- Cueto Rúa, Julio C. 1988. "Acerca del '*amicus curiae*'", *La Ley*: 721-4.
- Dumberry, Patrick. 2002. "The Nafta investment dispute settlement mechanism and the admissibility of *amicus curiae* briefs by ngos". *Revista estudios sociojurídicos* (marzo): 58-79.
- Dworkin, Ronald *et al.* 1999. "Brief of Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon, and Judith Jarvis Thomson as Amici Curiae in Support of Respondents", *Nat'l Legal Center for Medically Dependent & Disabled, Inc., Issues in Law & Medicine* (otoño): 165-9.

- Ennis, Bruce J. 1984. "Effective Amicus Briefs". *Catholic University Law Review* (primavera): 603-9.
- ESMA. Escuela Superior de Mecánica de la Armada. 1995. "Memorial en derecho amicus curiae presentado por Human Rights Watch/Americas (HRW/Americas) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional al (CEJIL) a al excma. cámara federal en lo criminal y correccional de la capital federal (Argentina) en el asunto Mignone, Emilio F.A. / Presentación en causa nro. 761. Hechos denunciados como ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada (ESMA)". *Revista IIDH* (enero-junio): 149-71.
- Federal Rules of Appellate Procedure*, FRAP. 2007. <http://www.uscourts.gov/rules/appel2007.pdf> (consultada el 10 de enero de 2010).
- Fix-Zamudio, Héctor. 1982. La función constitucional del Ministerio Público. En *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, coord. José Ovalle Fabela, 79-127. México: UNAM.
- Fogan, Laura y Zedford D. Dancey. Writing Persuasive Briefs and Recruiting Amicus Support, <http://www.wileyrein.com/resources/documents/pu612.pdf> (consultada el 24 de enero de 2010).
- Fontana Pedrollo, Gustavo y Leticia de Campos Velho Marte. 2005. "Amicus curiae, Elemento de Participação Política nas decisões judiciais-constitucionais". *Ajuris* (septiembre): 161-79.
- Foster, Caroline E. 2005. "Social science experts and amicus curiae briefs in international courts and tribunals: The wto biotech case". *Netherlands international law review* (septiembre): 433-59.
- Freedman, Estelle B. 1990. "Historical Interpretation and Legal Advocacy: Rethinking the Webster Amicus Brief". *The Public Historian* (verano): 27-32.
- García, Rubén J. 2008. "A democratic theory of amicus advocacy". *Florida State University Law Review*, volumen 35: 315-58.
- Goldberg, Sandra y Dina R. Lassow. 1989. "Amicus Brief Links Population Growth to Environmental Degradation". *Population and Environment* (invierno): 141-52.

- Gómez-Robledo V., Alonso. 2000. "Extradición en Derecho Internacional. Aspectos y tendencias relevantes". México: IIJ/UNAM.
- Gómez-Robledo V., Juan Manuel. 2005. "El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México C. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, <http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/5/art/art6.htm> (consultada el 24 de enero de 2010).
- Haden, Ed. R. y Kelly Fitzgerald Pate. 2009. "In this issue: the role of amicus briefs". *The Alabama Lawyer* 70 (marzo): 433-6.
- Harris, Michael J. 2000. "Amicus curiae: Friendo or Foe?". *Suffolk Journal of Trial and Appellate Advocacy*: 1.
- Head, Andrew. 2001. *Ethical Amici*. Institute of Continuing Legal Education in Georgia, http://www.cchlawnfirm.com/files/2002_Amici_article.pdf (consultada el 24 de enero de 2010).
- Herve, Ascensio. 2001. "L' amicus curiae devant les juridictions internationales". *Revue générale de droit international public*, 4 T. 105: 897-930.
- Howard, John. 1988. "Retaliation reinstatement and Friends of the Court: Amicus Participation in Brock v. Roadway Express". *Inc. 31 Howard Law Journal*: 241-53.
- . 1998. "Retaliation, reinstatement, and Friends of the Court: Amicus Participaion in Brock v. Roadway Express, Inc.". *Harvard Law Journal* (primavera): 269.
- Kearney Joseph D. y Merrill Thomas W. 2000. "The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court". *University of Pennsylvania Law Review* (enero): 743-855.
- Krislov Samuel. 1963. "The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy". *The Yale Law Journal* (marzo): 694-721.
- Laurin, Yves. 1998. "L' introduction de la notion de personne qualifiee (amicus curiae) dans le code procedure civile". *Recueil Dalloz* (octubre): 1 y 2.
- Leighton, William. 1951. *Brief of amicus curiae*. Estados Unidos: Supreme Court.

- Loux, Andrea C. 2000. "Hearing a 'Different Voice': Third-Party Intervention in Criminal Appeals", en *Current legal problems 2000*, editada por Michael Freeman, volumen 53: 449-70.
- Lowman, Michael K. 1992. "The litigating *amicus curiae*: When Does the Party Begin alter the Friends Leave?". *American University Law Review* 4, volumen 41 (verano): 1243.
- Lucas, Allison. 1999. "Friends of the Court? The Ethics of *amicus curiae* Brief Writing in First Amendment Litigation". *Fordham Law Journal* (mayo): 1605.
- Luciano. 2007. "*Amicus curiae*-Instituto controvertido e disseminado no ordenamento juridico brasileiro". *Revista de la Escola da Advocacia-Geral da União* (diciembre): 38-9.
- McGuire, Kevin T. 1994. "Amici Curiae and Strategies for Gaining Access to the Supreme Court". *Political Research Quarterly* (diciembre): 821-37.
- Macklem Patrick y Ed Morgan. 2000. "Indigenous Rights in the Inter-American System: The Amicus Brief of the Assembly of First Nations in *Awas Tingni v. Republic of Nicaragua*". *Human Rights Quarterly* (mayo): 569-602.
- Mclauchlan, Judithanne Scourfiel. 2005. *Congressional Participation as amicus curiae Before the U.S. Supreme Court* (American Legal Institutions) (Hardcover), American Legal Institutions.
- Medina, Damares. 2009. "Reequilibrando o jogo – amicus curiae no Supremo Tribunal Federal". *Consulex* (enero): 51-2.
- Méndez, Juan E. et al. 1993. "*Amicus curiae* sobre la interpretación del artículo 4 y párrafo 2 (in fine) y párrafo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos OC-14". *Revista IIDH* (julio-diciembre): 29-44.
- Mishler, William y Reginald S. Sheehan. 1996. "Public opinion the attitudinal Mode and Supreme Court Decision Making: A Micro-Analytic Perspective".

- Mo C. Leiren. 1999. "Amicus Curiae". *Feminist Studies* (verano): 3007-10.
- O'Connor, Karen and Lee Epstein. 2004. "The Importance of Interest Group Involvement in Employment Discrimination Litigation". *Howard Law Journal* 23: 301-21.
- Ortiz Mayagoitia, Guillermo (27 de junio de 2008), Audiencias públicas fortalecen transparencia y participación ciudadana en la impartición de justicia constitucional, *Boletín de prensa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, No. 167/2008, <http://www.scjn.gob.mx/MediosPub/Noticias/2008/Paginas/Noticia20080627.aspx> (consultada el 25 de enero de 2010).
- Pereira, Milton Luiz. 2007. "Amicus curiae – Intervenção de terceiros". *Revista CEJ* (septiembre): 83-7.
- Posner, Richard A. 2005. "The Supreme Court, 2004 Term: foreword: A political Court". *Harvard Law Review* 31 (noviembre).
- Puro, Steven. 1998. "The Role of *amicus curiae* in the United States Supreme Court" 1920-1966 at 56 tbl. Regan W. Simpson, The Amicus Brief: How to Write It and Use It Effectively". *Chicago: American Bar Association, Tort and Insurance Practice Section*.
- Radin, Max. 1928. "Sources of Law-New and Old". *Southern California Law Review* 5, vol. 1 (julio): 411-21.
- Revista de la comisión internacional de juristas*. 2001. "Memorial de derecho *amicus curiae* presentado por la Comisión internacional de juristas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Efraín Bamaca Velasquez, C. Guatemala". *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* (julio): 129-60.
- Robbins, Josh. 2003. "False friends: *amicus curiae* and procedural discretion in wto appeals under the hot-rolled leal / Asbestos Doctrine". *Harvard International Law Journal*: 317-29.
- Rustad, Michael y Thomas Koenig. 1993. "The Supreme Court and Junk Social Science: Selective in Amicus Briers", volumen 72 *N.C.L.Rev.*

- Saks, Michael J. 1993. "Improving APA Science Translation Amicus Briefs". *Law and Human Behavior* (abril): 235-47.
- Salinas Ruiz, José de J. 2008. "Amicus curiae: institución robusta en Inglaterra y Estados Unidos, incipiente en México". *Derecho en Libertad, Revista de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey*: 11-23.
- Scarpinella Bueno, Cassio. 2006. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. Editora Saraiva.
- . 2008. "Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*". *Revista da Escola Nacional de Magistratura* (abril).
- Segal, Jeffrey A. 1998. "Amicus Curiae Briefs by the Solicitor General during the Warren and Burger Courts: A Research Note". *The Western Political Quarterly* (marzo): 135-44.
- Sheehan, Reginald S. y Donald R. Songer. 1993. "Interest Group Success in the Courts: Amicus Participation in the Supreme Court". *Political Research Quarterly* (junio): 339-54.
- Sheldon, Dinah. 1994. "The participation of nongovernmental organizations in International Judicial Proceedings". *American Journal of International Law* 4, volumen 88 (octubre): 611-42.
- Silveira Bueno Filho, Edgard. 2004. "Amicus curiae – A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade". *Revista de direito constitucional e internacional* (abril- junio): 7-15.
- Stephen L. Golding Ronald Roesch, Hans Valerie P. y Reppucci N. Dickon. 1991. "Social Science and the Courts: The Role of Amicus Curiae Briefs". *Law and Human Behavior* (febrero): 1-11.
- Supreme Court of the U.S. 2007, Rules of the Supreme Court of the U.S., <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2010RulesoftheCourt.pdf> (consultada el 10 de enero de 2010).
- Trockner, Nicolo. 1989. "L' amicus curiae nel giudizio davant alla Corte Europea dei diritti dell'uomo". *Rivista di Diritto Civile* (enero-febrero): 119-43.

- Umbricht, Georg C. 2001. "An 'amicus curiae Brief' on amicus curiae Briefs at the WTO". *Journal of International Economic Law*: 780.
- USCA. United States Court of Appeals for the Seventh Circuit 1997. Ryan v. Commodity Futures Trading Commission, 125 F3d 1062, <http://openjurist.org/125/f3d/1062/ryan-v-commodity-futures-trading-commission> (consultada el 25 de enero de 2010).
- . United States Court of Appeals for the Seventh Circuit 2002. Scheidler ET AL. v. NATIONAL ORGANIZATION FOR WOMEN, INC., ET AL. 537 U.S. 393, <http://supreme.justia.com/us/537/393/case.html> (consultada el 25 de enero de 2010).
- . United States Court of Appeals for the Seventh Circuit 2003. Voices for Choices v. Illinois Bell Telephone Co., 339 F.3d. 542, <http://openjurist.org/339/f3d/542/voices-for-choices-v-illinois-bell-telephone-co> (consultada el 25 de enero de 2010).
- Vanduzer, J. Anthony. 2007. "Enhancing the procedural legitimacy of investor-state arbitration through transparency and amicus curiae participation". *McGill Law Journal* (invierno): 553-63.
- Vidmar Neil. 2000. "Amicus Brief: Kumho Tire v. Carmichael". *Law and Human Behavior* (agosto): 387-400.
- Waldron, Jeremy. 2000. "Book Review: Ego-Bloated Hovel: The Problematics of Moral and Legal Theory". *Northwestern University Law Review* 94 Nw. U.L. Rev. 597 (invierno): 603-9.
- Zonnekeyn, Geert A. 2001. "The appellate body's communication on amicus curiae Briefs in the asbestos case – An echternach procession?". *Journal of World Trade* (junio): 553-63.

El voto a distancia en España

Distance ballot in Spain

Luis A. Gálvez Muñoz*

RESUMEN

En este trabajo se aborda el estudio de la regulación del voto a distancia en España, como ejemplo prototípico para reflexionar respecto al futuro de esta modalidad de votación. Se trata de hacer una aproximación general a la misma, examinando su ámbito de aplicación, las características generales que presenta y, finalmente, el procedimiento ordinario o tipo en que se articula.

PALABRAS CLAVE: sufragio, elecciones, régimen electoral, votación, voto a distancia.

ABSTRACT

This paper tackles the study of the regulation of the distance ballot in Spain. It tries to be an example of what to be reflected on this ballot way's future. In this broad approximation we will examined its scope of application, its general characteristics and, finally, the ordinary proceedings that will articulate it.

KEYWORDS: suffrage, elections, electoral law, voting, distance vote.

* Profesor titular de Derecho Constitucional. Universidad de Murcia.

Introducción¹

El voto a distancia es una de las dos formas o modalidades posibles de votación, es decir, de expresión del derecho de sufragio. En primer lugar, está el voto directo o por entrega personal del mismo al órgano encargado de controlar el correcto ejercicio del derecho de voto (la Mesa Electoral, cualquiera que sea su configuración); y, en segundo término, el voto a distancia o por remisión a este mismo órgano, por la vía que sea (correo u otra).²

Nos encontramos ante una modalidad de votación que —con mayor o menor amplitud— está presente en prácticamente todos los países desarrollados. No se trata, en casi ningún Estado, de una imposición o exigencia constitucional, pero los diferentes legisladores nacionales la han contemplado de forma generalizada, a fin de facilitar el ejercicio del derecho de sufragio.

España es uno de esos países, y es precisamente de la manera en que su ordenamiento electoral ha configurado esta modalidad de votación de lo que trata el presente trabajo. Nos proponemos examinar el ámbito en el que opera, las características generales que presenta su regulación y, finalmente, el procedimiento ordinario o tipo en que se articula.³

El ámbito del voto a distancia

Delimitación

El voto a distancia cuenta en España con un amplio campo de acción. Ello obedece, en primer lugar, a que esta forma de votación es la única posi-

¹ Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación “El régimen jurídico de la jornada electoral” (Código DER2009-13249/JURI), subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

² Lo que diferencia al voto directo del voto a distancia es, pues, que, en el primer caso, el órgano ante el que comparece el elector para depositar su voto tiene que controlar su derecho a votar —aunque no sea necesariamente el que vaya a efectuar el escrutinio—, mientras que, en el segundo supuesto, la persona o el órgano al que el elector entrega el voto ha de llevarlo, a su vez, ante quien va a controlar el derecho a votar y, en su caso, efectuar el escrutinio. Lo importante para diferenciar una modalidad de votación de otra es, por tanto, saber en qué momento se considera que ha votado el elector.

³ No hay todavía en España una monografía que aborde con profundidad el estudio de esta forma de actuación. No obstante, el tema no está carente de análisis y consideración, pues, aparte de las obras generales en que esta cuestión se trata, hay también varios trabajos específicos. Entre otros, véase Alcubilla (1997) y Gálvez (2001).

ble para los electores residentes-ausentes (los españoles que residen en el extranjero), por no tener posibilidad alguna de votar de forma directa en las Mesas Electorales; y, en segundo término, a que la misma puede ser utilizada sin límite o cortapisa alguna por los electores residentes en España, de tal modo que permanece abierta a cualquiera de ellos que, por la razón que sea, desee o necesite utilizar esta vía de expresión del sufragio en vez de la del voto directo.

Así es lo que pone de manifiesto el examen de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante LOREG). La posición señalada de los electores residentes-ausentes que viven en el extranjero ante el voto a distancia se deduce sin dificultad de los artículos 75 y 190 de la LOREG⁴ y ha sido confirmada, además, por la Junta Electoral Central (en adelante JEC; véase el Acuerdo de la JEC de 28 de mayo de 1995). Más problemas plantea la determinación de la posición de los electores residentes en España ante esta forma de votación, pero la lectura del artículo 72.1 de la LOREG a la luz de su desarrollo normativo y aplicación práctica despeja cualquier duda que pudiera haber al respecto.

Hay que tomar como punto de partida el artículo 72.1 de la LOREG, cuyo texto dice:

Los electores que prevean que en la fecha de la votación no se hallarán en la localidad donde les corresponda ejercer su derecho de voto, o que no puedan personarse, pueden emitir su voto por correo,

⁴ Basta señalar los comienzos de estos artículos. El 75, relativo a las elecciones generales, autonómicas y europeas, dice en su primer punto: "Las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral envían de oficio a los inscritos en el censo de residentes ausentes que vivan en el extranjero un certificado idéntico al previsto en el artículo 72 y las papeletas y sobres de votación, así como un sobre en el que debe figurar la dirección de la Junta Electoral Provincial. Con estos documentos adjuntan una nota explicativa". Por su parte, el artículo 190.1, aplicable a las elecciones locales, señala lo siguiente: "Los españoles residentes ausentes que vivan en el extranjero y deseen ejercer su derecho de voto en las elecciones del Municipio en el que estén inscritos, según el censo electoral, deben comunicarlo a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, no más tarde del vigésimo quinto día posterior a la convocatoria. Dicha comunicación debe realizarse mediante escrito al que se adjuntará fotocopia del Documento Nacional de Identidad o Pasaporte".

previa solicitud a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, con los requisitos siguientes...

Es cierto que a partir de la lectura de este artículo, la amplitud de que hablamos no se deduce con claridad. En principio, parece que el legislador ha optado por la solución contraria, es decir, por contemplar el voto a distancia como una forma de votación excepcional. Los electores residentes en el país tendrían como modalidad ordinaria de votación el voto por personación en la Mesa Electoral que les corresponda, pero en determinados casos previstos en la ley podrían votar a distancia; en concreto podrían hacerlo cuando “prevean que en la fecha de la votación no se hallarán en la localidad donde les corresponda ejercer su derecho de voto o que no puedan personarse” (LOREG, artículo 72.1).

Ésta es, sin embargo, una conclusión bastante engañosa, producto de una lectura apresurada del precepto. Si profundizamos un poco más en el análisis del artículo 72.1 de la LOREG y en el de su desarrollo normativo y aplicación práctica el resultado varía un poco. Es posible descubrir, entonces, que el Derecho español no ha recogido realmente la tesis del voto a distancia como una modalidad excepcional de emisión del voto, sino la que articula esta forma de votación como una opción libre del elector.

¿Por qué decimos esto? Esto es así por una razón elemental: que al elector que desea hacer uso de esta vía de votación no se le exige acreditación alguna de las razones que le llevan a ello. Estos electores no tienen que justificar ante nadie —ni documentalmente ni de ninguna otra forma— qué motivo tienen para prever que no van a estar en su localidad el día de la votación o que aun estando en la misma no van a poder personarse en la Mesa Electoral para emitir su voto; basta con que ellos, en la intimidad de su conciencia, consideren que no van a poder hacerlo, sin que se hayan establecido ulteriores exigencias o comprobaciones.

El legislador presume, por tanto, que quien hace uso del procedimiento regulado en el artículo 72.1 de la LOREG —que es más complicado que el voto directo— tiene buenas razones para ello. El Grupo Parlamentario

Socialista del Congreso de los Diputados propuso, durante la tramitación parlamentaria de la reforma de la LOREG de 1993, la obligación de “acreditar fehacientemente tales circunstancias”, pero la Ponencia no lo consideró oportuno y el tema no volvió a tratarse (véase el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. 1992, 107-5, 25 de abril; y 107-7, 18 de mayo).

Y si esto es así, la consecuencia es bastante clara: el voto a distancia es, en la práctica, una modalidad ordinaria de votación para los electores residentes en España, tan ordinaria como el voto por personación en las Mesas Electorales. Cualquier elector que no desee acudir a su colegio electoral el día de la votación puede emitir su voto a distancia por correo, anticipadamente, aun cuando no tenga ninguna razón objetiva que le impida desplazarse a su Mesa Electoral (véase Alcubilla 1995, 353-4; Ruiz-Navarro 1986, 686-7; Santolaya 1999, 150 y 1997, 459; y Torre 1989, 2506).

Puntualizaciones

Aclarado el sentido de la Ley, es oportuno añadir que la decisión de otorgar al voto a distancia un campo de aplicación tan amplio no es muy frecuente en el derecho comparado. En la mayoría de las democracias el voto a distancia es una modalidad de votación de carácter excepcional, limitada a aquellas categorías de ciudadanos para los que realmente no exista la alternativa de votación en las Mesas Electorales. A estos electores o se les deja votar a distancia o no podrán ejercer su derecho de sufragio.

No obstante, no cabe dudar de la legitimidad de la opción del legislador español, pues el voto a distancia tiene una sólida fundamentación constitucional. Esta modalidad de votación es perfectamente congruente con el deber constitucional de los poderes públicos de conseguir que el derecho de sufragio no se vea impedido o limitado en la realidad. Dicho de otra forma, existe una relación lógica, de coherencia interna, entre la obligación constitucional de facilitar el ejercicio del derecho de voto y la articulación legal del voto a distancia; con independencia de cuál sea el instrumento de comunicación o transporte que se utilice en su articulación (correo, re-

presentante del elector, internet o cualquier otro) el resultado es el mismo: favorecer la participación electoral.

Esta adecuación lógica entre el medio y el fin perseguido es perfectamente advertible sin ninguna dificultad analítica. El voto a distancia hace posible —o al menos facilita— la participación en el proceso electoral de todos aquellos ciudadanos que tienen algún tipo de impedimento o dificultad más o menos grave para acercarse a su colegio electoral el día de la votación y emitir allí su voto. Es el caso de las personas que se encuentran fuera de su localidad, de quienes ejercen funciones públicas, laborales o asistenciales que no pueden abandonar sin menoscabo de las mismas, o de los que por deficiencias físicas no pueden acudir a votar; para todos ellos la previsión del voto a distancia cumple una muy útil función, pues es sumamente improbable que pudieran votar del modo ordinario.⁵

Ahora bien, una vez que ha quedado acreditado el profundo engarce constitucional que tiene el amplio reconocimiento del voto a distancia realizado por nuestro legislador, es necesario advertir inmediatamente que no nos encontramos ante una decisión constitucionalmente inevitable. El legislador electoral español ha reconocido con notable generosidad el voto a distancia —contando para ello con el respaldo de la norma suprema—, pero no estaba obligado a hacerlo, pues esta modalidad de votación no está consagrada en la Constitución.

La decisión tomada por el legislador español es, por tanto, perfectamente revisable (Mackenzie 1962, 144; Santolaya 1999, 148; y Espín 1977, 144-45). Cabe así, la posibilidad de que en el futuro el voto a distancia disminuya su campo de acción en beneficio del voto directo o ejercido personalmente por el elector en la mesa electoral. Y habría que aceptar, incluso, en el plano teórico, la posibilidad misma de eliminar el voto a distancia, teniendo todos los electores que votar de forma directa, aunque con distintos procedimientos.

⁵ En el mismo sentido véase Alcubilla (1997, 711), Santolaya (1999, 147), Esteban (1977, 68) y Rose (1983, 78-9).

Es más. Hay que tener en cuenta que la extraordinaria amplitud que el voto a distancia tiene en España plantea, a nuestro juicio, varios problemas de cierta entidad: menoscaba el rito de las elecciones, que tanta importancia tiene como factor de integración de la comunidad; deteriora el principio de unidad del acto electoral, según el cual la votación es un acto único resultado del ejercicio sincrónico del derecho de voto por todos los ciudadanos; y hace también, en principio, extraordinariamente complicada y difícil la sujeción del voto a distancia a las condiciones del sufragio que, como vimos en su momento, lo deben informar. Es poco discutible que para la correcta gestión, desarrollo y control del voto a distancia no puede ser indiferente el aspecto cuantitativo; no es lo mismo, por ejemplo, garantizar la efectividad o la personalidad del voto a distancia de cincuenta mil potenciales electores que de millón y medio (véase Santolaya 1999, 149-50).

Características fundamentales de la regulación

El voto a distancia se encuentra regulado en España en una pluralidad de normas. En primer lugar, en la LOREG, en concreto, en sus artículos 72 a 75 y 190, pero también en otras muchas de rango inferior, como el Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, el Real Decreto 1621/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de votación para los ciudadanos españoles que se encuentran temporalmente en el extranjero, la Orden DEF/116/1999, de 30 de abril, por la que se regula el ejercicio del derecho al voto en los procesos electorales del personal de las Fuerzas Armadas embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional, y las órdenes e instrucciones que en cada proceso electoral dicta

el Ministro de Fomento para ordenar la colaboración del Servicio de Correos en el mismo.⁶

Esta riqueza normativa, junto a la distinta procedencia temporal de sus elementos y la diversidad de su contenido, hace sumamente difícil ofrecer una caracterización general y de conjunto de la regulación del voto a distancia en España. No obstante, haciendo un esfuerzo de contención y síntesis, podemos extraer tres notas definitorias fundamentales, que pasamos a exponer seguidamente, aunque con suma brevedad para no excedernos de los límites expositivos de que disponemos.

La pluralidad procedimental

La primera nota que caracteriza a la regulación del voto a distancia en España hace referencia a la pluralidad procedimental existente. Se trata de poner de relieve que el voto a distancia se articula o implementa de muy diversas formas, es decir, a través de una pluralidad de procedimientos de votación. Y es que el legislador no se ha limitado a establecer un procedimiento único de votación a distancia, alternativo al del voto directo, sino que, dando cumplimiento a la obligación constitucional de facilitar el sufragio (artículo 9.2), ha establecido un procedimiento general u ordinario de votación, válido para el conjunto de los electores, y una serie de procedimientos especiales, destinados específicamente a colectivos determinados de electores.

¿Y cuáles son estos procedimientos especiales de votación? Los seis siguientes:

- El procedimiento especial de los ciudadanos que acrediten sufrir enfermedad o incapacidad que les impida acudir personalmente a Correos para hacer su solicitud de voto por correo (artículos 72-c y 73.2 LOREG). (Véase Gálvez 2009c, 155-79.)

⁶ Véase, por ejemplo, la Orden FOM/954/2009 de 16 de abril, por la que se dictan normas para la colaboración del Servicio de Correos en las elecciones de diputados al Parlamento Europeo (Boletín Oficial del Estado [BOE], núm. 95/2009 del 18 de abril).

- El procedimiento especial del personal embarcado en los buques de la Armada, de la Marina Mercante española o de la flota pesquera de altura que durante el periodo electoral toquen puerto en España (artículo 9 del Real Decreto 605/1999, 16 de abril).⁷
- El procedimiento especial del personal embarcado en buques de la Armada o perteneciente a unidades militares terrestres o áreas que se encuentre en el exterior en situaciones excepcionales (Orden del Ministerio de Defensa 116/1999, 30 de abril).⁸
- El procedimiento especial para los ciudadanos españoles que se encuentren temporalmente en el exterior (Real Decreto 1621/2007, 7 de diciembre).⁹
- El procedimiento especial de los electores residentes-ausentes en relación con las elecciones generales, autonómicas y europeas (LOREG, artículo 75).
- El procedimiento especial de los electores residentes-ausentes respecto de las elecciones locales (LOREG, artículo 190).

⁷ Este procedimiento es desarrollo de la habilitación contenida en el artículo 74 de la LOREG, que ordena al Gobierno, previo informe de la JEC, regular “las especialidades respecto de lo dispuesto en los dos artículos anteriores [regulación del procedimiento ordinario], para el voto por correo del personal embarcado en buques de la Armada, de la Marina Mercante o de la flota pesquera...” Sobre este procedimiento véase Gálvez (2010).

⁸ Orden DEF/116/1999 de 30 de abril, por la que se regula el ejercicio del derecho al voto en los procesos electorales del personal de las Fuerzas Armadas embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional (BOE núm. 106/1999 del 4 de mayo). Se dicta en desarrollo directo de la Disposición adicional tercera del Real Decreto 605/1999 del 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, que, a su vez, es desarrollo —tras la reforma operada por la Ley Orgánica 9/2007 del 8 de octubre, de modificación de la LOREG— del artículo 74 de la LOREG que alude a la regulación por el Gobierno del voto por correo del personal de las Fuerzas Armadas españolas que esté cumpliendo misiones en el exterior. Sobre este procedimiento véase Gálvez (2007a y 2007b).

⁹ Es el Real Decreto 1621/2007 del 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de votación para los ciudadanos españoles que se encuentran temporalmente en el extranjero (BOE núm. 299/2007 del 14 de febrero). Este procedimiento es, como en el caso anterior, desarrollo de la habilitación contenida en el artículo 74 de la LOREG, que ordena al Gobierno, previo informe de la JEC, regular “las especialidades respecto de lo dispuesto en los dos artículos anteriores [regulación del procedimiento ordinario]... para el voto por correo de los ciudadanos que se encuentren temporalmente en el extranjero entre la convocatoria de un proceso electoral y su celebración”.

Esta diversidad de procedimientos de votación no es, en absoluto, excesiva o caprichosa, sino que está plenamente justificada, pues trata de responder a las diversas circunstancias que concurren en el voto de determinados ciudadanos. El legislador, con el fin de facilitarles el ejercicio del sufragio, ha tenido en cuenta las diferentes situaciones y dificultades en que algunos colectivos de ciudadanos pueden encontrarse a la hora de emitir su voto, ya de forma directa, ya a distancia, y ha regulado los correspondientes procedimientos de votación.

Es precisamente por este motivo que la configuración procedimental no es ni puede ser definitiva, debiendo estar el legislador, por tanto, en este terreno, en plena disposición de actuar. En este sentido parece oportuno poner de relieve, por un lado, que el último de los procedimientos mencionados —el de los españoles que se encuentren temporalmente en el extranjero— ha sido añadido hace relativamente poco tiempo (diciembre 2007) y, por otro, que la LOREG contempla de forma expresa la posibilidad de establecer otros procedimientos especiales de votación a distancia, en concreto, los dos siguientes:¹⁰

¹⁰ Todavía cabría añadir la previsión de algún otro procedimiento especial de votación a distancia, pues hay que tener en cuenta que algunos de los procedimientos especiales actualmente regulados por vía reglamentaria no hacen un desarrollo completo de la amplia habilitación prevista en el artículo 74 de la LOREG. Es éste el caso, por ejemplo, de la referencia que en este artículo se hace al “personal embarcado en buques de la Armada, de la Marina Mercante o de la flota pesquera”. En desarrollo de esta habilitación normativa se ha regulado el procedimiento de votación del “personal de los buques de la Armada, marina mercante o flota pesquera de altura, abanderados en España, que haya de permanecer embarcado desde la convocatoria de las elecciones hasta su celebración y que durante dicho período toque puertos, previamente conocidos, en el territorio nacional” (artículo 9 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales); y se ha aprobado también —aunque el apoyo es parcial— el procedimiento de votación del “personal embarcado en buques de la Armada o que, perteneciendo a unidades militares terrestres o aéreas, se encuentre destacado fuera del territorio nacional, en situaciones excepcionales, vinculadas con la defensa nacional y que participe o coopere, con las Fuerzas de los países aliados y de organizaciones internacionales, en misiones de asistencia humanitaria o mantenimiento de la paz internacional” (Orden del Ministerio de Defensa 116/1999, de 30 de abril). No obstante, faltaría por establecer el procedimiento preciso para que pueda votar el personal embarcado en buques españoles que no toquen puertos previamente conocidos en el territorio nacional durante el periodo electoral o que se encuentre embarcado en buques abanderados en otro país.

- El del personal de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que se encuentre cumpliendo misiones en el exterior (LOREG, artículo 74).¹¹
- El de los residentes-ausentes que viven en un país donde no sea practicable lo dispuesto en el artículo 75 LOREG, es decir, que no admita el voto por correo o por entrega del sobre de votación en los consulados españoles.¹²

La centralidad del correo

Otra importante característica de la regulación española de la emisión del voto a distancia, es la de utilizar el correo como mecanismo básico para su articulación. El Servicio de Correos se ha convertido, pues, en el eje fundamental de la implementación del voto en ausencia o no presencial.¹³

El legislador ha preferido el correo a otras formas de comunicación y transporte, las cuales son muy variadas y tienen un muy diferente nivel de sofisticación. Entre las más tradicionales hay que aludir al voto por procurador o representante, en virtud del cual éste se persona en el colegio electoral, pero como mero transmisor de la voluntad expresada por el elector; y al voto por medio de agentes públicos, como podría ser, por ejemplo, la entrega del voto a un funcionario de la Administración Electoral, para su posterior traslado a la Mesa Electoral. Y entre las formas más sofisticadas, cabe citar la radiotelegrafía, el teléfono, el fax

¹¹ El artículo 74 de la LOREG, según la redacción dada por la última reforma de la LOREG, la operada por la Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre, dice así: "El Gobierno, previo informe de la JEC, regulará las especialidades respecto de lo dispuesto en los dos artículos anteriores [relativos al procedimiento ordinario de votación a distancia], para el voto por correo... del personal... de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado que estén cumpliendo misiones en el exterior..."

¹² El artículo 75.6 de la LOREG que establece que el Gobierno, previo informe de la JEC, puede "establecer otros procedimientos para el voto de los residentes ausentes que viven en el extranjero donde no sea practicable lo dispuesto en este artículo".

¹³ El Servicio de Correos lo presta actualmente "Correos y Telégrafos S.A.", que es una sociedad estatal proveedora de servicios postales, telegráficos y financieros.

y, por supuesto, internet, que es hoy la estrella de muchos estudios y foros sobre el futuro de la democracia.¹⁴

La opción de nuestro país por el correo parece clara. En todos los procedimientos de votación a distancia regulados en nuestro derecho, el correo es el mecanismo básico de comunicación y transporte. No es el único que se utiliza en todos los casos, pero sí el más relevante; donde más se usa es en el procedimiento ordinario y donde menos en el procedimiento especial de los militares que se encuentren fuera del país en situaciones excepcionales.

Ésta es también la decisión habitual en el derecho comparado. Son muy pocos los países que, hoy por hoy, articulan el voto a distancia en torno a otros medios de comunicación, normalmente haciendo uso del representante del elector o de internet. En el primer caso, cabe citar, por ejemplo, a Bélgica y Francia, y en el segundo, y en algunos supuestos de forma muy limitada, al Reino Unido, Francia, Estonia, Suiza y Estados Unidos.¹⁵

Las cosas pueden cambiar, sin embargo, en el futuro, dada la notable extensión que está alcanzando internet entre la población. No cabe duda de que nos encontramos ante un medio de comunicación cada vez más conocido y usado, con cotas de crecimiento muy elevadas, y que en unos pocos años se puede llegar a su plena universalización.

En estas circunstancias, esto es, en una sociedad que disfrute de una generalizada inmersión tecnológica, internet puede convertirse en el instrumento central del voto a distancia, en sustitución del correo, aunque siempre, naturalmente, que se establezcan las medidas precisas para eliminar o reducir sensiblemente las indudables limitaciones y problemas que presenta (véase Martínez 2008 y Gálvez 2009a, 262 y ss.). En cualquier caso,

¹⁴ Véase, por ejemplo, Pau I Vall (1998); Alexander (2002, 89 y ss.), así como en el coloquio recogido en las páginas 99 y ss. de esta misma obra, y Cotino Hueso (2007).

¹⁵ En Estados Unidos, el voto por internet se ha utilizado en algunas elecciones, aunque de forma muy limitada. Así, por ejemplo, en varias elecciones presidenciales se ha permitido votar de esta forma a grupos de militares; igualmente, ha habido elecciones primarias en algunos estados en que se ha votado de este modo (caso del Partido Demócrata del Estado Arizona).

y con independencia de ello, hay que tener presente que internet puede servir, además de votar, como canal de comunicación para realizar trámites electorales que, hoy por hoy, se deben hacer en persona o por correo.

El menor nivel de garantías respecto del voto directo

La última nota que queremos destacar del régimen del voto a distancia en España es de carácter comparativo. Se trata de poner de relieve que el nivel de garantía y protección de los principios básicos del sufragio —universalidad, personalidad, libertad, igualdad y secreto— y, en general, de la regularidad y limpieza del proceso electoral es menor que en el voto directo. En éste la garantía no es plena, indudablemente, como he puesto de manifiesto en algún trabajo anterior (Gálvez 2009d, 99 y ss.), pero es que en el voto a distancia los problemas y deficiencias son significativamente mayores.

¿Cuáles son estos problemas y deficiencias? Abordando la cuestión de la forma más genérica posible y deteniéndome exclusivamente en lo más relevante, cabe citar los dos siguientes:

- a) El riesgo de ineffectividad del sufragio emitido a distancia, es decir, de que el voto enviado por el elector nunca llegue al órgano escrutador o que no llegue al mismo a tiempo de ser computado, lo que, evidentemente, afecta al principio de universalidad del sufragio. En el voto directo o por personación del elector en la mesa electoral hay, prácticamente, salvo causa de fuerza mayor, 100% de posibilidades de que el voto introducido en la urna va a ser computado, pero en el voto a distancia no sucede así, como corroboran las estadísticas elección tras elección.¹⁶

Ello es debido a diversos factores, el más relevante de los cuales es el del inmenso trabajo que recae sobre el Servicio de Correos

¹⁶ Véase Santolaya (1999, 152-53). Véase también la página web de la Oficina del Censo Electoral: <http://www.ine.es/censoe/menucenso.htm>

en un breve periodo, como consecuencia del campo de aplicación tan amplio que se ha reconocido al voto a distancia, tal y como demuestra el dato de que es utilizado en la práctica por más de un millón de personas en cada elección, buena parte de ellas fuera de España. Otras causas a considerar son el ajuste de los plazos, la necesidad de realizar varios trámites por distintos sujetos (elector, Oficina del Censo Electoral, Correos) o la intervención de servicios postales extranjeros con bajos niveles de calidad.

- b) La posibilidad de fraude en la emisión del voto, es decir, de que alguien pueda votar en lugar de otra persona, mediante engaño, corrupción o coacción, o de que pueda manipular el voto emitido por un elector y sustituirlo por otro. Ello afecta de lleno al principio de personalidad del voto y, de manera indirecta, a los demás principios básicos del sufragio. Tal posibilidad tiene su origen en dos elementos:
1. La falta de control externo sobre la gestión y custodia de los votos por correo por parte de los empleados de Correos o de los funcionarios del Ministerio de Exteriores o de Defensa intervinientes en algunos procedimientos especiales.
 2. El sistema de identificación del elector. En los procedimientos de voto a distancia previstos para los electores residentes en España el elector debe identificarse con su DNI, pasaporte o carné de conducir en el momento en que presenta su solicitud para votar por correo, y en el instante en que recibe de la Delegación Provincial de la OCE la documentación electoral necesaria para votar, pero no en el momento final —y más relevante— en la remisión del voto (LOREG, artículos 72 b) y 73.2, párrafo segundo), lo que abre la puerta a la posibilidad de que éste delegue en un tercero el acto mismo de la confección del voto o de que el tercero manipule el sobre que le ha entregado el elector; y en los procedimientos de voto a distancia des-

tinados a los españoles residentes-ausentes la situación es aún peor, pues el elector se **identifica**, en general, mediante el envío de la fotocopia del DNI o pasaporte junto con la solicitud de la documentación electoral para votar (elecciones municipales) (LOREG, artículo 190) o de fotocopia del DNI o pasaporte o certificado de nacionalidad o de inscripción en el Registro de Matrícula Consular junto con el sobre de votación (elecciones generales, autonómicas y europeas),¹⁷ lo que hace factible que una persona pueda votar en lugar de otra, con o sin conocimiento del afectado (véase Gálvez 2009b, 110 y ss).

El procedimiento ordinario de votación a distancia

Tras delimitar el ámbito de aplicación del voto a distancia y determinar las características fundamentales de su regulación, parece oportuno ocuparse, finalmente, del procedimiento ordinario o “tipo” establecido para implementarlo, a modo de guía general de estudio, ante la imposibilidad, por razones de espacio, de poder tratar todos los procedimientos establecidos. Se trata de conocer los pasos concretos que, a cada momento, deben seguir los electores que necesiten utilizar esta forma de votación.

Este procedimiento está regulado, básicamente, en los artículos 72, 73 y 88.2 de la LOREG, aunque también tienen interés otras normas como el Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales y las órdenes ministeriales que el Ministerio de Fomento dicta con ocasión de cada proceso electoral para ordenar la colaboración del Servicio de Correos en las elecciones.¹⁸ Se trata de un procedimiento que se articula por completo en torno al Servicio Postal y cuyo

¹⁷ Artículo 75 de la LOREG e Instrucción 2/2009 del 2 de abril, sobre garantía del ejercicio personal del voto por correo de los electores residentes ausentes.

¹⁸ La última orden que ha dictado el Ministerio de Fomento en esta materia es la ORDEN FOM/28/2008 del 17 de enero, por la que se dictan normas sobre la colaboración del servicio de correos en las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, y en las elecciones al Parlamento de Andalucía del 9 de marzo de 2008.

desarrollo puede resumirse en diversas fases, que vamos a examinar por orden cronológico. Son las seis siguientes:

Solicitud del elector

El *iter* procedimental lo pone en marcha el propio elector mediante la solicitud que éste hace a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral (en adelante OCE) de que le remita el certificado de inscripción en el censo y el resto de materiales precisos para poder votar por correo: papeletas de votación, sobre o sobres de votación y sobre exterior para remitir el voto.¹⁹

El elector debe utilizar para ello el correspondiente impreso normalizado, que tiene a su disposición en las oficinas de Correos y, en su caso, las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, Juntas Electorales de Zona y Delegaciones Provinciales de la OCE.²⁰ En el impreso debe hacer constar sus datos y señalar el domicilio de España en el que desee recibir la documentación para el voto, puesto que, si no se indica nada, se le enviará al domicilio que figura en el censo (LOREG, artículo 73.2).

Una vez confeccionado el impreso de solicitud, al elector sólo le resta presentarlo. En esta tarea el elector debe sujetarse a ciertas reglas previstas en el artículo 72 de la LOREG. Así, en primer lugar, la solicitud debe presentarse en una oficina de Correos, existiendo la posibilidad de que Correos establezca oficinas adicionales para este fin;²¹ la solicitud debe, en segundo lugar, formularse personalmente, en garantía de lo cual se ha

¹⁹ El artículo 72 de la LOREG alude, sin embargo, únicamente al certificado de inscripción en el censo como objeto de la solicitud. Dice así en su parte inicial: “Los electores que prevean que en la fecha de la votación no se hallarán en la localidad donde les corresponde ejercer su derecho de voto, o que no puedan personarse, pueden emitir su voto por correo, previa solicitud a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral...”

²⁰ Véase el artículo 5.3 del Real Decreto 605/1999 del 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales.

²¹ La Ley no prevé esta práctica, pero la JEC la admite siempre que se haga sin violación del principio de igualdad. En este sentido véase los Acuerdos de la JEC del 13 de mayo de 1991, 17 de junio de 1993, 2 de junio de 1994, 17 de mayo de 1995, 20 de febrero de 1996, 21 de febrero de 2000 y 13 de mayo de 2003.

impuesto al empleado de correos la obligación de exigir al interesado la exhibición de su Documento Nacional de Identidad y de comprobar la coincidencia de la firma; finalmente, en tercer lugar, la solicitud debe cursarse dentro de un plazo determinado: “a partir de la fecha de la convocatoria y hasta el décimo día anterior al de la votación”.

Por último, es preciso tener presente que la normativa de desarrollo de la LOREG contempla la posibilidad de permisos laborales de hasta cuatro horas para que los electores que tengan dificultades para votar directamente en su Mesa Electoral y decidan votar por correo puedan tramitar en Correos la correspondiente solicitud de certificación acreditativa de su inscripción en el censo.²² El Gobierno ha sido consciente de que las mismas dificultades que puede tener una persona para votar en su Mesa Electoral el día de las elecciones, puede tenerla para hacer la solicitud del certificado de inscripción en el censo durante el periodo electoral y, en consecuencia, ha previsto la existencia de permisos laborales para acercarse a Correos y hacer la solicitud.²³

Traslado y tramitación de la solicitud

Una vez que el elector ha formulado su solicitud ante una de las Oficinas del Servicio de Correos y antes de que el mismo tenga en su poder los documentos precisos para poder emitir el voto por correo, tienen lugar diversas actuaciones por parte de la Administración, muchas de ellas de carácter interno, es decir, sin trascendencia exterior o implicación alguna por parte de los ciudadanos. Unas están a cargo del Servicio de Correos y otras de la Delegación Provincial de la OCE que corresponda.

²² Lo hace el artículo 13.2 del Real Decreto 605/1999 del 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, cuyo texto dice así: “En caso de personas que por estar realizando funciones lejos de su domicilio habitual o en otras condiciones de las que se deriven dificultad para ejercer el derecho de sufragio el día de las elecciones, las medidas precisas a adoptar irán destinadas a posibilitar que el personal citado disponga, en su horario laboral, de hasta cuatro horas libres para que pueda formular personalmente la solicitud de certificación acreditativa de su inscripción en el censo, que se contempla en el artículo 72 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, así como para la remisión del voto por correo”.

²³ Sobre este tema véase Gálvez (2008a y 2008b, 1203-19).

La primera actuación corresponde a Correos. Hace referencia a la obligación que este organismo público tiene de trasladar las solicitudes presentadas por los electores en sus oficinas a las correspondientes Delegaciones Provinciales de la OCE. Dicho traslado debe hacerse en el plazo máximo de tres días (LOREG, artículo 72-d).

La recepción de la solicitud del elector por la Delegación Provincial de la OCE abre paso a lo que, en un sentido muy amplio, se puede denominar como “tramitación de la solicitud”. Al respecto, la Delegación Provincial de la OCE ha de realizar diversas actuaciones, previstas, en su mayor parte, en el artículo 73 de la LOREG, puntos 1 y 2:

1. Verificar que la solicitud presentada por el elector reúne los requisitos esenciales exigidos por la legislación para poner en marcha el procedimiento (básicamente: identificación, municipio en el que está inscrito, firma y sello de la oficina de Correos receptora de la solicitud).²⁴
2. Comprobar que el solicitante está efectivamente inscrito en el censo electoral de la circunscripción.
3. Insertar en el censo electoral la anotación de que el elector va a votar por correo “a fin [dice la ley expresamente] de que el día de las elecciones no se realice el voto personalmente”.
4. Preparar la documentación electoral precisa para que el elector pueda emitir su voto por correo, es decir, certificado de inscripción en el censo que le ha sido solicitado, sobres y papeletas de votación correspondientes a las distintas elecciones,²⁵ sobre exterior y hoja explicativa.

²⁴ Es ésta la única actuación que no está prevista expresamente en la LOREG, quizá por su carácter de ley especial y entender el legislador, en consecuencia, que en este punto se aplican las normas generales sobre procedimiento administrativo. Recordemos que el artículo 120 de la LOREG señala que en todo lo no expresamente regulado por esta Ley en materia de procedimiento, será de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo.

²⁵ Véanse los artículos 70 y 71 de la LOREG; los artículos 4 y 5 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales; y los artículos pertinentes de las leyes electorales autonómicas (por ejemplo, el artículo 27 de la Ley 2/1987, de 24 de febrero, Electoral de la Región de Murcia).

5. Remitir al solicitante el sobre que contiene la documentación que le resulte necesaria para emitir su voto. Este envío al elector debe hacerse siguiendo ciertas prescripciones: por correo certificado, a partir del trigésimo cuarto día posterior a la convocatoria y antes del sexto día anterior al de la votación, y al domicilio indicado por él en su solicitud o, en su defecto, al que figure en el censo.

Entrega de la documentación al elector

Una vez que el Servicio de Correos recibe de la Delegación Provincial de la OCE el sobre dirigido al elector con la documentación electoral precisa para votar, ha de poner en marcha las operaciones necesarias para que dicho sobre llegue a manos del mismo. Se trata, básicamente, de trasladar el sobre a una de las oficinas postales de la localidad donde tenga su domicilio el elector; y, una vez allí, uno de los funcionarios postales intente la entrega en el domicilio del elector, pero si no es posible la entrega se deje depositado el sobre en la oficina de Correos a disposición del interesado.

Son varios los requisitos que el Servicio de Correos tiene que cumplir en esta fase. El más importante de ellos es el de entrega personal del envío al elector. El legislador ha sido muy puntilloso en el tratamiento de este requisito, pues indica de forma expresa que “el aviso de recibo acreditativo de la recepción de la documentación [...] deberá ser firmado personalmente por el interesado previa acreditación de su identidad”, y que en el “caso de no encontrarse en su domicilio se le comunicará que deberá personarse [...] en la oficina de correos correspondiente para, previa acreditación, recibir la documentación para el voto por correo, cuyo contenido se hará constar expresamente en el aviso” (LOREG, artículo 73.2).²⁶

²⁶ No hay margen, pues, para que puede operar aquí la figura de la “entrega a persona autorizada”. Ni puede hacerse la entrega a una de las personas genéricamente autorizadas por la legislación postal para recibir los envíos postales en general, ni cabe tampoco hacer la entrega a quien esté expresamente autorizado por el elector para recibir esta concreta documentación.

Emisión y envío del voto por el elector

Tras tener en su poder la documentación electoral precisa para poder votar, le corresponde al elector realizar una serie de actuaciones perfectamente lógicas y esperables, y que están recogidas en el artículo 73.3 de la LOREG. Veamos:

1. Lo primero que tiene que hacer el elector es emitir el voto. Para ello debe escoger o, en su caso, rellenar la papeleta de voto; introducirla en el sobre de votación, que, como es lógico, debe ser idéntico al que utilicen los demás electores con objeto de proteger el secreto del voto; y, finalmente, cerrarlo. Si son varias las elecciones convocadas, debe el elector, como es lógico, proceder del mismo modo para cada una de ellas.
2. Seguidamente, el elector incluirá el sobre o los sobres de votación y el correspondiente certificado de inscripción censal en el sobre, de tamaño superior, dirigido a la Mesa Electoral (es el llamado sobre exterior o, simplemente, sobre electoral).²⁷ El certificado de inscripción en el censo electoral debe dejarse fuera del sobre de votación, porque si no se hace así quedaría defraudado el secreto del voto, habida cuenta de que los miembros de la mesa electoral tendrían que abrirlo para extraer el certificado censal y comprobar la capacidad del elector para poder votar.
3. Hecho esto, al elector sólo le resta remitir el sobre grande que contiene el sobre de votación y el certificado censal a la Mesa Electoral

²⁷ La no inclusión del certificado censal en el sobre de envío constituye, a la vista del artículo 73.3 de la LOREG, y en opinión de la JEC, una irregularidad invalidante del voto. En este sentido véase los Acuerdos de la JEC de 23 de junio de 1999 y de 15 de julio de 1999. Véase, también, por analogía, la Instrucción de la JEC de 20 de abril de 1998 sobre requisitos del voto de los electores inscritos en el Censo Especial de Residentes Ausentes (BOE núm. 97/1998 del 23 de abril), que modifica la anterior doctrina sentada en la Instrucción del 3 de noviembre de 1989. La jurisprudencia ha confirmado esta interpretación; véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo del 1 de julio de 2003.

correspondiente. Lo debe hacer por correo certificado y antes del tercer día previo a las elecciones. No es preciso que lo haga personalmente, de tal modo que es perfectamente posible que un allegado del elector pueda hacer esta gestión en su lugar.²⁸

Traslado del voto a las mesas electorales

Terminada la actuación del elector toma el relevo y, por tanto, el protagonismo, una vez más, el Servicio de Correos, a fin de trasladar los sobres enviados por los electores a las respectivas Mesas Electorales.

Esta nueva obligación traslaticia a cargo del Servicio de Correos implica la realización, por su parte, de tres actuaciones claramente diferenciadas: trasladar los sobres electorales depositados en las distintas oficinas de Correos del país a las oficinas postales de las localidades donde estén situadas las mesas electorales de recepción; conservar, en estas oficinas, los sobres electorales remitidos por los ciudadanos; y, por último, entregar, el día de la votación, dichos sobres en las mesas electorales correspondientes.

En relación con esta última obligación hay que apuntar que el artículo 73.4 de la LOREG exige que lo haga a las nueve horas y, asimismo, que siga dando traslado de los que puedan recibirse a lo largo del día, aunque con una hora límite: las veinte horas, por ser éste el momento en que concluye el horario de votación en los colegios electorales.²⁹ La Ley puntuali-

²⁸ La Ley exige acreditar la identidad del elector en el momento en que el elector presenta su solicitud para votar por correo y en el instante en que recibe de la Delegación Provincial de la OCE la documentación electoral necesaria para ejercer su sufragio, pero no en el momento final de remisión del voto. Véase los Acuerdos de la JEC del 21 de mayo de 1991, 24 de abril de 1995, 10 de mayo de 1995 y 7 de mayo de 2003. Véase también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo del 27 de junio de 2003. Presno Linera se muestra en contra de esta interpretación; considera que el envío tiene que ser personal, salvo en el caso del procedimiento especial para los enfermos e incapacitados en que lo puede hacer la persona autorizada notarial o consularmente (2003, 222, nota 107).

²⁹ No obstante, si por cualquier circunstancia se prorrogara el horario de la votación en una mesa electoral y de ello tuviera conocimiento el Servicio Postal, debería entenderse prorrogado también el horario de entrega de votos en las Mesas Electorales.

za que los sobres recibidos con posterioridad deberán enviarse a la Junta Electoral de Zona correspondiente, la cual, lógicamente, aunque la Ley no lo diga, debe proceder a su destrucción.³⁰ No existe, por desgracia, ninguna posibilidad de cómputo de estos votos, careciendo las juntas electorales de cualquier competencia al respecto.³¹

Materialización del voto

La última fase del procedimiento ordinario de votación por correo tiene como protagonista único y exclusivo a las Mesas Electorales. Su intervención en este terreno consiste en materializar los sufragios de los votantes por correo que tienen custodiados,³² previa comprobación de determinadas circunstancias y posterior anotación del ejercicio del derecho de voto por el elector en la lista del censo que utiliza.

La ley ha dedicado cierta atención a esta fase. El artículo 88.2 de la LOREG dice que el presidente de la mesa electoral, una vez que ha concluido la votación de los electores que ejercen su sufragio directamente en el colegio electoral, “procede a introducir en la urna los sobres que contengan las papeletas de voto remitidas por correo, verificando antes que se cumplen las circunstancias expresadas en el párrafo tercero del artículo 73 y que el elector se halla inscrito en las listas del Censo” y que, “seguidamente, los vocales anotarán el nombre de estos electores en la lista numerada de votantes”.

En cuanto a la verificación de que se cumplen las circunstancias expresadas en el párrafo tercero del artículo 73, hay que apuntar que la lectura de este artículo no permite determinar con claridad cuáles son esas

³⁰ Así lo ha señalado la JEC en su Acuerdo del 2 de junio de 1995. El Real Decreto Ley 20/1977 del 18 de marzo, sobre normas electorales, sí recogía expresamente esta solución en su articulado, en concreto en el artículo 57.5.

³¹ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo del 24 de abril de 1979.

³² La Ley no dice nada sobre la custodia por la Mesa Electoral de los sobres electorales entregados por el Servicio de Correos, pero sería oportuno que el presidente tuviera siempre a la vista la documentación recibida o que la guardara bajo llave o que encargara a un vocal determinado de su custodia material.

circunstancias.³³ La interpretación más razonable, a nuestro juicio, exige ceñir la remisión del artículo 88.2 de la LOREG a tres de las circunstancias mencionadas en el artículo 73.3: que el envío se haya hecho por correo certificado, que el elector haya introducido en el sobre de remisión el sobre o sobres de votación y que, asimismo, haya colocado en dicho sobre de remisión el certificado de inscripción en el censo. Son los únicos elementos que la mesa electoral está en disposición de comprobar y que, al mismo tiempo, tiene sentido que compruebe.

No parece que ésta deba interesarse por las demás exigencias contenidas en el artículo 73.3. No encontramos motivo alguno que justifique comprobar que la remisión del voto ha tenido lugar antes del tercer día previo al de la celebración de las elecciones,³⁴ que el sobre de votación está cerrado³⁵ o que dentro del mismo se ha introducido efectivamente la papeleta de votación.³⁶ Y, desde luego, es totalmente imposible que la Mesa Electoral compruebe que ha sido el elector y no otra persona quien ha escogido la papeleta de votación.

³³ Recordemos el texto exacto de este artículo: “Una vez que el elector haya escogido o, en su caso, rellenado la papeleta de voto, la introducirá en el sobre de votación y lo cerrará. Si son varias las elecciones convocadas, deberá proceder del mismo modo para cada una de ellas. Incluirá el sobre o los sobres de votación y el certificado en el sobre dirigido a la Mesa y lo remitirá por correo certificado en todo caso antes del tercer día previo al de la celebración de las elecciones. Este sobre no necesita franqueo”.

³⁴ A la hora de contabilizar un voto que ha llegado a la Mesa tanto da si se ha emitido un día u otro. Lo importante es que haya llegado antes de concluir la votación. Es por ello por lo que la JEC ha declarado, en relación con los votos por correo certificados con posterioridad al tercer día anterior al de la votación, que los mismos no deben reputarse como nulos (Acuerdo del 17 de mayo de 1995). La legislación anterior se inclinó incomprensiblemente por la solución opuesta. El Real Decreto Ley 20/1977 del 18 de marzo, sobre Normas Electorales, exigía expresamente que la mesa electoral comprobara que el voto por correo se había emitido en tiempo hábil. Esta exigencia no tenía, como hemos indicado, mucho sentido, razón por la cual la LOREG no la ha recogido en su articulado.

³⁵ El que el sobre de votación no esté cerrado no perturba ningún principio electoral. Ni siquiera el del secreto del voto, pues la abertura que queda a la vista es insuficiente para advertir el sentido del voto. Ahora bien, para que a la hora del cómputo el sobre no se singularice respecto de los demás es necesario que el presidente coloque la lengüeta en su interior.

³⁶ El sobre que carece de papeleta en su interior es un voto en blanco y está admitido en nuestro ordenamiento (LOREG, artículo 96.5). Carece de sentido, por ello, comprobar si en el sobre de votación se ha introducido o no una papeleta electoral.

Fuentes consultadas

- Alexander, Kim. 2002. en el “coloquio” recogido en Francesc Pau I Vall coord. *El Parlamento del siglo XXI. VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Madrid: Tecnos y Aelpa.
- Arnaldo Alcubilla, Enrique. 1995. *El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- . 1997. Consideraciones sobre la reforma de la Ley Electoral en materia de voto por correo. En *IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el régimen electoral*, coord. Fernando Sainz Moreno. 1993. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. 1992. Serie B, núm. 107-5 (25 de abril); núm. 107-7 (18 de mayo).
- Cotino Hueso, Lorenzo coord. 2007. *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías*. Granada: Comares.
- Espín Templado, Eduardo. 1977. Desarrollo y resultado de la elección. En *El proceso electoral*. Jorge de Esteban. Madrid: Labor.
- Esteban, Jorge de. 1977. Los conceptos generales. En *El proceso electoral*. Jorge de Esteban et al. Barcelona: Labor.
- Gálvez Muñoz, Luis A. 2001. “El voto por correo: ¿una nueva reforma?”, *Revista de Derecho Político* 52, 2001 (número monográfico sobre “el sistema electoral”).
- . 2007a. “El ejercicio del derecho de sufragio por los militares españoles en el extranjero. Examen crítico del procedimiento especial de votación previsto en la Orden 116/1999”, *Revista de Derecho Político* 70.
- . 2007b. “El régimen de votación del personal de las fuerzas armadas en el exterior”, *Revista Española de Derecho Militar* 90.
- . 2008a. “Trabajo y elecciones. El régimen jurídico de los permisos laborales para ejercer el derecho fundamental de sufragio”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* 137.

- . 2008b. Los permisos laborales para votar. El artículo 13.1 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales. En *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*. Madrid: Cortes Generales.
- . 2009a. “Aproximación al voto electrónico presencial: estado de la cuestión y recomendaciones para su implantación”, *Revista de Teoría y Realidad Constitucional* 23.
- . 2009b. *La confección del voto*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- . 2009c. *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables*, Tirant lo Blanch.
- . 2009d. “El sistema de votación a la luz de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 87.
- . 2010. “El procedimiento de votación del personal embarcado”, *Revista de las Cortes Generales* 79.
- Mackencie, W. J. M. 1962. *Elecciones libres*. Traducción española de F. Condomines Pereña. Madrid: Tecnos (edición original: *Free elections*, 1957).
- Martínez de la Garza, Luis M. 2008. *El voto electrónico por internet, Constitución y riesgos para la democracia*. Madrid: Edisofer.
- Pau i Vall, Francesc. 1998. “Democracia e internet”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* 10.
- Presno Linera, Miguel A. 2003. *El derecho de voto*. Madrid: Tecnos.
- Rose, Richard. 1983. “En torno a las opciones en los sistemas electorales: alternativas políticas y técnicas”, *Revista de Estudios Políticos* 34.
- Ruiz-Navarro Pinar, José L. 1986. Artículo 72. En *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*. dir. Luis M^a Cazorla Prieto. Madrid: Civitas.

- Santolaya Machetti, Pablo. 1997. La crisis del procedimiento electoral español. En *IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el régimen electoral*, coord. Fernando Sainz Moreno, Enero 1993. Madrid: Congreso de los Diputados.
- . 1999. *Manual de procedimiento electoral*, 4ª ed. Madrid: Ministerio del Interior/Secretaría General Técnica.
- Torre Serrano, Andrés. 1989. El voto por correspondencia. *Actualidad Administrativa* 40.

La prohibición del mandato imperativo en el sistema electoral español

The prohibition of mandatory in the Spanish electoral system

María Martín Sánchez*

RESUMEN

En el sistema constitucional español, pese a la prohibición constitucional de mandato imperativo, el protagonismo de los partidos políticos en la representatividad política a través de mecanismos como la “unidad de voto” hace necesaria la determinación de ciertos límites a la potestad de éstos. El Tribunal Constitucional ha intentado establecer dichos límites para delimitar el rol de los partidos en la relación: electores-representados-partidos.

PALABRAS CLAVE: partidos políticos, representación, mandato, límites.

ABSTRACT

In the Spanish constitutional system, despite the constitutional ban on mandatory, the role of political parties in the political representation through such mechanisms as the “united vote” requires the determination of certain limits to their power. The Constitutional Court has attempted to establish such limits to define the role of parties in the relationship: games-represented voters.

KEYWORDS: political parties, representation, mandatory, limits.

* Profesora de Derecho Constitucional. Coordinadora del Doctorado en Derecho Constitucional Latinoamericano (con sede en Centroamérica y El Caribe) y Coordinadora del Curso de Postgrado en Derecho Constitucional para Iberoamericanos (Toledo), de la Universidad de Castilla-La Mancha, España.
- Doctora en Derecho Constitucional, por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España.
- DEES y Experta en Derecho Europeo, por la Universidad de Montesquieu-Bordeaux IV, Francia.
- Licenciada en Derecho y DEA, por la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad-Real y Toledo, España.

Introducción

A lo largo de las siguientes páginas abordaremos una cuestión sin duda controvertida: la prohibición constitucional del mandato imperativo, para cuyo análisis recurriremos a la jurisprudencia constitucional. Trataremos de apuntar algunas cuestiones previas en torno al mandato imperativo y al mandato representativo, necesarias para comprender una cuestión controvertida dentro del ámbito de los derechos electorales y de los partidos políticos como es la prohibición del mandato imperativo en referencia al derecho de permanencia en el cargo, protegido en el artículo 23¹ de la Constitución Española (CE).

De manera preliminar, es preciso apuntar ciertas cuestiones previas de interés para comprender el alcance del significado y efectos de conceptos más complejos como la **unidad de voto de partido** o el denominado **mandato imperativo**. Como es bien sabido, en el sistema electoral español, al igual que en la mayoría de los sistemas electorales democráticos, los candidatos no independientes pertenecen a partidos políticos por cuyas candidaturas son elegidos y así se integran en grupos parlamentarios. De este modo, en el plano electoral surge el juego de tres conceptos diferentes: la disciplina del partido político al que el candidato pertenece, la autonomía de los parlamentarios, y la prohibición del mandato imperativo de los partidos políticos.

Cada partido político es libre de marcar determinadas pautas en el comportamiento y actuación política de sus miembros, en virtud de lo que se denomina **disciplina de partido** o **unidad de voto**. Esto es legítimo y constitucional, ya que con ello se protege el funcionamiento del partido y el cumplimiento de su programa político y sus concretos intereses. La

¹ Artículo 23 CE:

1. “Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

disciplina de partido ocupa, por lo tanto, una posición de especial relevancia en el juego de la representación política, ya que otorga a los partidos ciertas prerrogativas contra su propio candidato en caso de que no la respete, pudiendo incluso expulsarlo del mismo. Los partidos políticos, sin lugar a dudas, ocupan una posición fundamental en el juego de representación política, proclamados constitucionalmente como la vía de expresión del pluralismo político.² Así lo ha expresado el propio Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, expresando que: “dotan de relevancia jurídica (y no sólo política) a la adscripción política de los representantes”. (STC 32/1985 y 119/1990).

Respecto a la cuestión del **mandato imperativo y su prohibición constitucional**, la Constitución Española prohíbe el mandato imperativo de los partidos políticos hacia el candidato electo perteneciente a su grupo, en pro de su autonomía. Esta fue la decisión del Constituyente: “Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo” (artículo 67.2º. CE).

Precisamente en el ordenamiento constitucional español existe una sólida jurisprudencia sobre este tema, sentada por el Tribunal Constitucional español (TC) en sus célebres casos Elecciones Locales I y II, con el que el Alto Tribunal delimitó el poder de los partidos políticos y dotó de contenido la denominada “prohibición de mandato imperativo”.

La problemática se suscita, en consecuencia, cuando los partidos, en ejercicio de la denominada disciplina de partidos, deciden expulsar a quien ya ostenta un cargo o representación política. En estos casos, ¿es constitucionalmente legítimo apartar a un representante de su cargo por romper con la disciplina de su partido político, justo a través del cual accedió al cargo?, ¿cómo definir los límites? Esto es lo que hizo el Tribunal Constitucional en las sentencias que a continuación se estudian.

² Artículo 6 CE: “Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

La prohibición constitucional de mandato imperativo

En respuesta a las cuestiones planteadas anteriormente, para entender dónde se encuentran realmente los límites constitucionales en el juego de la representación política (electores-candidatos-partidos) y cuál es el poder real de los partidos en el mismo, recurriremos, como apuntamos, a la jurisprudencia constitucional. Nos centraremos en la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en torno a esta cuestión, originada respecto a la entonces vigente Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales, en concreto, por lo que establecía en su artículo 11.7:

Tratándose de listas que representen a partidos políticos, federaciones, o coaliciones de partidos, si alguno de los candidatos electos dejare de pertenecer al partido que le presentó, cesará en su cargo y la vacante será atribuida en la forma establecida en el número anterior. El que así accediere ocupará el puesto por el tiempo que restare de mandato.

A propósito de este caso, el Tribunal Constitucional pronunció dos importantes sentencias, el denominado caso de Elecciones Locales, STC 5/1983, de 4 de febrero, completada con su STC 10/1983, de 21 de febrero, cuya jurisprudencia fue reiterada posteriormente en otras como: STC 16/1983, de 10 de marzo; STC 20/1983, de 15 de marzo; STC 28/1983, de 21 de abril; entre otras. En ellas, definió el derecho de permanencia en el cargo y la prohibición de mandato imperativo y dio un amplio adoctrinamiento sobre la interpretación de la protección del artículo 23 de la Constitución Española en relación con el juego de los partidos políticos en las elecciones locales.

Así, de la primera de las sentencias, STC 5/1983, de 4 de febrero, se extrae importante doctrina constitucional que puede resumirse en los siguientes aspectos:

Sobre el derecho a acceder a los cargos públicos

En primer lugar, el Tribunal Constitucional determinó que “el derecho a acceder a los cargos públicos comprende también el derecho a permanecer en los mismos, porque de otro modo el derecho fundamental quedaría vacío de contenido”. Es decir, no tendría sentido el artículo 23.2º CE: “derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos”, si no se garantizase también su derecho a permanecer en el cargo. Es más, quedaría vacío de contenido este precepto si no se protegiese del mismo modo, esto es, en condiciones de igualdad, la permanencia en su cargo a quienes han accedido a él a través de los procedimientos legalmente previstos.

Sobre el derecho a participar en los asuntos públicos

En segundo lugar, el Tribunal Constitucional analiza el artículo 23, apartado 1º CE, afirmando que consagra “el derecho de los ciudadanos” a participar en los asuntos públicos a través de “representantes” libremente “elegidos” en “elecciones periódicas”, lo cual, determina el Tribunal Constitucional:

evidencia que los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos —y no de ninguna organización como el partido político—, y que la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores, que la expresan a través de elecciones periódicas como es propio de un Estado Democrático de Derecho, y no de la voluntad del partido político.

Aquí, el Tribunal Constitucional deja muy claro que nos encontramos ante el derecho de participación política —activa en este caso— y sus titulares no son sino los ciudadanos. Ellos son quienes “libremente” eligen a sus representantes y, por lo tanto, éstos están haciendo efectivo un derecho que no pertenece a los partidos políticos, sino a aquellos que han votado por ellos: a los ciudadanos. Esta es la principal razón por la que se

prohíbe el mandato imperativo, para que la permanencia o no en su cargo de los representantes dependa de la voluntad de los electores, en virtud de su derecho de participación política —sin perjuicio de las incompatibilidades reguladas por ley, de cese en el cargo público o de las eventuales ocasiones de cese voluntario del elegido—.

Además, existe un argumento adicional en la doctrina extraída de la jurisprudencia constitucional acerca de la permanencia en el cargo, relacionado con el principio de igualdad. Este argumento gira en torno a la lesión que produciría el precitado precepto impugnado, en caso de aplicarse, sobre el principio de igualdad en la permanencia de cargos públicos (artículo 11.7 de la Ley 39/1978 de Elecciones Locales). Esta situación de desigualdad se produciría al otorgar a los concejales procedentes de listas presentadas por el partido al cual pertenecen un tratamiento diferente del que se da a los independientes o a los que provienen de listas presentadas por agrupaciones de electores. Sólo serían apartados de su cargo los concejales militantes procedentes de listas presentadas por partidos, mientras que el resto permanecería en su cargo.

Sobre los partidos políticos y su función constitucional

A continuación, el Tribunal Constitucional se refiere a los partidos políticos. La Constitución Española, en su artículo 6³ —Título Preliminar—, establece que los partidos políticos: “expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política”. Por ello, el TC reconoce que ejercen “funciones de trascendental importancia en el Estado actual”, sin perjuicio de lo cual añade “que el derecho de participar corresponde a los ciudadanos, y no a los partidos, que los representantes elegidos lo son de los ciudadanos y no de los partidos, y que la permanencia en el cargo no

³ Véase artículo 6 CE.

puede depender de la voluntad de los partidos, sino de la expresada por los electores a través del sufragio expresado en elecciones periódicas”.⁴

Con estas manifestaciones, el Tribunal Constitucional deja muy clara su posición al respecto. Parte del reconocimiento de la importante función de los partidos políticos en la actualidad, pero argumenta que ese no es motivo para otorgarles un derecho que no les corresponde: el derecho de participación política, recalcando una vez más que es un derecho de los ciudadanos.

De este modo, los elegidos representan —argumenta el TC— a los electores, y no a las agrupaciones políticas de las que forman parte. Este punto es de gran importancia, ya que no es lo mismo representar los intereses del partido político al que se pertenece que los intereses de quienes han votado confiando sus expectativas en el representante. Si se representaran los intereses del partido político, difícilmente podría prohibirse el mandato imperativo, ya que por encima de la libertad del representante estarían los intereses del partido al que pertenece, y si no, no tendría sentido el juego político. Si, por el contrario, se considera que los intereses representados son los de los electores, el representante debería su fidelidad a ellos, y por lo tanto deberían primar por encima de las conveniencias partidistas. En este caso sí tendría pleno sentido la prohibición del mandato imperativo, ya que el representante se debe a quienes le han elegido y no al mandato de su partido.

Por último, el Tribunal Constitucional, como consecuencia de lo anterior, mantiene una tercera premisa: “la permanencia en el cargo no puede depender de la voluntad de los partidos, sino de la voluntad de los electores, expresada por sufragio en elecciones periódicas”. Efectivamente, en principio los electores serán los únicos de quienes dependa la permanencia en el cargo de un representante y lo harán a través de su votación en elecciones periódicas. Sin embargo, esto no es tan efectivo y real en la práctica. En realidad es cierto que el representante perteneciente a un partido

⁴ F.J. 4º. STC 5/1983, de 4 de febrero.

político de cuya disciplina se ha apartado no puede ser removido de su cargo por el partido, sino que permanecerá en él. Sin embargo, es bien sabido que el partido político que lo incluyó en su candidatura podrá tomar represalias contra él, tales como sanciones e incluso la expulsión de su grupo, y esto no vulnera en modo alguno la prohibición de mandato imperativo.

Tal y como explica el doctor Eduardo Espín:⁵ “La libertad de los parlamentarios incluye su voluntario sometimiento a la disciplina partidaria o su apartamiento de la misma”. Por lo general, su apartamiento de esta disciplina origina su expulsión, permaneciendo el representante en su cargo, pero fuera de su grupo político y, por supuesto, con la casi total imposibilidad de incorporarse de nuevo a su candidatura en las nuevas elecciones y con grandes dificultades para incluirse en la candidatura de otros grupos parlamentarios, por la desconfianza popular que podría ocasionar. Es decir, que es realmente difícil que el electorado vote por su permanencia en las próximas elecciones, al encontrarse excluido de candidatura.

Sobre la permanencia en el cargo público

Una vez aclarados todos los extremos en cuanto a la permanencia en el cargo y la prohibición del mandato imperativo, el Tribunal Constitucional hace un análisis en su sentencia del artículo 11.7º de la antigua Ley de Elecciones Locales y su posible incompatibilidad con el artículo 23.2º de la Constitución Española. Recordemos que este precepto establecía el cese del concejal electo en su cargo, tratándose de candidatos pertenecientes a listas de partidos.

Este precepto planteó dos cuestiones:

La cuestión de si la expulsión de un partido político puede producir el cese en el cargo público —de concejal— o si tal causa de remoción es contraria

⁵ Doctor Eduardo Espín Templado, magistrado del Tribunal Supremo Español y catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha. Sobre el mandato imperativo y la democracia. Espín 1994, 24 y ss.

a algún derecho fundamental o libertad pública susceptible de amparo —en concreto, refiriéndose al artículo 23.2º CE—.

Y la cuestión de si prever una causa específica de cese para unos miembros de la corporación se ajusta o no a las condiciones de igualdad en la permanencia del cargo público.

En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal Constitucional resolvió tajantemente al afirmar que efectivamente, a través de la expulsión de algunos de sus miembros, los partidos políticos adquieren la posibilidad de crear por su propia voluntad el presupuesto de hecho que da lugar a la cesación en cargo público del expulsado, y ello choca frontalmente con el derecho a permanecer en el cargo, constitucionalmente protegido en el artículo 23.2º CE y susceptible de recurso de amparo. Por lo tanto, la cuestión no alberga la menor duda.

En cuanto a la segunda cuestión, el Tribunal Constitucional, continuando en la línea de la anterior, afirmó que el mencionado artículo 11.7º de la antigua Ley de Elecciones Locales establece una desigualdad en la permanencia del cargo, en cuanto a los candidatos que figuran en las listas presentadas por el partido, según sean éstos independientes o no, teniendo en cuenta además que esta es una circunstancia que puede ser conocida o desconocida por el electorado. Esto es importante, atendiendo a que dicho precepto prevé que la expulsión del partido provoca el cese en el cargo de concejal, algo que no ocurre en quienes acceden al cargo como independientes.

Además, el Tribunal Constitucional añadió que esta “desigualdad” es contraria a derechos fundamentales reconocidos en nuestro texto constitucional, y por ello declaró que dicho precepto debe entenderse derogado en tal extremo por ser incompatible con el artículo 23.2º CE. Concluyó que el artículo 11.7º de la antigua Ley de Elecciones Locales ha de interpretarse en el sentido de que el supuesto de expulsión de un partido no puede provocar el cese en el cargo de concejal.

Así las cosas, teniendo en cuenta todos los argumentos extraídos de este pronunciamiento, concluimos que la sentencia 5/1983, de 4 de febrero,

pronunciada por el Alto Tribunal ha sido fundamental tanto en la interpretación del alcance y contenido del derecho fundamental a acceder a los cargos públicos —artículo 23.2° CE— como para definir el derecho a permanecer en ellos, sentando jurisprudencialmente, al mismo tiempo, la prohibición del mandato imperativo.

Semanas más tarde, el Tribunal Constitucional volvió sobre el mismo tema en una sentencia en la que de alguna forma se completa el pronunciamiento anterior, denominada coloquialmente caso Elecciones Locales II. Se trata de la STC 10/1983, de 21 de febrero. En ella, el Tribunal Constitucional se reitera en la doctrina que sentó en su STC 5/1983. De ella, destacamos dos aspectos.

En primer lugar, el Tribunal aprovechó este pronunciamiento para añadir un nuevo argumento a la prohibición del mandato imperativo, basada en el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. El Tribunal entendió que cuando los partidos políticos alteran la relación de representatividad entre electores y candidatos, por apartar a un candidato de su cargo, no sólo se vulnera el derecho de éste a su permanencia en el cargo sino el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos. Tal como explica literalmente el Alto Tribunal:

la voluntad del representante es la voluntad de los representados en razón a la cuál son imputados a éstos en su conjunto [...], de forma que el desconocimiento o la ruptura de esa relación de imputación destruye la naturaleza misma de la institución representativa y vulnera, en consecuencia, un derecho fundamental de todos y cada uno de los sujetos que son parte de ella.⁶

El segundo de los aspectos a destacar está relacionado con la permanencia en el cargo. En esta ocasión, el Alto Tribunal recurrió a un nuevo ar-

⁶ F.J.2°. de la STC 10/1983, de 21 de febrero.

gumento en su defensa del derecho a permanecer en el cargo, arguyendo que, de acuerdo con la Constitución:

la elección de los ciudadanos sólo puede recaer sobre personas determinadas, y no sobre los partidos o asociaciones que los proponen al electorado.

A lo que el Tribunal añadió que:

no está votando al partido, coalición o agrupación que propone a los candidatos, sino que está eligiendo a las personas concretas que componen esa lista, y sin que determinadas previsiones legales existentes a nivel electoral para determinados sucesos (sustitución de vacantes por el suplente en la lista respectiva, por ejemplo) pueda alterar esta construcción ideal, pues se trataría de una circunstancia técnica derivada del sistema proporcional que no permite elecciones parciales.⁷

A este respecto, es preciso apuntar que toda la doctrina vertida por el Tribunal Constitucional, si bien está referida a las elecciones locales por extraerse de un caso llevado ante el Alto Tribunal en materia electoral local, es plenamente aplicable a otros ámbitos en que se celebren elecciones, con las dificultades o controversias que pueda plantear su aplicación.

En principio puede parecer que quizá es más controvertido aplicar esta doctrina al ámbito de las elecciones generales estatales. En ámbito nacional, donde parece tener más importancia el juego político de partidos que los diputados individualmente considerados, y donde hay una gran distancia entre el electorado y sus representantes, de quienes por lo general no conocen ni el nombre, cuando uno de ellos se separa de la doctrina de su

⁷ F.J.3º. STC 10/1983, de 21 de febrero.

partido quizá sería más polémico determinar si el elector votó como representante al diputado como persona o a una fuerza política en general. Sin embargo, fuera como fuese, prevalece el derecho de permanencia del representante —el diputado— en todo caso.

Distinta sería la consideración respecto al caso de las elecciones locales. Se trata de ámbitos pequeños, circunscritos a localidades donde parece cobrar pleno sentido el derecho de permanencia. Suele existir una relación de cercanía entre el electorado y los elegidos; los electores, generalmente, votan por personas que en la mayoría de los casos conocen, en quienes confían sus intereses, más que a grupos políticos.

Sin embargo, se plantea un serio problema en este tipo de elecciones —locales—. Ocurre que en las corporaciones locales pequeñas, en las que el gobierno mantiene una mayoría de pocos miembros, si uno de ellos se aparta de la disciplina política se pueden romper las mayorías, e incluso el gobierno.

Ahora bien, a pesar de que el Tribunal Constitucional, a través de estos dos pronunciamientos, había definido de manera clara los límites y el contenido de la prohibición del mandato imperativo respecto a la relación representativa de los partidos políticos, encontramos diversos pronunciamientos posteriores en los que parece cambiar algunos de sus contenidos doctrinales. Un buen ejemplo de este giro jurisprudencial lo constituye la STC 31/1993, de 26 de enero, en la que se planteaba la adecuación al artículo 196 de la LOREG⁸ (que regula el supuesto de la elección de alcalde), de la designación como alcalde al cabeza de lista, con quien se había concurrido a las elecciones, cuando el mismo hubiere abandonado dicho partido para pasar al grupo mixto. Se planteaba, pues, si podría ser designado alcalde desde tal grupo mixto. En esta ocasión, el Tribunal Constitucional cambia su interpretación concediendo el protagonismo a los partidos políticos en lugar de a los representantes individualmente considerados, tal como habría hecho en sus pronunciamientos anteriores. Ciertamente, se

⁸ LOREG: Ley Orgánica de Régimen Electoral General.

trata de un caso particular pues la cuestión gira en torno a la designación de alcalde y no respecto al cargo de concejales, sin embargo, no deja de ser sorprendente el cambio de tesis del Tribunal. Mientras en las sentencias anteriores trató de restar protagonismo, que en ocasiones podría parecer excesivo, a los partidos políticos, en este pronunciamiento vuelve a situar el protagonismo en éstos. Sin embargo, pese a este giro de la jurisprudencia posterior del Tribunal, se deduce que no se tradujo en un cambio sustancial en la naturaleza de la relación representativa, definida en los primeros pronunciamientos (STC 5/1983 y 10/1983).

A modo de reflexión

En fin, no cabe duda de que en un Estado social y democrático de derecho debe respetarse el derecho a la permanencia en el cargo y, por ende, prohibirse el mandato imperativo, aunque no puede hacernos obviar la existencia de los problemas que pueden surgir y aún están en el aire. El Tribunal Constitucional ha intentado dar respuesta a estas cuestiones, pero a pesar de sus diversos intentos, si bien ha definido ciertos aspectos respecto a la relación representativa, no se han definido unos parámetros claros en la aplicación de la misma.

En la actualidad, el Estado constitucional social y democrático de derecho nos da ciertas pautas, completadas a su vez por el Alto Tribunal.

La prohibición de mandato imperativo es una exigencia constitucional propia del Estado constitucional, concebida la representación política como medio de legitimación del poder. En virtud de esta relación de representatividad el texto constitucional sitúa a los partidos políticos como auténticos protagonistas, concibiéndolos como piezas clave para alcanzar el auténtico pluralismo político.

Este protagonismo, si bien ha intentado ser contrarrestado mediante la prohibición constitucional de mandato imperativo a los partidos, se ha visto fortalecido por otros factores tales como la disciplina interna de partidos, constitucionalmente admitida, que en ocasiones ha concedido a los

partidos una posición tal que se habla incluso de “Estado de partidos”. Así lo hemos podido comprobar a través de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Si bien en un principio encontramos célebres pronunciamientos a través de los que se ha querido definir la relación representativa delimitando el poder de los partidos políticos y concediendo el protagonismo a los representantes políticos elegidos democráticamente, aparecen pronunciamientos posteriores en los que se invierte esta tesis y se devuelve el protagonismo a los partidos, a los que se permite decidir sobre el destino de dichos representantes.

Quizá parezca excesivo hablar de “Estado de partidos”, pero entre las voces más críticas hay quienes incluso se atreven a hablar de “traición a la clase política del electorado” arguyendo que la representación proporcional del sistema electoral español se basa en “el mandato imperativo de los jefes de partido”.⁹ Consecuentemente, si esto fuera así todas las leyes emanadas del Congreso serían nulas por vulnerar la prohibición constitucional. Probablemente no hay que ir tal lejos, pero sería preciso hacer una reflexión crítica respecto a la actuación de los partidos y a la salud de la representatividad política.

⁹ Comentario de A. González-Trevijano, político español y profesor en la Universidad de Granada, en: *Diario*, 6 de marzo de 2007, en: <http://antoniogarciatrevijano.com/2007/03/06/mandato-imperativo/>. Véase también: diario *El Mundo*, del lunes 21 de febrero de 1994.

Fuentes consultadas

- Aguilera Portales, R.E. 2008. *Hacia una democracia de mínimos: del mandato imperativo al mandato representativo, Teoría política y jurídica contemporánea (Problemas actuales)*. México: Porrúa.
- Blanco Valdés, R.L. 1996. "La democracia y el poder de los partidos". *Claves de la Razón Práctica* 63 (junio) 24-33.
- Constitución Española, de 6 de diciembre de 1978.
- Espín Templado, E. 1994. *Lecciones de Derecho Político*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Flores Jiménez, F. 2000. La posición constitucional de los partidos políticos ya no es lo que era. En *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*. coords. Espín Templado, E. y F.J. Díaz Revorio. Valencia: Tirant lo Blanch/Cortes de Castilla-La Mancha.
- LOREG. LO 5/1985, de 19 de junio. Régimen Electoral General.
- . LO 2/1988, de 3 de enero, reguladora de la publicidad electoral en las emisiones privadas. España: Régimen Electoral General.
- . LO 13/1994, de 30 de marzo. España: Régimen Electoral General.
- . LO 3/1995, de 23 de marzo. España: Régimen Electoral General.
- . LO 10/1995, de 23 de noviembre. España: Régimen Electoral General.
- . LO 1/1997, de 30 de mayo. España: Régimen Electoral General.
- . LO 8/1999, de 21 de abril. España: Régimen Electoral General.
- . LO 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos. España: Régimen Electoral General.
- . LO 1/2003, de 10 de marzo. España: Régimen Electoral General.
- Navarro Menéndez, I. 2000. La aportación de la justicia constitucional a la definición del modelo de partido en España. En *La Justicia Constitucional en el Estado Democrático*, Coord. Espín Templado, E. y F.J. Díaz Revorio. Valencia: Tirant lo Blanch/Cortes de Castilla-La Mancha.

Pérez Royo, J. 2005. *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Sentencia. STC 5/1983, de 4 de febrero, *sobre destitución de concejales y permanencia en el cargo*. España: Tribunal Constitucional Español.

—. STC 10/1983, de 21 de febrero, *sobre permanencia en el cargo*. España: Tribunal Constitucional Español.

—. STC 31/1993, de 26 de enero, *sobre la cabecera de lista en elecciones locales*. España: Tribunal Constitucional Español.

—. STC 32/1985 y 119 / 1990, de 21 de junio.

Visitaduría Judicial Electoral

Electoral Judicial Inspectorate

Rafael Elizondo Gasperín*

RESUMEN

El trabajo presenta una revisión de los aspectos legales y legítimos que implican para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación contar con la Visitaduría Judicial. En el documento se puede concluir que a través de una supervisión y vigilancia de las Salas Regionales, se maximizará el derecho de los gobernados al acceso de la justicia pronta, completa, imparcial y eficiente, y se podrá obtener elementos objetivos que permitan evaluar el desempeño de los servidores públicos y sirvan de referente en la carrera judicial.

PALABRAS CLAVE: visitaduría judicial, visitas, salas regionales, reforma constitucional y legal.

ABSTRACT

The work presents a review about legal and legitimate aspects, which are involved in the Electoral Judicial Inspection performed by the Electoral Tribunal of the Federal Judiciary. This paper concludes that throughout the inspection and surveillance to its Regional Chambers, will be maximized the right of the people to access to a fast, complete, impartial and efficient justice, and also to get some elements that allow the evaluation of the public employees's performance and at the same time, to have a reference to the judiciary career.

KEYWORDS: judicial inspections, inspections, regional chambers, constitutional and legal reform.

* Subsecretario General de Acuerdos del TEPJF.

Vigilancia y supervisión en el Poder Judicial de la Federación

La vigilancia y supervisión del funcionamiento de los órganos jurisdiccionales fue establecida desde la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de 1917, y encomendada al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Conforme al texto original del artículo 97, párrafo tercero, de nuestra Carta Magna, la vigilancia y supervisión, únicamente estaba prevista para los Tribunales de circuito y juzgados de distrito, así como de los servidores públicos que los integraban, a través de visitas periódicas que debían realizar los ministros de la SCJN (Tena, 858).¹

La reglamentación de la disposición constitucional aludida estuvo contenida en el artículo 12, fracción XIII de la entonces vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en la cual se dispuso que la administración y gobierno de los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito se encontraba dividida entre los ministros de la Suprema Corte, que debían practicar visitas periódicas para inspeccionar su funcionamiento, vigilar la conducta de los magistrados y jueces, y recibir las quejas presentados contra los mismos.²

En este contexto, la SCJN, antes de la reforma constitucional de 1994, además de su función primordial de impartir justicia, debía encargarse del adecuado funcionamiento de todo el Poder Judicial de la Federación (PJF), lo cual implicaba atender, entre otras, las cuestiones relacionadas con el nombramiento, adscripción, promoción y remoción de jueces y ma-

¹ “Artículo 97...

Los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito serán distribuidos entre los Ministros de la Suprema Corte, para que éstos los visiten periódicamente, vigilen la conducta de los magistrados y Jueces que los desempeñen, reciban las quejas que existieren en contra de ellos y ejerzan las demás atribuciones que marca la ley...”

² Fue hasta el 1 de enero de 1966, que se expidió el instrumento normativo interno que amplió y detalló la previsión constitucional y legal sobre la función de vigilancia y supervisión por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, previendo la práctica de visitas ordinarias y extraordinarias, es decir, el Reglamento de Visitas de los Tribunales Federales.

gistrados, delimitación territorial de los Circuitos y Distritos Judiciales, la determinación del número de órganos y materias, la formulación y administración del presupuesto, así como de la vigilancia y supervisión de dichos órganos. “Esta Facultad se encuentra en la lógica de la jerarquía Judicial. Si los superiores revisan las determinaciones Jurisdiccionales, resulta congruente que también puedan hacerlo respecto del funcionamiento administrativo y de la conducta de los titulares de los órganos” (Melgar 1998, 199).

Lo anterior, sin duda, implicaba una fuerte carga administrativa para nuestro máximo tribunal, que hacía inminente una reforma que propusiera liberarlo de dicha carga, a fin de que pudiera concentrar todos sus recursos humanos y materiales en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales, es decir, a la impartición de justicia. Esa preocupación se hizo latente con las nuevas atribuciones que se pensaba conferirle, concretamente, el conocimiento de las controversias constitucionales³ y acciones de inconstitucionalidad.

En ese orden de ideas, con la reforma constitucional de 1994,⁴ entre otros aspectos, se materializaron las nuevas competencias de la SCJN y se estableció, específicamente, en el artículo 100, párrafo primero de la Constitución,⁵ que el Consejo de la Judicatura Federal sería el órgano encargado de la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial del

³ Si bien la Suprema Corte de Justicia ya conocía de las controversias constitucionales, con motivo de la reforma de 1994, la procedencia de éstas fue ampliada.

⁴ El decreto por el cual se hizo la reforma constitucional en comento, fue aprobado el 30 de diciembre de 1994, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* al día siguiente y entró en vigor el 1 de enero de 1995.

⁵ El artículo 100 de la Constitución fue reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 11 de junio de 1999, pasando el párrafo primero de dicho precepto a ser el segundo del artículo 94, estableciéndose en su lugar que “El Consejo de la Judicatura Federal será órgano del Poder Judicial de la Federación con independencia técnica, de gestión y para emitir resoluciones”. Asimismo, se determinó en el párrafo subsecuente del artículo 100, que dicho Consejo estaría integrado por siete miembros, el presidente de la Suprema Corte de Justicia, que también lo preside; tres consejeros designados por el Pleno de la Corte, por mayoría de cuando menos ocho votos, de entre magistrados de Circuito y jueces de Distrito; dos consejeros designados por el senado, y uno por el Presidente de la República.

Poder Judicial de la Federación, excepción hecha de la Suprema Corte de Justicia.

Con motivo de la reforma constitucional de 1994, surgió la necesidad de emitir una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de febrero de 1995 y entró en vigor el 26 de mayo del mismo año. En este nuevo ordenamiento se contempló dentro del Capítulo II del Título Sexto, la sección 4ª, que va de los artículos 98 a 102, lo relativo a la *Visitaduría Judicial* —órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal— a la que se dotó de competencia para inspeccionar el funcionamiento de los Tribunales de Circuito y de los Juzgados de Distrito, así como supervisar las conductas de los integrantes de dichos órganos.

Respecto a la función de inspección que tiene la Visitaduría, Mario Melgar Adalid (1998, 201) comenta que:

La vigilancia de los órganos jurisdiccionales debe concebirse no sólo en su elemento de inspección, lo cual indica una actitud represiva, sino como un acto cuyo último propósito es incorporar elementos de perfeccionamiento de la organización y actividades que se inspeccionan.

Si la tarea central de los visitadores es inspeccionar el funcionamiento de los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, así como las conductas de los integrantes, se entiende que la inspección no presupone el análisis, aprobación, censura, crítica, sugerencias o correctivos sobre el modo en que se ejerce la función jurisdiccional propiamente dicha. No tienen facultades para censurar o aprobar el modo en que Jueces o Magistrados interpretan y aplican las leyes al administrar justicia.

La inspección y vigilancia que se encomendó a la Visitaduría Judicial, es ejercida mediante visitas ordinarias y extraordinarias practicadas por visita-

dores, que tienen el carácter de representantes del Consejo de la Judicatura Federal y son elegidos por éste mediante concursos de oposición.⁶

Los visitadores deben inspeccionar los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito al menos dos veces al año, sin poder inspeccionar al mismo órgano por más de dos años. Previo a la visita, deben informar al titular del órgano a visitar ese hecho, a fin de que se fije, al menos con 15 días de anticipación a la visita, el aviso correspondiente en los estrados del mismo, a efecto de que las personas interesadas puedan acudir a la visita y manifestar sus quejas o denuncias.

Entre las funciones asignadas a los visitadores en la práctica de visitas ordinarias, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación destaca las siguientes:

- Pedir las listas del personal para comprobar su asistencia.
- Verificar que los valores (documentos) estén debidamente guardados, ya sea en la caja de seguridad del órgano visitado o en alguna institución de crédito.
- Comprobar si se encuentran debidamente asegurados los instrumentos y objetos de delito, especialmente las drogas decomisadas.
- Revisar los libros de gobierno a fin de determinar si se encuentran en orden y contienen los datos requeridos.
- Hacer constar el número de asuntos penales y civiles, y de juicios de amparo que hayan ingresado al órgano visitado durante el tiem-

⁶ El 7 de septiembre de 1995, el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal designó al primer visitador general y mediante el Acuerdo General 1/1996, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 11 de enero de 1996, estableció las bases para el concurso de oposición interno de magistrados de Circuito y jueces de Distrito, para ocupar el cargo de visitadores judiciales. De dicho concurso de oposición fueron nombrados cuatro visitadores judiciales, 3 magistrados y 1 juez de Distrito, quienes iniciaron la práctica de visitas ordinarias de inspección a los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito del país.

Actualmente, atendiendo al Acuerdo General 7/2008, del Consejo de la Judicatura Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 13 de marzo de 2008, existe un visitador general y visitadores A y B.

po que comprenda la visita, y determinar si los procesados que disfrutan de libertad caucional han cumplido con la obligación de presentarse en los plazos fijados, y si en algún proceso en suspenso transcurrió el término de prescripción de la acción penal.

- Examinar los expedientes formados con motivo de las causas penales y civiles que se estime conveniente a fin de verificar que se lleven con arreglo a la ley; si las resoluciones y acuerdos han sido dictados y cumplidos oportunamente; si las notificaciones y diligencias se efectuaron en los plazos legales; si los exhortos y despachos han sido diligenciados y si se han observado los términos constitucionales y demás garantías que la CPEUM otorga a los procesados.
- Cuando adviertan que en un proceso se venció el término para dictar sentencia, recomendar que ésta se pronuncie a la brevedad posible.
- En cada uno de los expedientes revisados, poner la constancia respectiva.
- Revisar los expedientes relativos a los juicios de amparo. En estos casos se comprueba si las audiencias incidentales y de fondo se fijaron y desahogaron dentro de los términos legales, indicándose, en su caso, la corrección necesaria para que las suspensiones provisionales y definitivas no se prolonguen por más tiempo del señalado en la ley, y verificar si las sentencias, interlocutorias y definitivas se pronunciaron oportunamente.
- Levantar acta circunstanciada de la visita, haciendo constar el desarrollo de la misma, las quejas o denuncias presentadas en contra de los titulares y demás servidores del órgano de que se trate, las manifestaciones que respecto de la visita o del contenido del acta quisieran realizar los propios titulares o servidores del órgano, y la firma del juez o magistrado que corresponda y la del visitador.

- Entregar al titular del órgano visitado y al secretario ejecutivo de disciplina el acta levantada, a fin de que determine lo que corresponda y, en caso de responsabilidad, dar vista al Consejo de la Judicatura Federal para que proceda en los términos previstos en esta ley.

Si bien la Ley Orgánica citada esbozó los requisitos, reglas y procedimiento para la realización de las visitas, también lo es que dicha regulación fue muy genérica, lo que originó la falta de uniformidad en la implementación de las mismas.

Ante esa situación y en aras de la unificación y claridad en los procedimientos, el Consejo de la Judicatura Federal, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales,⁷ ha emitido diversos acuerdos generales a fin de establecer reglas específicas respecto a la forma y términos en que han de llevarse a cabo las visitas, así como sobre la integración y funcionamiento de la Visitaduría Judicial.⁸

Vigilancia y supervisión en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

La función del TEPJF de impartir justicia en la materia electoral, siempre ha observado los principios de legalidad, honradez e imparcialidad que rigen la carrera judicial (Melgar 1997, 18),⁹ bajo los estándares de excelencia, objetividad y profesionalismo.

⁷ Concretamente en los artículos 94, párrafo segundo y 100, párrafos primero y octavo de la Constitución, así como 68 y 81, fracciones II y XVIII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

⁸ Actualmente, además de lo previsto en Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la organización y funcionamiento de la Visitaduría Judicial está regulada en el Acuerdo General 7/2008.

⁹ Sobre la carrera judicial, Mario Melgar Adalid nos señala que el objeto central de ésta es. "...la adecuada selección, permanencia, promoción y estabilidad e independencia. Los sistemas de selección deben proporcionar credibilidad y certeza, y favorecer que los mejores hombres, los más preparados, probos y capaces, accedan a la elevada tarea de juzgado." (Álvarez 2001, 97).

Sin embargo, esa función se amplió con motivo de la última reforma constitucional y legal en materia electoral, la cual estableció cambios trascendentes para el Tribunal Electoral, de los que resaltan, entre otros, los concernientes a sus Salas Regionales, cuyos aspectos más significativos, desde nuestra perspectiva, son los siguientes:

- La permanencia de la función jurisdiccional de las Salas Regionales que implicó, fundamentalmente, una redistribución de la competencia entre éstas y la Sala Superior, colmando una laguna dentro del sistema de justicia electoral federal mexicano, pues descentraliza la impartición de la misma, maximiza el aprovechamiento de los recursos asignados y facilita la inmediatez y acceso a la justicia.
- El acotamiento de la posibilidad de anular elecciones sólo por causas expresamente previstas en la ley, atendiendo de esta manera la preocupación de los límites interpretativos de la autoridad jurisdiccional electoral federal, adición que se implementó preservando los principios rectores de la materia.
- Se apuntaló la efectividad y operatividad del sistema de impartición de justicia al prever con mayor claridad el uso de los medios de apremio necesarios para el cumplimiento expedito de las sentencias y resoluciones emitidas por el TEPJF, lo que, acorde con los principios de obligatoriedad y orden público, no se reduce a la solución de las controversias, sino que trasciende o permea a la plena ejecución de las determinaciones que dicten los Tribunales para el debido cumplimiento de sus atribuciones dentro de un Estado de Derecho.
- El establecimiento de la facultad para resolver la no aplicación de leyes electorales contrarias a la norma fundamental, con efectos limitados al caso particular, lo que implicó un gran complemento para el efectivo control constitucional de leyes en la materia, que armonizó el sistema abstracto y concreto, haciendo coexistentes los efectos *erga omnes* e *inter partes*.

- Haber instituido la facultad de atracción y delegación de competencias, herramienta que ya tiene como objetivo facilitar, de manera objetiva y funcional, la distribución de las cargas de trabajo del Tribunal Electoral.
- La renovación escalonada de los magistrados electorales, la duración en su encargo y la excepción en el caso de vacante definitiva, cuya implementación va dirigida a proporcionar certidumbre a los justiciables al dotar de continuidad a los criterios de interpretación adoptados por quienes imparten y administran justicia, sin coartar la posibilidad de adecuarlos a las circunstancias sociales derivadas de los casos controvertidos sujetos a su competencia.
- La inclusión del personal jurídico del TEPJF a la carrera judicial, que trae como beneficio que se contemple la posibilidad de contar con personal altamente capacitado, surgiendo la oportunidad de que, entre otros servidores públicos del Tribunal electoral, los magistrados regionales se pudieren incorporar al nivel de magistrados de Circuito, mediante concursos de oposición, observando los procedimientos de ascenso que para tal fin establezca el Consejo de la Judicatura Federal.

Las reformas constitucionales y legales implementadas robustecieron la independencia institucional del Tribunal electoral y, en particular, de sus Salas Regionales como órganos jurisdiccionales federales decisivos en la consolidación de la democracia del país.

En razón del impacto que la reforma constitucional y legal tuvo en la competencia de las Salas Regionales, que ahora es permanente, surgió la necesidad de contar con instrumentos o mecanismos que permitieran vigilar el desempeño de las mismas y supervisar el actuar de los servidores públicos que las integran, en forma análoga a lo implementado por el Consejo de la Judicatura Federal respecto de Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito.

Esa vigilancia y supervisión de las Salas Regionales busca garantizar el derecho constitucional a una impartición de justicia pronta, completa e imparcial, que en materia electoral, dada la naturaleza excepcional de la misma, debe siempre tener presente la existencia de plazos muy breves en las distintas etapas que conforman los procesos electorales federal y locales, a fin de hacer materialmente posible la salvaguarda de los derechos cuya protección se solicita.

Con la implementación de dichos mecanismos de vigilancia y supervisión podrán obtenerse elementos que permitan no sólo identificar las deficiencias en el funcionamiento de las Salas Regionales, sino también destacar aquellas acciones que han tenido un impacto positivo en el ámbito jurisdiccional y administrativo de dichos órganos, las cuales pueden ser tomadas en cuenta a fin de unificar y garantizar que redunden en un mejor funcionamiento de todo el TEPJF.

Asimismo, la práctica de la supervisión y vigilancia de las Salas Regionales, permitirá que se esté en aptitud de proporcionar al Consejo de la Judicatura Federal elementos objetivos para hacer posible evaluar el desempeño de la función jurisdiccional de los servidores públicos que integran las Salas Regionales y que participen en las convocatorias para aspirar a los distintos cargos dentro del PJJ, entre ellos, los de juez de Distrito y magistrados de Circuito.¹⁰

En ese tenor es que la Comisión de Administración, como órgano constitucional y legalmente encargado de la administración, vigilancia, disciplina

¹⁰ El artículo 121 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación considera los resultados obtenidos en las visitas de inspección como unos de los elementos a tener en cuenta para la ratificación de magistrados de Circuito y jueces de Distrito.

Por su parte, el Acuerdo General número 30/2008, del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal; cuyo artículo 42, fracción IV, en lo que interesa, prescribe como aspectos a valorar en el desempeño judicial, los siguientes:

- a) Funcionamiento jurisdiccional;
- b) Estadística Judicial respecto de su productividad en el año estadístico anterior a la fecha del examen;
- c) Funcionamiento administrativo, y
- d) Funcionamiento laboral.

y carrera judicial del Tribunal Electoral, se vio en la necesidad de implementar los mecanismos necesarios para cumplir eficazmente sus atribuciones, pero ahora dentro de un contexto diferente, con órganos jurisdiccionales regionales permanentes, dotados de una mayor y variada competencia, lo que permitiría que las resoluciones emitidas tengan el carácter de definitivas e inatacables.

Por lo anterior, con el objeto de establecer procedimientos que garanticen la adecuada prestación del servicio público de impartición de justicia en materia electoral, con parámetros de medición del rendimiento y eficacia de las Salas Regionales, es que el mencionado órgano, encargado, entre otras cosas, de la vigilancia, determinó la creación de un órgano auxiliar de dichas tareas, en particular las relativas a la supervisión del funcionamiento de las Salas Regionales, es decir, la *Visitaduría Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*.

Con ese propósito, la Comisión de Administración en su Séptima Sesión Ordinaria de 8 de julio de 2009, giró instrucciones a las áreas competentes del TEPJF con la finalidad de que presentaran para su aprobación la propuesta de creación de la Visitaduría Judicial.

La creación de ésta se vio materializada el 21 de octubre de ese mismo año, cuando la Comisión de Administración, en su Décima Sesión Ordinaria, aprobó el **Acuerdo General por el que se crea el órgano auxiliar denominado Visitaduría Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y se establece el procedimiento de visitas a las Salas Regionales**.¹¹

Con dicho acuerdo, además de crearse la Visitaduría, se establecieron los criterios generales y cronológicos para llevar a cabo los procedimientos de verificación que permitieran obtener elementos objetivos que respalden el funcionamiento jurisdiccional y administrativo de las Salas

¹¹ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de diciembre de 2009. En el transitorio primero de dicho acuerdo se previó que entraría en vigor a partir del 1° de enero de 2010.

Regionales, en observancia de los principios de imparcialidad, profesionalismo e independencia.

Así, antes del inicio de las visitas programadas para 2010, el 21 de abril de dicho año, la Comisión de Administración emitió el Acuerdo 122/S4(21-IV-2010), por el cual abrogó los numerales 6, fracción IV; 24 fracción III, inciso d) y 29, fracciones II y III, y modificó los diversos 14, 18 y 24 fracción I, inciso a) del Acuerdo General por el que se crea el Órgano Auxiliar denominado Visitaduría Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y se establece el procedimiento de visitas a las Salas Regionales.¹²

Dentro de los aspectos de la reforma aludida, destacan los siguientes:

- La ampliación de dos a cinco días anteriores a la visita, para que el presidente de la Sala Regional respectiva fije en los estrados de Sala el aviso correspondiente.
- El deber de comunicar oportunamente al presidente de la Sala Regional respectiva los cambios que se den en cuanto a la fecha y hora de la visita,

Visitaduría Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Conformación

A diferencia de la Visitaduría Judicial del Consejo de la Judicatura Federal, la cual se integra por un visitador general, tres visitadores judiciales “A” y 12 “B”, el director general y demás funcionarios que determine el Pleno de dicho órgano, la Visitaduría Judicial del Tribunal Electoral está integrada por tres visitadores, todos servidores públicos del Tribunal Electoral.

¹² El Acuerdo 122/S4(21-IV-2010) se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de mayo de 2010 y entró en vigor al día siguiente de su publicación.

Como visitantes fueron designados el coordinador de jurisprudencia y estadística judicial, el subsecretario general de acuerdos de la Sala Superior y el coordinador de asuntos jurídicos, y como secretario técnico el titular de la coordinación técnica administrativa.

Lo anterior se hizo con la intención de que la Visitaduría Judicial fuera integrada con servidores públicos en activo dentro del propio Tribunal que, dadas sus atribuciones y funciones, resultaban idóneos para desarrollar las actividades de control, vigilancia y disciplina.

En la designación del coordinador de jurisprudencia y estadística judicial, el subsecretario general de acuerdos y el coordinador de asuntos jurídicos como visitantes, la Comisión de Administración tomó en cuenta, entre otras, las atribuciones y funciones que dichos servidores públicos tienen conferidas, concretamente en los artículos 12, 14, 15 y 32 del Reglamento Interno del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Asimismo, consideró que esa integración permitiría que la Visitaduría estuviera integrada por servidores públicos con experiencia en materia jurisdiccional, jurisprudencial y normativa por la función que desempeñan, dando como resultado un grupo heterogéneo que atienda los aspectos sustantivos de las visitas que sean practicadas a las Salas Regionales.

Para la conformación de la Visitaduría del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se tomaron en cuenta los elementos siguientes:

- a) El número de Salas Regionales del Tribunal Electoral a visitar que en términos legales¹³ son cinco y se encuentran ubicadas en las ciudades cabecera de cada una de las Circunscripciones Plurinominales electorales en que se divide el país y que son las siguientes:¹⁴

¹³ Artículo 192.- El Tribunal Electoral contará con cinco Salas Regionales que se integrarán por tres magistrados Electorales y su sede será la ciudad designada como cabecera de cada una de las circunscripciones plurinominales en que se divida el país, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 53 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la ley de la materia.

¹⁴ En contraste con las cinco Salas Regionales que integran el Tribunal Electoral que serán objeto de las visitas, el Consejo de la Judicatura Federal se encarga de la administración, disciplina y

1. Primera Circunscripción Electoral Plurinominal, con sede en Guadalajara, Jalisco;
 2. Segunda Circunscripción Electoral Plurinominal, con sede en Monterrey, Nuevo León;
 3. Tercera Circunscripción Electoral Plurinominal, con sede en Xalapa, Veracruz;
 4. Cuarta Circunscripción Electoral Plurinominal, con sede en el Distrito Federal, y
 5. Quinta Circunscripción Electoral Plurinominal, con sede en Toluca, Estado de México.
- b) La dimensión de las Salas Regionales, que se encuentran integradas por tres magistrados cada una, haciendo un total de quince servidores públicos a nivel de magistrado electoral de Sala Regional (CJF, 12).¹⁵
- c) La racionalidad y austeridad de los recursos humanos, financieros y materiales.¹⁶
- d) La falta de atribuciones de la Comisión de Administración respecto del nombramiento de los magistrados de las Salas Regionales.¹⁷

vigilancia de 659 órganos jurisdiccionales, divididos en 189 Tribunales Colegiados de Circuito; 76 Tribunales Unitarios de Circuito; 308 Juzgados de Distrito; 22 Tribunales Colegiados de Circuito Auxiliares; 10 Tribunales Unitarios de Circuito Auxiliares; 46 Juzgados de Distrito Auxiliares; 1 Tribunales Colegiados de Circuito Auxiliares en Materia Civil; 7 Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones. Información obtenida el 2 de julio de 2010 en www.dgepj.cjf.gob.mx/organosjurisdiccionales/numeroorganos/numorganoscir.asp

¹⁵ En contraste con los 15 magistrados electorales que integran las Salas Regionales del Tribunal Electoral, en el Consejo de la Judicatura Federal, en enero de 2010, se tenían registrados 702 magistrados de Circuito y 359 jueces de Distrito.

¹⁶ Véase el Acuerdo General del Comité Coordinador para Homologar Criterios en Materia Administrativa e Interinstitucional del Poder Judicial de la Federación por el que se Establecen las Medidas de Carácter General y racionalidad y disciplina presupuestal para el Ejercicio Fiscal 2009. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de febrero de 2009.

¹⁷ El proceso de designación de los magistrados de las Salas Regionales del Tribunal Electoral se encuentra normado en los artículos 99, párrafos, undécimo, decimotercero y decimocuarto de nuestra Carta Magna y 198 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

En razón de los elementos descritos es que la Visitaduría Judicial del TEPJF no se integró por magistrados electorales, en forma análoga al órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal, toda vez que el Senado de la República, a propuesta de la SCJN es la que nombró a los 15 magistrados que actualmente integran las Salas Regionales del TEPJF, situación que no permite distraerlos de su función principal de impartición justicia y, menos aún, que la Comisión de Administración pudiese nombrar a magistrados para tal fin.

En tales condiciones, pensando en aprovechar y maximizar los recursos humanos y materiales del TEPJF, en aras de los principios de racionalidad y austeridad que prevalecen, se diseñó la conformación de la Visitaduría Judicial con base en aquellos servidores públicos del propio Tribunal cuyas funciones fueran compatibles con el desempeño de la función de vigilar y supervisar el funcionamiento de las Salas Regionales.

En ese sentido, la función de los visitantes no debe ser entendida como una aprobación, censura, crítica, sugerencia o correctivo sobre el modo en que se ejerce la función jurisdiccional (Melgar 1998, 199) sino como una revisión a partir de la cual recaba la información necesaria, con base a reglas ya establecidas, que permitirá a la Comisión de Administración analizar y evaluar el funcionamiento del órgano visitado, así como emitir las observaciones y/o recomendaciones que considere pertinentes.

Así, al realizarse las visitas ordinarias y extraordinarias a las Salas Regionales por parte del subsecretario general de acuerdos y los coordinadores de asuntos jurídicos y de jurisprudencia y estadística judicial, en su carácter de visitantes, éstos no podrán emitir las observaciones ni las recomendaciones correspondientes o, en su caso, ordenar el inicio de los procedimientos de responsabilidad administrativa respectivos, sino que será la Comisión de Administración¹⁸ la que tenga dicha facultad, la cual,

¹⁸ Cabe destacar que las decisiones de la Comisión de Administración son definitivas e inatacables, por lo que no procederá juicio o recurso alguno en contra de las mismas, tal como se señala en el párrafo segundo del artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación,

dicho sea de paso, está conformada por tres consejeros del Consejo de la Judicatura Federal y dos magistrados de la Sala Superior.¹⁹

Para el desempeño de las funciones del órgano auxiliar en comento, se cuenta con un secretario técnico, que es el titular de la Coordinación Técnica Administrativa, quien tiene entre sus atribuciones la de brindar el apoyo técnico para la preparación, integración, revisión y seguimiento de los asuntos que se presentan a consideración de la Comisión de Administración.

Asimismo, se previó la participación de los secretarios técnicos de la Comisión de Administración en las visitas que se determinen practicar, en virtud de que tienen visión y control de naturaleza normativa de las atribuciones de ésta.

Funciones

Dentro de las funciones de que se dotó a la Visitaduría Judicial, se encuentran las siguientes:

- Aprobar el proyecto de programa anual de implementación de visitas, para someterlo a la autorización de la Comisión de Administración.
- Informar al secretario técnico la reprogramación de visitas que se determinen.

salvo los supuestos en los que se haya impuesto como sanción la suspensión o destitución del cargo, además, la Sala Superior ha determinado que puede impugnarse la inhabilitación del cargo, criterio sostenido al resolver el recurso de apelación identificado con el número de expediente SUP-AG-9/2007.

¹⁹ Artículo 99.- El Tribunal Electoral será, con excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 de esta Constitución, la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación.

La administración, vigilancia y disciplina en el Tribunal Electoral corresponderán, en los términos que señale la ley, a una Comisión del Consejo de la Judicatura Federal, que se integrará por el Presidente del Tribunal Electoral, quien la presidirá; un magistrado electoral de la Sala Superior designado por insaculación; y tres miembros del Consejo de la Judicatura Federal. El Tribunal propondrá su presupuesto al presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para su inclusión en el proyecto de presupuesto del Poder Judicial de la Federación. Asimismo, el Tribunal expedirá su reglamento interno y los acuerdos generales para su adecuado funcionamiento.

- Llevar a través de uno o más de sus integrantes, las visitas ordinarias o extraordinarias conforme al programa anual de implementación de visitas aprobado por la Comisión de Administración.
- Solicitar a la Comisión de Administración que se emitan las medidas provisionales que por su naturaleza y urgencia así lo ameriten, en caso de que durante el desarrollo de alguna visita, se advierta la existencia de algún acto que pudiera lesionar gravemente la impartición de justicia.
- Dictaminar las actas de visita que se levanten e informar de los resultados de las mismas a la Comisión referida.
- Requerir, recibir, evaluar y dictaminar los informes que rindan las Salas Regionales conforme al programa anual de visitas.
- Rendir los informes que sean requeridos por la Sala Superior o la Comisión de Administración;
- Solicitar a las Salas Regionales la información que se requiera para la realización de las visitas.
- Proveer que las visitas y las actas que se levanten se ajusten a los lineamientos a que se refiere el propio Acuerdo y las disposiciones relativas.
- Rendir a la Comisión referida un informe detallado de los resultados de las visitas efectuadas, en un plazo no mayor de 30 días posteriores a su conclusión.
- Coordinar el desarrollo de las visitas ordinarias y extraordinarias.
- Todas aquellas que le confiera la Comisión de Administración.

Visitas a las Salas Regionales

La Visitaduría Judicial practicará cuando menos dos visitas ordinarias por año, que servirán para recabar información respecto del funcionamiento de las áreas jurisdiccionales y administrativas de las Salas Regionales, así como del desempeño de sus miembros y las condiciones de trabajo, lo cual proporcionará elementos a la Comisión de Administración para evaluar si

existe o no un adecuado funcionamiento del órgano visitado. Asimismo, realizará las visitas extraordinarias que ordene dicha Comisión.

El acta de visita deberá proporcionar la información sobre cualquier funcionamiento que se considere inadecuado, así como las recomendaciones o acciones que deben implementarse para corregir dicha situación.

Cabe hacer mención de que las visitas se realizarán en días y horas hábiles, a menos que sea imprescindible para el visitador efectuarlas en días y horas inhábiles.

Visitas ordinarias

En la práctica de las visitas ordinarias se prevé que se verifique el funcionamiento de la Sala Regional, el desempeño de sus integrantes y el funcionamiento de cada una de las áreas que la integran. Dichas visitas no podrán exceder de cuatro días salvo causa justificada a juicio del visitador.

Para llevar a cabo las visitas ordinarias debe estarse a lo dispuesto en el programa anual de visitas, que es propuesto por el secretario técnico a la consideración de la Visitaduría, para que ésta, a su vez, lo someta a la aprobación de la Comisión de Administración.

El 17 de marzo de 2010, la Comisión de Administración, en su Tercera Sesión Ordinaria, autorizó el calendario del programa anual de visitas ordinarias a las Salas Regionales del TEPJF, correspondiente al mismo año, que fue modificado mediante acuerdo 123/S4(21-IV-2010), reprogramándose así las visitas a dichos órganos jurisdiccionales.

Antes de la visita, el secretario técnico debe informar al presidente de la Sala Regional a visitar el día en que se iniciará la visita para que proceda a fijar, con cinco días de anticipación, el aviso correspondiente en sus estrados, en el que se ha de señalar la fecha de la visita.

En la realización de las visitas ordinarias, los visitantes deberán revisar aspectos generales del personal del órgano visitado, jurisdiccionales y de las áreas administrativas y de apoyo.

Aspectos Generales

En este rubro se contempla que el visitador verifique que el aviso de la visita haya sido colocado en los estrados del órgano visitado con la anticipación requerida, del cual deberá anexar copia en el acta que al efecto se levante.

Asimismo, el visitador ha de solicitar al titular del órgano visitado que designe a un secretario que esté en todas las actuaciones y le proporcione todos los elementos y datos que se requieran. En caso de que el titular no haga la designación, el visitador podrá hacerla.

En el acta correspondiente, el visitador deberá cuidar que queden asentados los nombres de los magistrados presentes, así como los de los titulares de las distintas áreas que conforman el órgano visitado. De igual forma, hará constar el lapso que comprende la visita y si se cumplen las indicaciones o recomendaciones que se hubieren hecho.

Aspectos relacionados con el personal del órgano visitado

El visitador debe revisar los movimientos de personal, las actas administrativas que se hayan levantado con motivo de alguna irregularidad imputable al personal, la lista del personal para constatar su asistencia, horario de labores, puntualidad y, en su caso, si se hicieron los descuentos correspondientes por retardos o inasistencias injustificadas, así como entrevistar al personal del órgano visitado para escuchar sus opiniones y propuestas, haciendo constar las peticiones que formulen.

Para el caso de ausencias justificadas, se deben requerir los documentos con los cuales se soporten, tales como oficios en los que se encomiende el desempeño de una comisión, licencias o certificados médicos, de los cuales deberá anexar copia al acta de visita como soporte de la misma.

Para la revisión de este apartado, el visitador se apoyará en la relación del personal de la Sala Regional visitada, que le proporcione previamente la Coordinación de recursos Humanos y Enlace Administrativo del TEPJF.

Aspectos jurisdiccionales

Se contempla la revisión aleatoria de tres expedientes de cada uno de los asuntos que se llevan en el órgano jurisdiccional objeto de la visita, a fin de verificar si en el sistema de información con el que cuenta cada una de las secretarías generales de acuerdos de las Salas Regionales, conocido por sus siglas como SISGA, se encuentran completos los registros, si la información es correcta y si cumple con los lineamientos de captura. Dentro de los aspectos a revisar en los expedientes seleccionados en forma aleatoria se contemplan los siguientes: expediente, magistrado, recepción, turno, admisión, cierre de instrucción, resolución y notificación.

Asimismo, se prevé realizar un desglose de dichos asuntos por magistrado, resaltando el tiempo promedio en el cual son resueltos.

De igual manera, se señala que deben verificarse si los registros en los documentos revisados coinciden con el movimiento que durante el periodo que abarca la visita se reportó en la estadística correspondiente al órgano visitado.

También se prevé la revisión de las sesiones públicas y privadas de resolución de la Sala Regional respectiva, para la cual habrá de solicitarse una relación certificada de las mismas, así como de las actas correspondientes.

Todo lo anterior deberá confrontarse con los datos contenidos en el SISGA.

De igual modo, se prevé revisar las áreas de apoyo con las que cuenta cada una de las secretarías generales de acuerdos de las Salas Regionales.

Por lo que hace a la oficialía de partes, al momento de la inspección debe señalarse quién es el servidor público responsable de la misma, el estado en que se encuentran los registros respectivos, las anotaciones asentadas en ellos, así como la operación adecuada del sistema para la recepción y distribución de asuntos.

Respecto a la oficina de actuarios, deberá señalarse el nombre de la persona responsable del área. Asimismo, se verificará el área y que las

notificaciones practicadas se encuentren en orden y contengan los datos requeridos. También serán objeto de revisión los controles, registros y captura de datos en el SISGA.

Respecto de las notificaciones realizadas por estrados, destacan, como aspectos susceptibles de revisión, los siguientes: que exista una debida disponibilidad al público, la existencia de carpetas de publicación por medio de impugnación, carpetas clasificadas por auto y resolución, cédulas de notificación, rubro, fecha y hora de notificación, firma del actuario, sello, fundamentación y orden cronológico en las notificaciones.

Por cuanto hace a al archivo jurisdiccional, de igual manera deberá precisarse al servidor público responsable y verificarse la existencia de un área exclusiva y adecuada para el servicio, de archiveros de gaveta o estantería de tamaño idóneo para los expedientes, de un sistema contra incendios útil, vigente y servible, y la ubicación de los expedientes, preferentemente conforme al cuadro general de clasificación archivística del TEPJF.

Posteriormente se revisaran siete expedientes seleccionados en forma aleatoria de entre los escogidos para revisar la adecuada captura de la información en el SISGA, para comprobar su debida integración, es decir, que consten de forma ordenada todas y cada una de las relativas al trámite, sustanciación, instrucción, resolución y ejecución del expediente que se revisa.

Aspectos relacionados con las áreas administrativas y de apoyo
En relación con las áreas administrativas y de apoyo se verificará lo relativo a los movimientos del personal, así como las listas de puntualidad y asistencia del personal. Se hará una relación a detalle de las actas administrativas levantadas con motivo de las irregularidades cometidas por el personal.

Respecto de las solicitudes de información se revisará el tiempo de respuesta, así como el registro, guarda, control de su archivo, seguimiento, etcétera.

También habrán de revisarse los contratos y fianzas que se encuentren a cargo de la delegación administrativa correspondiente. Para ello deberán elegirse, de forma aleatoria, los expedientes de tres contratos, de los cuales se pondrá especial atención en los aspectos siguientes: número de contrato, seguimiento al cumplimiento y renovaciones.

Asimismo, se verificarán los procedimientos relativos a la satisfacción de necesidades específicas planteadas por vía de requisición, para lo cual se solicitará, de forma aleatoria, tres requisiciones. Los aspectos a revisar en cada una de éstas serán los siguientes: fecha de solicitud, nombre de quien hace la solicitud, descripción de lo solicitado, persona a quien se asignan los bienes, nombre de quien valida la solicitud, suficiencia presupuestal, aprobación y fecha de entrega.

De igual manera serán objeto de revisión los fondos fijos revolventes de los que se analizará a quién son asignados, la cantidad, quién autoriza el gasto, los comprobantes, el reembolso y cancelación.

Los vehículos utilitarios también serán inspeccionados bajo los rubros siguientes: características del vehículo, responsable, condiciones y observaciones generales.

Otros de los aspectos de revisión en la visita será el relativo a los programas anuales, respecto del cual se verificará su control, avances y apego al oportuno y debido cumplimiento.

De igual forma, deberá hacerse constar cualquier circunstancia que se considere relevante para fines estadísticos.

Visitas extraordinarias

Este tipo de visitas serán ordenadas por la comisión de administración, cuando a su juicio existan elementos de prueba que hagan presumir irregularidades cometidas por un servidor de alguna Sala Regional, debiéndose señalar en el acuerdo correspondiente los puntos que serán materia de la visita.

En este tipo de visitas, el visitador hará saber al presidente de la Sala Regional respectiva, mediante oficio, quién la ordena, la fecha en que ha de practicarse y, de considerarlo conveniente, el objeto de la misma.

Dichas visitas podrán realizarse en días y horas inhábiles, sin necesidad de comunicar dicha circunstancia al presidente de la Sala Regional a visitar, y podrán durar el tiempo que se estime necesario para cumplir con el objeto de la visita. El visitador podrá solicitar toda la información que estime pertinente, debiendo ceñirse a los puntos acordados por la comisión de administración.

Dada la naturaleza de las visitas, se previó que los elementos obtenidos durante su práctica no deberán darse a conocer hasta en tanto se resuelva lo conducente.

Actas de las visitas

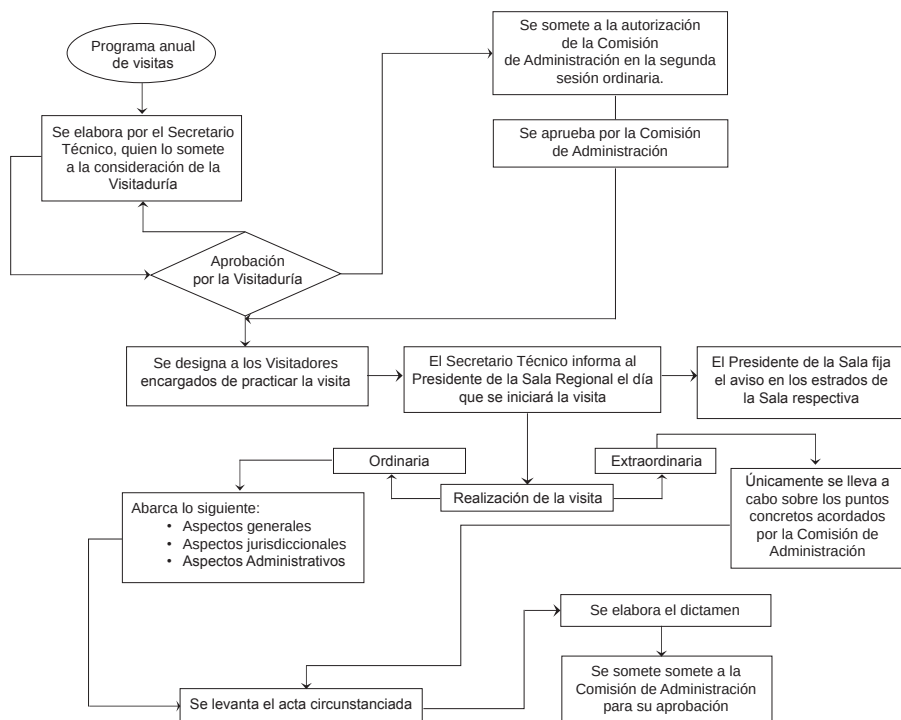
De cada visita deberá elaborarse acta circunstanciada, de conformidad con el formato aprobado por la comisión de administración, de tal manera que el funcionamiento de la Sala Regional pueda apreciarse en atención al desempeño de cada uno de sus integrantes.

Una vez levantada el acta de la visita, se entregará un tanto al magistrado presidente de la Sala Regional visitada para que se imponga del contenido de la misma y pueda hacer las manifestaciones que considere pertinentes, que que se harán constar en el apartado correspondiente.

Las actas a que se hace mención deberán levantarse en dos tantos, uno de los cuales se entregará al órgano visitado y el otro se quedara con el visitador a efecto de que pueda elaborar el proyecto de dictamen correspondiente.

Flujograma

En el flujograma que enseguida se presenta, se muestra de forma ilustrativa y esquemática, a grandes rasgos, el procedimiento mediante el cual la Visitaduría Judicial lleva a cabo la vigilancia de las Salas Regionales y la supervisión de la actuación de los servidores públicos de las mismas.



Conclusiones

La vigilancia y supervisión de los órganos jurisdiccionales en nuestro país se estableció desde la promulgación de la Constitución de 1917, siendo encomendada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sin embargo, no fue sino hasta el año de 1996 en que se reglamentó dicha función previendo la práctica de visitas ordinarias y extraordinarias a los Tribunales Federales existentes en aquella época.

La creación del Consejo de la Judicatura Federal, no sólo implicó redistribuir y delegar las cargas administrativas de la SCJN, a fin de que concentrara sus esfuerzos a la impartición de justicia, sino el inicio del órgano

encargado de la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial del PJF, el cual, auxiliado por una **Visitaduría Judicial**, realiza de forma sistemática, profesional, objetiva, permanente y proyectada, la difícil tarea de vigilar e inspeccionar el funcionamiento de los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, así como de supervisar las conductas de sus integrantes.

Los resultados obtenidos con motivo de las visitas realizadas por la Visitaduría Judicial se han convertido en un referente inmediato para evaluar el desempeño profesional de los servidores públicos del PJF y, como consecuencia, un parámetro a considerar en su promoción dentro de la carrera judicial.

Dada la naturaleza jurídica del TEPJF, que no está sujeto a los mecanismos de control, vigilancia, supervisión y disciplina de que dispone el Consejo de la Judicatura Federal, así como al impacto estructural, funcional y competencial que le significó la última reforma constitucional y legal que se dio en la materia electoral, fundamentalmente, la relativa a la permanencia de sus Salas Regionales, surge la necesidad de contar con instrumentos que permitan supervisar e inspeccionar el funcionamiento de las Salas aludidas, así como de los servidores públicos que las integran.

Con el propósito de llevar a cabo esa función de supervisión y vigilancia, la Comisión de Administración del Tribunal determinó, siguiendo el esquema del Consejo de la Judicatura Federal, crear un órgano que le auxilie en dicha tarea, al cual denominó **Visitaduría Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación**.

Sin embargo, atendiendo a la naturaleza jurídica, atribuciones, características, dimensiones, requerimientos, disponibilidad de recursos humanos y materiales del TEPJF, se dispuso que la Visitaduría Judicial estuviera integrada no por magistrados, como sucede en la Judicatura Federal, sino por el subsecretario general de acuerdos y los coordinadores jurídico y de jurisprudencia y estadística judicial de dicho órgano jurisdiccional.

En la designación de los servidores públicos aludidos, además, se tomaron en cuenta las atribuciones legales y reglamentarias que tienen con-

feridas, las cuales, se estimó, estaban vinculadas con los distintos aspectos a revisar de las Salas Regionales.

Bajo el esquema de un órgano auxiliar y dada su peculiar conformación, las atribuciones conferidas al Visitaduría Judicial del TEPJF no implican la toma de decisiones, esto es, de emitir recomendaciones, medidas tendentes a fomentar el adecuado funcionamiento de las Salas Regionales o el inicio de procedimientos de responsabilidad administrativa, sino únicamente las de inspeccionar el funcionamiento de éstas a través de las visitas ordinarias y extraordinarias, y plasmar en el acta circunstanciada respectiva los resultados obtenidos, a fin de que sea en todo momento la Comisión de Administración la que determine las acciones conducentes.

Además de advertir las inconsistencias y formular las observaciones y recomendaciones, la importancia de la implementación de las visitas a las Salas Regionales estriba en que éstas sean tomadas en cuenta por los órganos jurisdiccionales mencionados y se les dé el seguimiento correspondiente, porque sólo de esa forma se mejorará su funcionamiento y, como consecuencia inmediata, la administración de justicia.

La implementación de visitas a las Salas Regionales a fin de verificar su funcionamiento, así como el desempeño de sus integrantes, sin duda, redundará en beneficio del derecho de los gobernados al acceso de una justicia pronta, completa, imparcial y eficiente.

De igual manera, la supervisión de los servidores públicos que las integran proporcionará elementos objetivos que permitan evaluar el desempeño y sirvan de referente en la carrera judicial.

Por todo lo anterior, se considera que la Visitaduría Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación surge de forma justificada ante el redimensionamiento de las atribuciones que sufrió el Tribunal con motivo de la última reforma constitucional y legal en materia electoral.

Fuentes consultadas

- Aguinaco Alemán, José Vicente. 1997. *El nuevo Poder Judicial de la Federación*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Álvarez Cárdenas, Alejandro. 2001. *El Procedimiento Disciplinario del Consejo de la Judicatura Federal*. México: Porrúa.
- Aragón Mendiá, Adolfo O. 2001. *Semblanza de la función administrativa en la judicatura federal*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Chávez Castillo, Raúl. 2008. *El Consejo de la Judicatura Federal (mitos y realidades)*. México: Porrúa.
- CJF. Consejo de la Judicatura Federal. 2010. *Atlas Jurisdiccional 2010. Conformación de Circuitos y Distritos Judiciales Federales*. México: Poder Judicial de la Federación.
- Fix-Zamudio, Héctor y Héctor Fix-Fierro. 1996. *El Consejo de la Judicatura*. México: UNAM.
- Lara Ponte, Rodolfo Héctor. 1998. El Consejo de la Judicatura en la Organización Contemporánea de los Tribunales Mexicanos. En *Tendencias e Instituciones Jurídicas en el final del siglo*. México: Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.
- Melgar Adalid, Mario. 1998. *El Consejo de la Judicatura Federal*. México: Porrúa.
- Tena Ramírez, Felipe. 1998. *Leyes Fundamentales de México*. 21ª ed. México: Porrúa.
- Torres Morales, J. Guadalupe. 1997. Las visitas de inspección y el papel de los visitadores. En *Ciclo de conferencias con motivo de la inauguración de los edificios Américas y San Vicente*. México: Consejo de la Judicatura Federal.
- Vargas Chávez, Luis Gilberto. 1997. El Pleno, Comisiones y Secretarías Ejecutivas del Consejo de la Judicatura Federal. En *Ciclo de conferencias con motivo de la inauguración de los edificios Américas y San Vicente*. México: Consejo de la Judicatura Federal.

Consideraciones sobre la “actitud jurisdiccional” del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ante cuestiones ubicadas en el límite entre el derecho electoral y el derecho parlamentario

Considerations about the “jurisdictional attitude” of the Electoral High Court in the face to issues located in the boundary between the Electoral Law and Parliamentary Law

Luis Raigosa*

RESUMEN

El autor revisa los contenidos de varias resoluciones de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación referidas a problemas que se encuentran en el límite entre el derecho electoral y el derecho parlamentario. Con perspectiva crítica, sostiene la falta de claridad conceptual y muestra las debilidades argumentativas de las resoluciones, así como de los votos particulares. En su análisis, el autor revisa lo que denomina “actitud jurisdiccional” del Tribunal y de los magistrados disidentes, así como la necesidad, en su opinión, de ahondar en el estudio del problema para identificar si es correcto afirmar que la Sala Superior tiene jurisdicción para resolver estos asuntos o si sería necesario abordar la procedencia de otras vías para la solución de estos problemas que son, en principio ma-

* Profesor-investigador del Instituto Tecnológico Autónomo de México.

teria parlamentaria y no electoral. Apunta también sobre la necesidad de profundizar en estudios relativos a las relaciones entre los órganos legislativos y los órganos jurisdiccionales.

PALABRAS CLAVE: derecho electoral, derecho parlamentario, jurisdicción, argumentación jurídica.

ABSTRACT

The author reviews the contents of several court decisions of the High Chamber of the Mexican Federal Electoral Court related to legal problems that are on the boundary of Parliamentary Law and Electoral Law. With a critical view, he points out the lack of conceptual clarity and shows the argumentative weaknesses of the decisions of the Court, as well as of the dissenting votes. In his analysis, the author scrutinizes what he calls the “jurisdictional attitude” of the members of this Court, and the need to study these problems to make clear whether the High Chamber has jurisdiction to hear these matters, or if it would be necessary to try other ways to identify different legal solutions to these problems which are more related to parliamentary matters than to electoral matters. He also emphasizes the convenience to deepen the studies concerning institutional relationships between legislative and jurisdictional authorities.

KEYWORDS: electoral law, parliamentary law, jurisdiction, legal argumentation.

Advertencia¹

Los órganos jurisdiccionales electorales como, por ejemplo, las Salas Regionales o la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), deben conocer y resolver, en ciertos casos, de asuntos que propiamente están en los linderos entre el derecho electoral y el derecho parlamentario. En ocasiones parece no haber discusión acerca de la claridad del asunto como para clasificarlo de cuestión propia del derecho electoral y, consecuentemente, avanzar a su estudio, como parecen evidenciarlo las votaciones unánimes de los miembros del cuerpo jurisdiccional electoral. En otras, en cambio, el problema jurídico en cuestión no presenta claridad, o bien, la manera en que el problema o litis es construido jurídicamente por distintas mentes jurídicas, lo presenta o bien como electoral o bien en el campo del derecho parlamentario, generando votos particulares o disidentes al sentir y consideración de la mayoría de juzgadores.

El análisis detallado de algunas de las resoluciones que se encuentran en esta convergencia de parcelas jurídicas, la electoral y la parlamentaria, permite apreciar que no siempre hay claridad conceptual sobre temas propios del derecho parlamentario, o quizá no ha habido un adecuado desarrollo de esta parcela propia del ancho campo del derecho constitucio-

¹ En la elaboración de este texto, estoy en deuda con varios amigos. En primer lugar, quiero agradecer al doctor Clicerio Coello no sólo su amable apoyo para acceder al conjunto de asuntos que están aquí referidos, que se encuentran todos publicados en la página electrónica del TEPJF, sino especialmente las muy gratas charlas que sobre estos temas, entre otros más de interés profesional común, me han permitido disfrutar la generosa hospitalidad de los coletos de San Cristóbal de Las Casas, acompañándolas del exquisito café chiapaneco. Por otra parte, este texto fue muy provechosamente comentado con el profesor Federico Estévez, experto politólogo y conocedor del desarrollo que ha tenido nuestro TEPJF. Federico me precisó y alertó sobre varios puntos muy importantes, que he procurado incorporar, si bien no en todos los casos hemos coincidido, pero estoy en amplia deuda con él. También agradezco las puntuales y oportunas observaciones y señalamientos del licenciado Javier Ortiz –conocedor de primera mano de varios de los asuntos aquí considerados– relativos a diversos asuntos del propio TEPJF y de la SCJN, así como otras valiosas apreciaciones del propio texto, que me permitió precisar con oportunidad algunas cuestiones importantes. A mis amigos, los maestros Reyes Rodríguez y José Antonio González, igualmente gracias, como siempre.

nal. Esta carencia provoca construcciones argumentativas que podrían considerarse débiles o inadecuadas para sostener con suficiencia las decisiones jurisdiccionales o para aceptar como mejores las propuestas de solución que contienen los votos de magistrados disidentes.

En este ensayo vamos a realizar el análisis de dos resoluciones recientes emitidas por la Sala Superior del TEPJF que se encuentran en la problemática mencionada. Pretendo mostrar la importancia que tiene la construcción de un derecho parlamentario en nuestro medio, no sólo como instrumento útil para describir adecuadamente esta parcela de las relaciones entre algunos entes públicos, con lo cual se lograría, en nuestra modesta opinión, un mejor conocimiento de los fenómenos parlamentarios y, con ello, mejores formas de desarrollar actos propiamente parlamentarios. Creemos que también serían fuente de razonamientos y argumentaciones para aportar soluciones con sustentos argumentativos más sólidos ante algunos problemas jurídicos sometidos a la potestad de nuestros órganos jurisdiccionales.

Denomino “actitud jurisdiccional” a las posiciones interpretativas y argumentativas que los tribunales o algunos de sus integrantes pueden asumir frente a alguna problemática jurídica en específico, que parece evidenciarse de la lectura y análisis de sus resoluciones jurisdiccionales, las cuales orientan la estrategia de argumentación que asumen los órganos jurisdiccionales o sus miembros. Por ejemplo, en el caso sometido a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que revisó la constitucionalidad de disposiciones de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM) de los militares, en el amparo en revisión AR 307/2007, la actitud jurisdiccional asumida por la mayoría de los miembros del Pleno de la SCJN fue en el sentido de ponderar el principio de “eficacia de las fuerzas armadas y protección de la integridad de sus miembros” frente al diverso principio de “igualdad y no discriminación por razón de salud”. Esta actitud jurisdiccional de la mayoría de los miembros del Alto Tribunal diverge de la que asumió el ministro José Ramón Cossío, quien, si bien coincidente en su voto con el sentir de la mayoría, sostenía una

diversa actitud jurisdiccional porque defendió la conveniencia de asumir la argumentación no mediante la técnica de ponderación de principios, sino mediante el recurso de echar mano de los informes de expertos científicos en el tema del VIH-SIDA, los cuales, en su opinión, fundamentarían adecuadamente la inconstitucionalidad de la norma de la ley del ISSFAM sometida a revisión por la Corte. El TEPJF, naturalmente, nos presenta ejemplos análogos, como podría ser, por mencionar uno muy famoso, el del Caso Tabasco, en el que la actitud jurisdiccional de la Sala Superior fue la de sustentar en principios constitucionales la nulidad de una elección para gobernador, en lugar de apoyarse en norma expresa. Como se recordará, esta actitud jurisdiccional generó una polémica muy interesante, que derivó incluso en una reforma constitucional mediante la cual el Órgano Reformador de la Constitución incluyó una regla en el artículo 99 de la Carta Magna que prohíbe a cualquier órgano jurisdiccional declarar nulas las elecciones por causas no expresamente contempladas en las leyes.²

En los casos que aquí analizamos, me parece que existe una actitud jurisdiccional asumida por la mayoría de los magistrados integrantes de este Tribunal de última instancia especializado en materia electoral, para respetar una línea divisoria que marca los límites entre el derecho electoral y el derecho parlamentario. Pero esa línea divisoria no parece ser la misma para algunos miembros de este órgano jurisdiccional colegiado, según creemos a partir del análisis de dichas resoluciones. Particularmente, podemos considerar que la posición asumida por el magistrado González Oropeza marca una tendencia —una actitud jurisdiccional— de ampliar el espacio de competencia de este Tribunal hacia ámbitos que tradicionalmente no son propios del ámbito electoral y, consecuentemente, tampoco caerían en la competencia comúnmente aceptada para dicho órgano. Esta cuestión es por demás importante, si consideramos que el conocimiento de los contro-

² El texto reformado señala expresamente: “Las salas Superior y Regionales del Tribunal sólo podrán declarar la nulidad de una elección por las causales que expresamente se establezcan en las leyes”. El texto es el párrafo segundo de la fracción II del artículo 99 de la Constitución.

les sobre los órganos parlamentarios no corresponde al TEPJF, sino, en todo caso, sería necesario precisar el alcance de las vías que corresponden a otros órganos del Poder Judicial de la Federación, como el amparo. La apuesta de ampliación de competencia es, por ello, muy interesante, pero requeriría la construcción de una teoría de la jurisdicción electoral y del espacio protector de los derechos político-electorales del ciudadano que ahora mismo no existe, en nuestra opinión.

Antes de proceder a la revisión de la primera resolución de interés en este estudio, debemos advertir acerca de otro asunto sobre el cual ciertamente no habremos de realizar un análisis similar al de los dos anunciados, pero cuya referencia resulta valiosa porque constituye un interesante precedente en esta problemática acerca de la intervención de la Sala Superior del TEPJF. Se trata de un juicio resuelto por la vía de la protección de los derechos político-electorales del ciudadano identificado con el número SUP-JDC-1711-2006. En este juicio la Sala Superior se pronunció acerca de la procedencia de una demanda interpuesta por senadores ante lo que ellos consideraron una violación a sus derechos por la integración de las comisiones legislativas. Este caso parece inaugurar la intervención de la nueva composición de esta Sala Superior ante problemas de esta índole, en tanto que la demanda fue interpuesta en octubre de 2006, es decir, antes de la renovación de la Sala Superior, y el asunto fue asignado originalmente a la ponencia del entonces magistrado José Fernando Ojesto. Pero la renovación de este Órgano Jurisdiccional provocó que el expediente fuera turnado a la ponencia de la magistrada María del Carmen Alanís Figueroa, que fue la autora del proyecto que se votó, el cual sobreseyó en el juicio. Este caso contiene también dos votos particulares, uno del magistrado Flavio Galván Rivera, para quien el asunto debió sobreseerse en su totalidad por carencia de legitimación procesal activa de los quejosos, así como otro voto del magistrado Manuel González Oropeza, que ya entonces se pronunciaba sobre la procedencia de la vía electoral ejercida para analizar la calidad del acto de conformación de comisiones legislativas.

Caso 1. Algunos problemas de fundamentación y de uso de conceptos parlamentarios básicos. El caso de las Juanitas y los Juanitos³

En algunos asuntos, el TEPJF ha emitido resoluciones que parecerían encontrar indudable acomodo en el ámbito propio del derecho electoral. Es el caso, por ejemplo, de las impugnaciones relativas al procedimiento debido para tomar protesta a diputados suplentes en el caso de renunciaciones de los diputados propietarios. La sabiduría —o picardía— popular denominó estos casos como las Juanitas o los Juanitos, evocando al célebre asunto de Juanito, que, como sabemos, es el sobrenombre con el que se conoció al señor Rafael Acosta, quien logró acceder al cargo de elección popular como titular de la Delegación Iztapalapa en el Distrito Federal en 2009. Pero su triunfo electoral, como es plenamente conocido en nuestro medio, fue logrado gracias al movimiento dirigido por Andrés Manuel López Obrador, quien lo apoyó como candidato por el Partido del Trabajo para ocupar el cargo de delegado por Iztapalapa, y pidió a los ciudadanos que votaran por él, con la condición de que, ya en el cargo, el señor Acosta renunciara a favor de la verdadera candidata apoyada por López Obrador, dentro del PRD, Clara Brugada —hoy ya nombrada Delegada en Iztapalapa— que había sido inhabilitada por el propio TEPJF para dicha elección. Juanito triunfó en las elecciones, pero después no honró su palabra —se rajó, como coloquialmente podemos decir— y no aceptó sino después de enormes presiones renunciar al cargo. Muy a destiempo, creemos, Juanito impugnó por la vía de controversia constitucional el acto de destitución o de renuncia, y el 14 de abril de 2010 la Segunda Sala de la Suprema Corte declaró infundado un recurso de reclamación que interpuso el quejoso en esta controversia constitucional 3/2010.⁴

³ El número de expediente es SUP-JDC-3049/2009 y acumulado. Estos asuntos fueron resueltos el 30 de diciembre de 2009. Podría llamarse como el Caso Juanitas. Podemos mencionar un caso semejante resuelto en el SUP-JDC-648/2009, que aquí no analizamos.

⁴ Véase Periódico Reforma del 10 de febrero de 2010, en <http://busquedas.gruporeforma.com/reforma/Documentos/DocumentoImpresa.aspx>, consultado el 22 de febrero de 2010.

Pues del ya célebre caso mencionado se aplicó el mismo término, pero ahora en plural, Juanitas o Juanitos a diputadas o diputados electos que, una vez asumido el cargo, han solicitado licencia, en contextos en que se sospecha fundadamente una intencionalidad previa a la elección de sustitución de los diputados titulares por los suplentes, una vez asumido el cargo, intencionalidad que no ha sido comprobada. Así, de diversas agrupaciones políticas y representantes de distintas entidades federativas como, por ejemplo, Durango, Tlaxcala o San Luis Potosí, han obtenido de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión la autorización de licencia para que los diputados suplentes pasen a ocupar las respectivas curules.⁵

En este contexto, se presentaron demandas ante el TEPJF, precisamente por algunos de los actores involucrados, a través del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. En el caso en comento, se sustanciaron tres juicios.⁶ El problema jurídico se centró en la

⁵ Véase la nota siguiente del Periódico Reforma del 6 de enero de 2010: “La Comisión Permanente autorizó ayer que 3 legisladoras dejen sus cargos a hombres. Las licencias para dejar la curul de manera indefinida fueron para la perredista María Guadalupe Silerio Núñez, legisladora por Durango, quien dejará el cargo a Marcos Carlos Cruz Martínez. Mientras que la priísta Sara Gabriela Montiel Solís, diputada de representación proporcional por SLP, abandona su posición para dársela a Enrique Salomón Rosas Ramírez. Angélica del Rosario Araujo, legisladora de mayoría del PRI en Mérida, Yucatán, será sustituida por Efraín Ernesto Aguilar Góngora. Además, la Comisión Permanente dio su aval para que se separe del cargo el diputado Sergio González Hernández, diputado por Tlaxcala, quien será relevado por Fany Pérez Gutiérrez.” Consúltase el sitio <http://busquedas.gruporeforma.com/reforma/Documentos/Documentolmpresa.aspx>, consulta realizada el 22 de febrero de 2010. En nota diversa se consignan los nombres de 15 diputados y diputadas que presumiblemente cabrían en esa condición de Juanitos y Juanitas: “Los priístas que rindieron protesta son Malco Ramírez Martínez, Efraín Ernesto Aguilar Góngora, Enrique Salomón Rosas Ramírez, Noé Fernando Garza Flores, Guillermo Raúl Ruiz de Teresa, Cuauhtémoc Gutiérrez de la Torre y Julián Nazar Morales. Por el PAN arribaron los diputados Humberto Agustín Macías Romero y Nazario Herrera Ortega, así como Prudencia Félix Juárez Capilla y Fany Pérez Gutiérrez. En tanto, por el PVEM protestaron como diputados Carlos Alberto Ezeta Salcedo, Alejandro del Mazo Maza y Caritina Sáenz Vargas, y por el PT, Alfonso Primitivo Ríos Vázquez.” Véase <http://busquedas.gruporeforma.com/reforma/Documentos/Documentolmpresa.aspx>, consulta el 22 de febrero de 2010.

⁶ Los juicios corresponden a los números SUP-JDC-3049/2009, y su acumulado, el SUP-JDC-3048/2009, que aquí estamos comentando, así como el SUP-JDC-2995/2009, que fue un antecedente de los anteriormente mencionados, forma parte de la misma problemática, y había sido resuelto el 11 de noviembre de 2009.

negativa, por parte de la mesa directiva de la Cámara de Diputados de la LXI Legislatura del Congreso de la Unión y de su presidente, de aceptar la solicitud de licencia definitiva del cargo de diputada federal de la quejosa Olga Luz Espinosa Morales, así como la negativa de llamar a tomar protesta al diputado suplente, Carlos Enrique Esquinca Cancino, ambos de la misma fórmula, la número siete por la Tercera Circunscripción Plurinominal, por el PRD. En la problemática estaba también involucrada la Junta de Coordinación Política, por lo cual la sentencia la señala como autoridad responsable de cumplir la resolución que el Tribunal emitió, así como también a la Comisión Permanente.⁷ La resolución ordena, entre otros resolutivos, que las autoridades legislativas “... emitan en el ámbito de sus atribuciones la respuesta que en Derecho proceda a la petición de Olga Luz Espinosa Morales” dentro de un plazo de 10 días hábiles.

Este caso encaja adecuadamente, según el propio Tribunal, en el ámbito propio del derecho electoral. La amplitud del derecho lo precisó, afirma el propio Tribunal, en el SUP-JDC-1120/2008, y al invocarlo, la resolución de las Juanitas sostiene que:

el derecho a ser votado, consagrado en el artículo 35, fracción II de la Constitución, comprende el derecho de un ciudadano a ser postulado como candidato a un cargo de elección popular, a fin de integrar los órganos estatales de representación popular, y que esta prerrogativa abarca el derecho de ocupar el cargo para el cual resulta electo, el derecho a permanecer en él, y el de **ejercer las funciones** que le son inherentes (énfasis añadido).

En seguida, la resolución en comento señala que, de conformidad con lo establecido por el artículo 99, fracción V de la Constitución, el objeti-

⁷ A la fecha de revisión de este escrito, la diputada propietaria peticionaria de la licencia definitiva, Olga Luz Espinosa Morales, permanecía todavía en el cargo. Véase el sitio <http://www.diputadosprd.mx/info.php?id=15>, consultada el 24 de febrero de 2010.

vo de la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, y en particular por lo que hace al derecho de ser votado, una interpretación estrecha de este derecho que lo ciñera al momento en que el candidato asume el cargo:

limitaría el alcance previsto por el constituyente, habida cuenta que tomar parte en los asuntos políticos del país, cuando se ha accedido a un cargo público, sólo se puede dar **si se garantiza su ejercicio**, salvo, desde luego, los casos previstos por la misma norma, para dejar de ejercerlo.

La sentencia apoya su conclusión en la jurisprudencia 12/2009, emitida por la propia Sala Superior el 8 de julio de 2009, con el siguiente texto (marcamos énfasis en algunas expresiones que consideramos importantes):

ACCESO AL CARGO DE DIPUTADO. COMPETE A LA SALA SUPERIOR CONOCER DE LAS IMPUGNACIONES RELACIONADAS

CON ÉL.- De la interpretación sistemática, funcional e histórica de los artículos 99, párrafos segundo y cuarto, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 184, 189, fracción I, inciso e) y 195, fracción IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como 83, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, **se advierte que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es el órgano competente para conocer y resolver las controversias que se susciten respecto de la supuesta conculcación del derecho de ser votado en su vertiente de acceso y ejercicio del cargo de los diputados**, porque como máxima autoridad jurisdiccional electoral tiene competencia originaria y residual para resolver todas las controversias en la materia, con excepción de las que son competencia exclusiva de la Suprema Corte de

Justicia de la Nación y las salas regionales, sin que la hipótesis mencionada esté dentro de los supuestos que son del conocimiento de éstas, además de que sólo de esta forma se observa la finalidad del legislador constituyente consistente en el establecimiento de un sistema integral de justicia electoral de tal forma que todos los actos y resoluciones de dicho ámbito, o bien, que incidan y repercutan en el mismo, admitan ser examinados jurisdiccionalmente en cuanto a su constitucionalidad y legalidad.

En relación con el problema jurídico concreto, consistente en la falta de respuesta a la solicitud de otorgamiento de licencia definitiva a una diputada federal, la resolución sostiene que

... la justiciabilidad del derecho político-electoral en comento, en los aspectos positivos (derecho a ser elegido, derecho a permanecer en el cargo y el del ejercicio) como en los negativos (por ejemplo el derecho a dejar de desempeñar el cargo para el cual se fue electo), también son susceptibles de ser dirimidos ante una instancia jurisdiccional.

Como se observa, la sentencia incorpora un concepto interesante: la licencia como un derecho de un representante democráticamente electo, asociado al derecho político-electoral. El texto no es claro en este punto, puesto que el mismo texto ha afirmado con anterioridad que (subrayo)

... quien accede a un cargo de representación popular, tiene a su vez el **deber** de ejercer el mismo, **sin que esta obligación** del desempeño por disposición expresa del párrafo cuarto del artículo 5 constitucional, **conlleve la imposibilidad absoluta de solicitar licencia definitiva del cargo...**

Pero el Tribunal no argumenta acerca de los límites a ese deber, al interpretar el mencionado artículo 5, que en la parte conducente dice: “En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas... el desempeño de lo cargos... de elección popular, directa o indirecta”. Tampoco describe en qué sentido puede considerarse que la solicitud de licencia cabe en la categoría de los derechos de un legislador, ni si dicho pretendido derecho está sometido a límites y, en su caso, cuáles son, o si ese derecho es de libre disposición por parte del legislador. En realidad sería necesario abordar una teoría sobre el estatuto de los legisladores y sus límites, en su caso, frente al derecho político-electoral del ciudadano, perspectiva que evidentemente está ausente de esta resolución.

En apoyo a su posición, el Tribunal invoca asuntos previos, que, dijo, son “de suma relevancia para satisfacer el requisito de procedencia del presente asunto”. Son los expedientes SUP-RAP-113/2009, SUP-RAP-116/2009 y SUP-RAP-118/2009, acumulados, en los cuales, según el propio Tribunal, éste “...abordó la naturaleza jurídica de la separación del cargo de un presidente municipal y el momento a partir del cual surte efectos la misma”.

Pero la resolución de las Juanitas no parece contar con un apoyo sólido en estos tres asuntos acumulados como precedentes, ni siquiera para sólo el efecto de la procedencia del caso de la diputada Olga Luz Espinosa. En estos casos invocados por el Tribunal —tres asuntos diversos, pero análogos entre ellos por referirse al mismo acto de la autoridad responsable, el IFE— el acto impugnado fue un acto que podríamos calificar como formal y materialmente electoral, puesto que se trató del acto de registro realizado por el IFE, de candidato a diputado federal de un ciudadano que no había obtenido previamente la licencia a su cargo de presidente municipal por el Congreso del Estado. Entonces, la solicitud de licencia y su otorgamiento era un requisito previo para el ejercicio del derecho a ser votado en tanto que se solicitaba con ese específico propósito. Por tanto, la jurisdicción y competencia del TEPJF era correcta. Expresamente, esta sentencia invocada por la Sala afirma que

... el requisito de elegibilidad para ser postulado como candidato a diputado federal, previsto en el artículo 55, fracción V, Constitucional, consistente en separarse definitivamente del cargo noventa días antes del día de la elección, se cumple cuando el servidor público se separa materialmente de su cargo con esa anticipación o solicita oportunamente la licencia para hacerlo, con independencia de si se acuerda oportunamente y en sentido favorable o no por la autoridad encargada de hacerlo.

Pero, como parece ser claro, a diferencia del caso invocado, en la presente resolución, que aquí comentamos, el acto impugnado no está asociado con un requisito de elegibilidad para ser postulado a un cargo de elección popular, sino que se trata de un acto específico de solicitud de licencia pura y simple, es decir, quien pide licencia no lo hace para satisfacer un requisito asociado a otra elección, como sí fue el caso que el TEPJF asume como precedente. Por tanto, parecería necesario distinguir adecuadamente las problemáticas entre los antecedentes mencionados y el asunto de las Juanitas.⁸

⁸ Analícese los argumentos presentados en los asuntos SUP-RAP-113/2009, y sus acumulados SUP-RAP 116/2009 y SUP-RAP-118/2009, para precisar la utilización adecuada o no de los conceptos creados en estos asuntos y utilizados como precedentes. Sólo como apunte, considérense los argumentos vertidos en estos dos párrafos extraídos del texto de esta última sentencia aquí referida, los cuales parecen evidenciar que el problema jurídico en cuestión en estos precedentes era diverso al aquí analizado: En el SUP-JRC-361/2007 y SUP-JDC-2041/2007 acumulados, se sostuvo, en lo que interesa, que “no hay duda que la forma tajante en que el interesado se separa del encargo desempeñado es a través de la solicitud de licencia para ocupar el cargo, mas no con la aceptación de la misma, pues rompe definitivamente con todo tipo de vínculos relativos a la actividad que desarrollaba, por lo tanto es posible afirmar que basta concretar la manifestación de voluntad, en el sentido de dejar de desempeñarse como Presidente Municipal y no realizar materialmente las funciones respectivas, para considerar que se actualiza la separación del cargo.” Seguidamente, en diverso párrafo, se asienta lo siguiente: “En dicha sentencia, también se señaló que lo verdaderamente trascendente en esta forma de actuar es que el interesado que pretende ser candidato a una elección constitucional, se separe del cargo que ostenta como servidor público, por lo menos con noventa días antes de los comicios respectivos, a fin de que participe en igualdad de condiciones respecto a los demás contendientes, máxime que del análisis de la constitución local y del Código Electoral de Tamaulipas, no se prevé como condición para que surta efectos la separación del cargo, el que sea aprobada la solicitud de licencia en sesión de cabildo”.

*Algunas recapitulaciones críticas***Sobre la escasa calidad argumentativa
de la resolución**

Las argumentaciones que sostienen la decisión del Tribunal no son nada claras ni tampoco parecen sostener adecuadamente los resolutivos. En efecto, la lectura atenta de la jurisprudencia 12/2009, transcrita, puede generar dudas importantes acerca de la amplitud de la competencia de este Órgano Jurisdiccional. La expresión resaltada de la jurisprudencia transcrita afirma de manera categórica que la Sala Superior del TEPJF es competente para conocer de los casos de supuesta conculcación “del derecho de ser votado en su vertiente de acceso **y ejercicio del cargo de diputado**”. La expresión así contemplada es muy difícil de admitir, puesto que en el derecho de ser votado, en la vertiente de **ejercicio del cargo de diputados**, sencillamente no cabe aceptar que los actos que realizan los diputados precisamente en ejercicio de su cargo puedan ser impugnables ante la Sala Superior del TEPJF. Sin otra precisión mayor, que la tesis no contiene, podría llegarse a afirmar que dicho órgano jurisdiccional es competente para resolver muchos temas propios que hasta ahora suelen formar parte del derecho parlamentario, que es el ámbito propio de regulación del **ejercicio del cargo de diputados**, y no del electoral. Piénsese en los temas de la función legislativa, o la de aprobación de presupuestos, o el nombramiento de titulares de otros órganos constitucionales, como, por ejemplo, los magistrados de las propias salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, todos ellos, en nuestra opinión, dentro del campo del ejercicio del cargo de los legisladores en general. Parecería necesario precisar que no es lo mismo el **acceso** al cargo de diputado que el **ejercicio** del cargo de diputado. Y la tesis adolece de una necesaria distinción entre ambas expresiones. Es decir, esta tesis creada por la Sala Superior del TEPJF es muy imprecisa en la determinación de la amplitud de la competencia de ella misma.

Sobre el uso equívoco de resoluciones previas asumidas como precedentes

No parece correcta la invocación, en el presente caso, de los asuntos en los cuales se determinó la licitud del registro de un candidato a diputado por el principio de mayoría relativa en el estado de Colima, aun cuando no se le hubiera aprobado su solicitud de licencia, porque en el caso de Colima dicha solicitud de licencia estaba asociada directamente al ejercicio del voto pasivo, en tanto que es un requisito para el registro. Pero en el problema de las Juanitas, la solicitud de licencia no contaba con esta característica, y este elemento que, en nuestra opinión, hace una diferencia muy importante y que obligaba a construir un problema jurídico distinto al que construyó el Tribunal, no es tomado en cuenta por éste. Adicionalmente, en el caso de las Juanitas, el Tribunal no se hace cargo, y creemos que debió haberlo hecho, de la distinta solución dada en el antecedente de Colima, en donde el Tribunal dio por buena la sola solicitud de licencia presentada por el candidato a diputado y, consecuentemente, confirmó el acto de registro del IFE, aun cuando el Ayuntamiento no dio respuesta a la solicitud; mientras que en el Caso Juanitas, el Tribunal ordena a la autoridad competente para otorgar la licencia, la emisión de un acto de respuesta a la solicitud de licencia, confirmando, en nuestra opinión, que se trata de actos materialmente distintos que ameritaban diferente tratamiento.

Sobre la carencia de conceptos jurídicos apropiados

Puede considerarse que todo Tribunal, al integrar la litis del caso, aborda también una estrategia argumentativa que le permitirá resolver el caso en cuestión. En el presente caso, por tanto, es posible que haya sido intencional el que la Sala Superior haya evadido abordar el problema desde la perspectiva que tradicionalmente suele ser analizado el tema de las licencias o renunciaciones de los legisladores, es decir, desde lo que la doctrina parlamentaria denomina el **estatuto de los legisladores** (Franco 2006, 9). El no hacerlo, suponemos, le permitía al órgano jurisdiccional argumentar des-

de “su propia cancha”, la específicamente electoral. Sin embargo, considerando las críticas que hemos podido presentar al trabajo jurisdiccional realizado en esta sentencia, en nuestra opinión, la resolución ameritaba un abordaje más complejo de la problemática subyacente a la solicitud de licencia por parte de un legislador en funciones, desde la perspectiva de los derechos electorales y parlamentarios y, además, distinguiendo o bien justificando suficientemente la incorporación de asuntos previos que no encajan adecuadamente, en nuestra opinión, en el caso de las Juanitas. Es decir, en qué medida estamos realmente ante un derecho, qué clase de derecho está en litigio, de donde podría concluirse si se trata de un derecho electoral o bien si es uno de índole parlamentaria. Pero si no admitimos el supuesto de la estrategia del Tribunal, con la información que ofrece esta resolución podría considerarse que el Tribunal no acertó en el uso de conceptos elementales propios del derecho parlamentario.

**Caso 2. Un asunto resuelto
por sobreseimiento, con un intento,
posiblemente equívoco, de precisiones
parlamentarias en un voto disidente⁹**

El segundo asunto al cual voy a hacer referencia, que también está en la vía de la protección de derechos político-electorales, a diferencia del anterior tiene particularidades que provocaron la emisión de criterios diversos por parte de algunos integrantes de la Sala Superior del TEPJF que emitieron un voto particular conjunto discrepante del sentir de la mayoría de los integrantes de la Sala. Por tanto, de entrada estamos frente a un asunto cuya respuesta no tiene claridad para los juristas magistrados de la Sala. Adicionalmente, se formó engrose por el magistrado Esteban Penagos, en tanto que el proyecto de resolución del magistrado

⁹ Este asunto tiene el número SUP-JDC-144/2007. La sentencia fue emitida el 21 de marzo de 2007. Podría denominarse como el Caso Campeche, porque refiere a problemas dentro del Congreso de aquella entidad federativa.

ponente González Oropeza no fue aceptado, y quien, consecuentemente, formuló voto particular conjuntamente con la magistrada presidenta María del Carmen Alanís Figueroa.

A diferencia del anterior, puede estimarse que, en principio, este asunto no está asociado ni directa ni indirectamente con el ejercicio del voto pasivo, en tanto que se trata del debate sobre un pretendido derecho de un legislador. En este caso, el acto reclamado es el acto de remoción del coordinador del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional (PAN) en el Congreso del Estado de Campeche, acto que fue realizado por la presidenta del Comité Ejecutivo Estatal del PAN en dicho estado.¹⁰ Por tanto, se trata de un acto de un órgano materialmente no parlamentario, porque lo hace en su calidad de órgano de dirección partidista, y por ello es un acto de naturaleza política, pero no parlamentaria. Sin embargo, los efectos del acto impugnado son totalmente parlamentarios, en tanto que inciden en la conformación de un órgano con ese carácter, como es un grupo parlamentario. Adicionalmente, la legislación aplicable, la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Campeche, establece, según sostiene la misma sentencia, que “su funcionamiento, actividades y los procedimientos para la designación de los coordinadores de los grupos parlamentarios serán regulados por las normas estatutarias y los lineamientos de los respectivos partidos políticos, en el marco de la referida ley orgánica”.¹¹

La decisión sostuvo que el asunto ameritaba un sobreseimiento precisamente porque quien solicita el juicio es no un militante de un partido político sino un diputado, un funcionario público en calidad de representante de elección popular, por lo cual, sostiene la sentencia, “los beneficios o pri-

¹⁰ Un caso que trata un asunto análogo, en tanto que se impugnó la sustitución del coordinador parlamentario del Congreso del Estado de Nayarit, fue resuelto en el juicio SUP-JDC-2999/2009, pero aquí no vamos a hacer referencia al mismo. En todo caso, llamamos la atención sobre el hecho de que en este nuevo asunto se expresó un solo voto disidente, del magistrado González Oropeza, y la magistrada presidenta ahora votó en el sentido de la mayoría. Podemos mencionarlo como Caso Nayarit.

¹¹ Véase el Considerando Segundo apartado B) Causas de Improcedencia de esta sentencia en comentario.

vilegios que por ello se obtienen escapan al ámbito de protección del juicio que nos ocupa y se incluyen en los del derecho parlamentario, por tratarse del desempeño del cargo al interior de la legislatura”.¹² Nótese que este argumento presentado aquí por esta sentencia parecería justificar la improcedencia del conocimiento de la solicitud de licencia por parte de las Juanitas, en tanto que dicha solicitud de licencia constituye un derecho inherente a la calidad de diputado, de funcionario público, lo que llevaría a replantearse la corrección de la sentencia comentada anteriormente, por improcedencia de la vía y, por tanto, la incompetencia del órgano jurisdiccional, el Pleno del TEPJF; pero, como hemos visto, la sentencia de las Juanitas no atiende este punto, mostrando aquí claramente inconsistencias de criterio. Es decir, si el Tribunal aceptó la tesis de este caso 2, en tanto que es anterior al de las Juanitas, en este último el TEPJF debió haber construido un argumento para distinguir ese caso 1 del que ahora comentamos, cuestión que no hizo, de manera inexplicable.

Seguidamente, la sentencia abunda acerca del contenido del derecho de ser votado, recordando que este derecho se sustenta en la situación —principio, podríamos decir— de igualdad para:

- a) Competir en un proceso electoral.
- b) Ser proclamado electo.
- c) Ocupar materialmente y ejercer el cargo (acceder), por el ciudadano que haya sido electo.

En relación con estos puntos, la sentencia ahonda en el contenido de los tres elementos que integran el derecho al cargo, en los siguientes términos, los cuales, en nuestra opinión ameritarían quizá alguna precisión mayor de los contenidos que ofrece la sentencia (enfaticamos el análisis del tercer elemento):

¹² Ídem.

... la última peculiaridad del derecho tutela el acceso al cargo sobre la base de la garantía de no ser removido de él, ni privado de las funciones a las que se accedió mediante el voto, sino por las causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente previstos, aptos para impedir, suspender o separar al funcionario en el ejercicio de la encomienda conferida (por ejemplo la dimisión del cargo, la responsabilidad penal, civil o administrativa, la inhabilitación o suspensión de los derechos, etc.).

En consecuencia —continúa la sentencia— “únicamente el aspecto precisado del derecho a ser votado, en la variante de acceso es objeto de tutela jurisdiccional, a través del juicio para la protección de los derecho político-electorales del ciudadano...”

Se afirma aquí, por tanto, que este derecho de ser votado sí está tutelado por la vía mencionada, en consecuencia ante el propio Tribunal Electoral, cuando se cometen violaciones como las mencionadas, es decir, cuando se ha removido del cargo o privado de las funciones a un legislador por vías distintas a las mencionadas.

Pero el acto de remoción de un coordinador de grupo parlamentario no se encuentra en la hipótesis señalada por la resolución, por lo que, concluye el texto, se sobresee el asunto.

El voto particular contiene una apreciación diferente del asunto, puesto que, como sostienen los disidentes, debe analizarse si entre los derechos político-electorales se encuentra o no el derecho a ser nombrado coordinador de grupo parlamentario. Particularmente si la remoción vulnera el derecho de afiliación a los partidos políticos, en la modalidad de acceso y ejercicio a cargos de dirigencia partidista, así como de participación en la vida política del país. El voto particular así lo afirma.

El voto sostiene dos líneas argumentativas. La primera, orientada a defender la tesis de que el nombramiento de coordinador de grupo parlamentario pertenece al ámbito de derechos protegidos por la vía de los derechos

político-electorales del ciudadano. A ello nos referiremos en el siguiente párrafo. La segunda línea argumentativa apunta a refutar el argumento que sostiene que el acto en disputa es materialmente parlamentario. Ésta será objeto de nuestros comentarios posteriores.

Respecto al primero de los puntos de discusión, sobre el cual el voto no ofrece una extensión argumentativa amplia, los magistrados disidentes construyen su argumento centrando el problema en el tipo de acto sometido a debate: “la cuestión sujeta a debate tiene que ver con establecer la naturaleza jurídica de tal acto y determinar si produce o no la violación a los derechos político-electorales del promovente”. En su argumentación, consideran los disidentes que toda vez que una consecuencia asociada al nombramiento de coordinador del grupo parlamentario del PAN en el estado de Campeche es el de adquirir el derecho de participar como miembro *ex officio*, con derecho a voz en las sesiones del Comité Directivo Estatal de ese partido político, su remoción “viola en perjuicio del actor el derecho político-electoral de afiliación libre e individual a los partidos políticos en su vertiente de acceder y ejercer cargos de dirigencia partidaria”. Consecuentemente, sostienen, el acto es impugnabile a través del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.

Estas son consideraciones erróneas. Sustentar la procedencia de la vía en un derecho —el de ser miembro del Comité Directivo Estatal de un partido— que es consecuencia de otro derecho que podemos considerar principal —el de ser el coordinador del grupo parlamentario de ese instituto político—, es una distinción que me parece fundamental para entender la diferencia entre el núcleo de un derecho y los efectos que éste produce, es equivalente a sostener, en un caso supuesto, que un arrendatario puede demandar la invalidez de la terminación de un contrato sobre la base de que ya no va a poder hacer uso del inmueble que le es arrendado, y no sobre la base de la facultad que tendría el arrendador de terminarlo con base en su voluntad apoyada en los términos del contrato. Es decir, el hecho de formar parte del órgano de dirección partidista es sólo una consecuencia o

efecto jurídico del hecho diverso consistente en ser el titular de la coordinación del grupo parlamentario, que es el hecho principal sometido a debate. Por ello, creo que no es defendible esta postura.

Por cuanto hace al problema relativo a la naturaleza del acto impugnado, los magistrados expongan sus argumentos. Ofrecen una definición de acto “materialmente parlamentario” señalando que:

conforme con la doctrina jurídica, el acto parlamentario se entiende como el ejercicio concreto de una potestad en aplicación del Derecho parlamentario por parte del Congreso o uno de sus órganos, el cual debe circunscribirse a la esfera de sus competencias, mediante la cual, crea, modifica o extingue una situación jurídica de gestión o administración del órgano legislativo.

Consecuentes con esta definición, los disidentes sostienen que los criterios que definen un acto como de naturaleza parlamentaria son los siguientes:

- Un acto materialmente parlamentario es el resultado del ejercicio de una potestad.
- Debe estar previsto en la normativa parlamentaria.
- Emitirse por el órgano parlamentario o uno de sus órganos.
- Verificarse en ejercicio de sus competencias.
- Crea, modifica o extingue una situación jurídica de gestión o administración del órgano legislativo.

La definición estipulativa de acto parlamentario ofrecida en el voto, y los elementos que correspondientemente los disidentes extraen de ella, podría dejar fuera muchos actos que materialmente son considerados por la doctrina como de naturaleza parlamentaria, como, por ejemplo, todos los actos parlamentarios normativos, sean legislativos o no, así como los

actos no normativos de los parlamentos, como los de control, o también los cuasijudiciales, entre otros más. En realidad, esta definición de acto parlamentario ofrecida por los magistrados disidentes parece centrar su atención únicamente en los actos parlamentarios denominados **de organización, administración y gestión**, los cuales “responden a las facultades de organización interna que el principio de autonomía confiere a las Cámaras” (García 1987, 89),¹³ pero no en la generalidad de los actos parlamentarios, lo que parece ser el enfoque de los magistrados en disenso. Podría afirmarse que esta limitación conceptual de acto parlamentario, la cual centra el problema en la clase de acto que se controvierte en el juicio, como es la remoción del coordinador de un grupo parlamentario, sí podría encajar en el tipo de acto parlamentario de la clase de actos de organización, administración y gestión, pero incluso aceptando esta precisión, la definición de acto parlamentario de organización que ofrece el voto disidente no se hace cargo de elementos definitorios fundamentales del mismo, como es que el sustento de esta clase de actos es el principio de autonomía que lo sustenta, o el elemento de voluntad parlamentaria que es propio de todo acto jurídico, y, por tanto, también del acto parlamentario.¹⁴ Sería de esperar, por ello, que la argumentación disidente atendiera al elemento de autonomía parlamentaria que es inherente a esta clase de actos parlamentarios, como condición previa para justificar por qué pertenece al ámbito de actos parlamentarios.

Si se aceptan las críticas apuntadas al presupuesto fundamental en que se apoya el voto disidente en el juicio que comentamos, entonces podría considerarse que la consecuencia argumentativa del voto —consistente en que el acto de nombramiento de coordinador de grupo parlamentario no pertenece a la clase de actos parlamentarios— derivada de la premisa

¹³ En realidad el concepto genérico de acto parlamentario admite diversas variantes de expresión y contenidos, que no son considerados por este voto, pues su definición parece abarcar la totalidad de actos parlamentarios, equivocadamente.

¹⁴ En los términos en que está expresada la opinión disidente, no haría falta una manifestación de voluntad por parte de un órgano parlamentario para tener por creado un acto parlamentario.

—consistente en que el acto no satisface los elementos definitorios de los actos parlamentarios— no se sostiene. Especialmente me referiré al punto cinco de estas argumentaciones, que está orientado a analizar el tipo de acto parlamentario controvertido, es decir, la remoción del coordinador parlamentario. Este punto cinco sostiene que el acto parlamentario es el que “crea, modifica o extingue una situación jurídica de gestión o administración del órgano legislativo”, según afirma el texto del voto disidente.

El voto sostiene que el acto impugnado

de manera alguna crea, modifica o extingue una situación jurídica de gestión o administración del órgano legislativo, en virtud de que la estructura orgánica del Congreso local no se ve afectada, puesto que todos los grupos parlamentarios de dicho órgano colegiado seguirán contando con la representación respectiva al interior del congreso, por lo que las actividades propias del órgano legislativo no se ven entorpecidas.

La afirmación contenida en el párrafo anterior no se hace cargo de las importantes consecuencias jurídicas que en el ámbito parlamentario tiene contar con la titularidad de la coordinación de un grupo parlamentario. Es harto sabido en la doctrina del derecho parlamentario que la estructuración de los órganos legislativos en el orden jurídico federal mexicano toma en consideración de manera muy importante para su funcionamiento, desde 1977, a los grupos parlamentarios. Si bien el artículo 70 constitucional —reformado, entre muchos otros, en una primera etapa de modernización del derecho parlamentario— sólo refiere a la organización de los grupos parlamentarios en la Cámara de Diputados, la interpretación que hicieron los propios órganos legislativos al emitir su ley orgánica en 1979, y la vigente, de 1999, fue en el sentido de entender que los grupos parlamentarios son los órganos apropiados para agrupar a los legisladores “según su afiliación de partido”, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado. Si bien nos referimos al caso del Congreso de la Unión y no al del

estado de Campeche, que es el objeto de revisión en la sentencia en comentario, es muy útil apuntar que, de conformidad con su Ley Orgánica, en el Congreso de la Unión encontramos atribuciones expresas otorgadas al coordinador de grupo parlamentario, tanto en la Cámara de Diputados (artículo 27) como en el Senado (artículos 74 y 75), entre muchos otros artículos que regulan la figura del grupo parlamentario, del coordinador y de la junta de coordinación política.¹⁵ En la normativa parlamentaria existen, además, importantes ejemplos de atribuciones otorgadas al coordinador del grupo, como es el caso, por ejemplo, de las que los acuerdos parlamentarios otorgan a dichos coordinadores para el funcionamiento de las reuniones de la Comisión Permanente (Raigosa 2005, 158). En fin, nos parece que la apreciación del voto que implica la falta de consecuencias para los grupos parlamentarios derivadas del cambio de coordinador, no toma en cuenta los importantes efectos jurídicos que, en el ámbito parlamentario, derivan de la normatividad aplicable a los titulares de la coordinación de un grupo parlamentario.

Nos parece que el fondo del problema estaría en un acercamiento a una propuesta de definición de la naturaleza jurídica de los grupos parlamentarios. Si bien, como es harto sabido, esta cuestión divide importantemente a la doctrina, toda vez que algunos parlamentaristas sostienen que los grupos parlamentarios no clasifican en la categoría de órganos parlamentarios en tanto que no imputan la voluntad del Congreso, otros sostienen que sí cabe

¹⁵ Disiento de la postura del profesor Federico Estévez en relación con la posible liberalidad interpretativa que pueda tener la mayoría parlamentaria en el Congreso, al punto de que el coordinador de un grupo parlamentario lo es, en última instancia, porque así lo acepta el Congreso, y no por decisión de la directiva partidista correspondiente. Creemos que la fuerza de la ley, aun la ley parlamentaria, no puede depender, en este grado, de la voluntad mayoritaria, y una posible negativa de aceptación de dicho nombramiento por parte de la Mesa Directiva o del Pleno de un Congreso local podría impugnarse jurisdiccionalmente, pero me parece que se trataría de un acto plenamente parlamentario cuya impugnabilidad habría que ser precisada, puesto que no es claro que pueda ser por la vía jurisdiccional electoral, como parece ser la pretensión del voto particular, y habría que analizar la procedencia de la justicia constitucional ordinaria, por la vía del amparo. En todo caso, coincido plenamente con el juicio de Federico Estévez, en que el estudio de las características de la Ley Orgánica del Congreso no han sido adecuadamente estudiadas, lo que ameritaría ciertamente un estudio serio sobre el particular.

clasificarlos como órganos parlamentarios en tanto que las voluntades de los parlamentarios integrados en grupo sí son imputables al Congreso o a la Cámara. Pero, de aceptarse que los grupos parlamentarios sí son órganos parlamentarios, habría que analizar todavía si el acto de remoción o de nombramiento de un coordinador es un acto parlamentario o no, es decir, si se imputa al Congreso. De la respuesta de esto, en nuestra opinión, dependería la clasificación del acto jurídico a debate como parlamentario en particular o como político en general pero no parlamentario.

Esto último, que parecería constituir el contenido de los elementos para definir un acto parlamentario de naturaleza administrativa, no lo desarrolla el voto de minoría, en tanto que pretende distinguir un acto parlamentario de uno político-electoral, para avanzar en su argumentación hasta concluir que sí procede la vía del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano en este supuesto.

En consecuencia, podemos concluir del análisis de este segundo caso, que tampoco encontramos argumentos que sustenten sólidamente las afirmaciones del voto disidente, por una parte. Por lo que hace a la sentencia, si bien parece adecuada la solución dada al asunto por la vía del sobreseimiento, no deja de llamar la atención la ligereza argumentativa en que se soporta la decisión, así como las importantes inconsistencias en relación con otras decisiones emitidas por el mismo Órgano Jurisdiccional.

Consideraciones concluyentes

En el fondo de las resoluciones comentadas, y en otras más que sería necesario revisar en otro momento, se encuentra el problema fundamental que la evolución de las sociedades modernas presenta a los tribunales de última instancia, consistente en la necesidad de definir las fronteras normativas de su actuación ante otros órganos, jurisdiccionales o no. El TEPJF, al parecer, está tratando de encontrar los límites adecuados para extender su benéfica función de impartir justicia electoral —de hacer entrar en juicio a otros, como quería el maestro Francesco Carnelutti— al resolver estas disputas judiciales comentadas. Pero sin dejar de reconocer que en su

calidad de tribunales de última instancia, sus resoluciones no admiten recurso alguno, nos sentimos en la obligación de señalar, desde la perspectiva de la doctrina jurídica, los desvíos y las inconsistencias que parecen evidenciarse de las argumentaciones presentadas, con el propósito de mejorar la justicia electoral que estamos construyendo.

No está de más, en consecuencia, considerar la conveniencia de ahondar en el estudio de la doctrina parlamentaria frente a la doctrina electoral, para aportar más elementos de juicio sólidos orientados a fundamentar la competencia de los tribunales en estas decisiones “frontera”. Asimismo, consideramos conveniente el estudio comparado de las vías de la justicia electoral frente a las vías de justicia constitucional, particularmente el juicio de amparo, el cual ha sido utilizado en casos que involucran centralmente cuestiones políticas, pero dentro del ámbito del estatuto de legisladores, como fue en el coloquialmente conocido como Amparo José Córdoba (Amparo en Revisión 2214/1998) o también en el Amparo Bartlett (Amparo Directo en Revisión 27/2009). De igual manera, estamos conscientes de la necesidad de ahondar en los estudios relativos a las relaciones de control y de colaboración entre los tribunales de última instancia y otros órganos de superior jerarquía normativa, para favorecer precisamente el entendimiento de los límites entre los órganos jurisdiccionales y los no jurisdiccionales que, como bien se sabe, están en el núcleo de la problemática constitucional de hoy.

Fuentes consultadas

Franco González Salas, José Fernando. 2006. *Las incompatibilidades e impedimentos en el marco del estatuto personal de los senadores*. México: ITAM/Miguel Ángel Porrúa.

García Martínez, Ma. Asunción. 1987. *El procedimiento legislativo*, Serie Monografías. Madrid: Congreso de los Diputados.

Raigosa, Luis. 2006. *La Comisión Permanente del Congreso de la Unión*. México: ITAM/Miguel Ángel Porrúa.

El derecho al sufragio del presunto delincuente. El Caso Facundo*

The Disenfranchisement of suspected criminal: The Facundo's Case

Luis Efrén Ríos Vega**

RESUMEN

En este trabajo se presenta la polémica de la suspensión del sufragio a los presuntos delincuentes a partir de un caso mexicano. Ofrece, en primer lugar, un panorama comparativo de diferentes precedentes de cortes internacionales, para luego desarrollar las fórmulas de solución que en el caso mexicano se puede ensayar para resolver por qué, cuándo y cómo se puede limitar la libertad electoral de una persona sujeta a un proceso penal. El punto central es justificar que la suspensión de la ciudadanía como medida cautelar se puede racionalizar a partir de los principios de estricta legalidad y proporcionalidad. El artículo, al final, propone una reformulación de la doctrina judicial del Caso Facundo, para orientar el modelo constitucional motivado, proporcional y casuístico de la privación preventiva de la ciudadanía por la formal prisión.

PALABRAS CLAVE: suspensión de derechos políticos por causa penal, ciudadanía política, muerte ciudadana y sufragio.

* Ponencia (corregida y aumentada) para el I Observatorio Judicial Electoral, Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, correspondiente a la Quinta Circunscripción Plurinominal, con residencia en Toluca de Lerdo (en adelante SR-Toluca), 11 de noviembre de 2009, Toluca, Estado de México.

** Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma de Coahuila.

ABSTRACT

This paper presents the Felony Disenfranchisement debate from a Mexican case. Firstly, offers a comparative overview of different precedents of international courts, to then develop solution's formulas in the Mexican case try to resolve why, when and how the electoral freedom of a person subject to criminal proceedings can be limit (restrict). The central point is probe the suspension of citizenship as a precaution measure (injunction) that could be rationalized from rule of law and proportionality principles (*balancing test*). The article, in the end, proposes a restatement of the judicial doctrine from the Facundo's Case to guide the constitutional model motivated, proportional and casuistic of citizenship's preventive deprivation by an Judicial act that pronounce a formal detention.

KEYWORDS: felon disenfranchisement, political citizenship, civil death and right to vote.

Premisas

En México, la Constitución¹ establece cuatro casos de suspensión de derechos políticos (SDP): fuga (Ríos 2010a), formal prisión (Ríos 2010c), condena (Ríos 2010b) y ejecución de la prisión (Ríos 2010d).

Estas categorías de suspensión de la ciudadanía por un hecho sancionado como delito, implican un concepto general: la SDP es una pena o “medida cautelar” de ésta que tiene por objeto tutelar la sociedad democrática por la violación a la ley penal. La suspensión preventiva, en consecuencia, es una “restricción constitucional directa” al derecho a la “ciudadanía política”² que opera como medida privativa, provisional o definitiva, de la libertad electoral con motivo de un proceso o condena de un delito que merece la privación del sufragio.

En este trabajo analizaré el Caso Facundo (ST-JDC-22/2009)³ que plantea el tópico del derecho a la ciudadanía política del presunto responsable sujeto a un proceso por delito sancionado con prisión. La cuestión principal consiste en determinar si una persona en libertad bajo caución debe tener o no restringida en forma cautelar su calidad ciudadana por el solo dictado de la formal prisión, sin importar el delito o su privación preventiva. La respuesta de la SR-Toluca fue no suspender el sufragio de una persona que disfruta de libertad provisional dentro de un juicio criminal, porque la aplicación favorable de la presunción de inocencia permite sostener que las personas que están en libertad personal deben gozar igualmente de su libertad electoral, en tanto que la falta de una sentencia que declare de manera irrevocable la culpabilidad penal significa, en clave garantista, que resulta inaceptable tratar anticipadamente a un inocente con la pérdida provisional de sus derechos políticos.

¹ Véase el artículo 38, fracciones II, III, V y VI, de la Constitución.

² Por “ciudadanía política” entiendo la posibilidad de participar en el ejercicio del poder público representativo. Se trata del derecho a la participación electoral: votar, ser votado y participar en la afiliación y asociación de un partido.

³ Sentencia dictada por la SR-Toluca el 5 de marzo de 2009.

El punto de partida. Es correcta la respuesta de la SR-Toluca de no tener por suspendida la calidad ciudadana por el mero dictado de un auto de formal prisión, pero sus razones para llegar a esta conclusión me parecen incompletas e inadecuadas. Mi tesis: la formal prisión, en el sistema constitucional mexicano, es una “condición necesaria pero insuficiente por sí misma” para justificar la restricción de la libertad electoral que se basa más bien en el hecho sancionado como delito que merece la privación de la ciudadanía política. El punto clave para desarrollar una mejor fórmula de solución de los problemas de la suspensión de derechos políticos por la formal prisión, no reside, a mi juicio, en la presunción de inocencia entendida como la no privación de derechos políticos por falta de una sentencia definitiva como criterio orientador, sino sobre todo en los principios de “estricta legalidad” y “proporcionalidad” de las penas que obligan a toda autoridad a motivar, de manera estricta, proporcional y de modo individual, la privación de cada uno de los derechos políticos por causa penal como medida provisional, según las circunstancias del caso, siempre que exista la presunción razonable de un daño o riesgo claro y presente a evitar (peligrosidad electoral) durante el juicio, a fin de tutelar el ejercicio de la participación política en el gobierno representativo.

Por lo tanto, la sentencia de condena como un elemento que se colige del debate universal de la presunción de inocencia, es el argumento que, a mi juicio, distorsiona en el caso mexicano la solución de los problemas de la suspensión preventiva del sufragio del presunto responsable. En una cuestión de suspensión de ciudadanía por causa penal como medida provisional, en efecto, no se trata de resolver si es necesaria o no una sentencia definitiva para justificar la privación de la libertad electoral, sino, por el contrario, lo que importa saber es si la medida cautelar resulta o no constitucional conforme a criterios razonables, pertinentes y objetivos que justifiquen el acto de molestia de privar los derechos de ciudadanía política a un procesado que amerite esa medida provisional. Ese es el problema a desarrollar.

Dividiré el trabajo en cinco partes. En primer lugar, delimitaré el tema como uno de los problemas actuales que enfrenta el sufragio como derecho universal en el contexto comparado. En seguida, describiré la discusión conceptual que se puede construir para entender el sentido de la norma constitucional mexicana que suspende los derechos políticos por el dictado de un auto de formal prisión, a partir de tres soluciones diferentes que ha ensayado la justicia constitucional. Expondré, en tercer lugar, los tres axiomas fundamentales para tratar este tipo de cuestiones. Justificaré luego el modelo constitucional más adecuado, a mi juicio, de privación del sufragio por causa penal. Presentaré, por último, una línea crítica al argumento principal en que se apoya el precedente judicial, para desarrollar, al mismo tiempo, una tesis argumentativa diferente para solucionar la cuestión del caso.

Notas del panorama actual

El Caso Facundo (2009) forma parte del elenco de asuntos que la justicia electoral mexicana ha resuelto a partir de la doctrina Pedraza (SUP-JDC-85-/2007),⁴ el cual plantea una fórmula garantista para resolver la suspensión de los derechos políticos bajo un modelo concreto, proporcional y específico que pretende evitar restricciones indebidas a la categoría de la ciudadanía política como base de la libertad electoral (votar, ser votado y participación política). La “fórmula Pedraza Ríos”, por tanto, es el camino a desarrollar para orientar soluciones más adecuadas a los problemas de privación de la ciudadanía: los derechos fundamentales no son absolutos ni categóricos porque están condicionados, por lo que las limitaciones a los derechos tampoco son absolutas en tanto que la regla a operar es la interpretación estricta y no extensiva para evitar restricciones indebidas a los derechos fundamentales.

⁴ Sentencia dictada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de fecha 20 de junio de 2007.

En efecto, para el caso mexicano, la suspensión indebida de la ciudadanía política puede generar situaciones de injusticia evidentes. En primer lugar, sin credencial para votar se dificulta la prueba de la identidad.⁵ Los cheques no se pueden cobrar, las solicitudes de empleo no se pueden requisitar y, por ende, el presunto delincuente tiene grandes problemas para vivir en sociedad: no es un igual. En segundo lugar, la interpretación extensiva de la privación de derechos políticos⁶ que predomina en la Corte, implica una restricción indebida a un gran número de personas: todos los procesados, sin importar el delito ni por ende su conducta reprochable. Por tal razón, el tópico resulta relevante para configurar los límites del sufragio que, sin duda, constituye una divisa para la dignidad humana: el sufragio hace que todos cuenten por igual, por lo que cuando se discute una restricción es necesario justificar la causa legal.

Se trata, por tanto, de un caso interesante cuya reflexión puede servir de referencia comparada, sobre todo para entender el panorama mexicano que, sin duda, es parte del debate contemporáneo de los límites al sufragio que se plantea en diferentes contextos internacionales.⁷

Una problemática del siglo XXI

La lucha por el sufragio de las clases peligrosas —léase, entre otros, los delincuentes— es uno de los temas que ocupan la agenda problemática del sufragio en el siglo XXI (Véase: Behrens 2004, 231-75; Ewald 2002, 1045-137; Hull 2006; Karlan 2004, 1147-70; Manza y Uggen 2008; Reiman 2005, 3-18; Robben 2007, 14-34). Sin embargo, el derecho a votar y ser votado

⁵ En México, la credencial de elector funciona como documento nacional de identidad.

⁶ Véase la tesis aislada IV.2o.P.35 P, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Enero de 2007, p. 2372, en la cual se sostiene que no sólo un auto de formal prisión sino también el de sujeción a proceso, implican la suspensión de la ciudadanía, con lo cual todo procesado, por cualquier delito, merezca o no prisión, debe tener suspendida la ciudadanía. Es, sin duda, la interpretación más excesiva e injustificada.

⁷ En Alemania, Argentina, Bélgica, Canadá, Colombia, EEUU, España, Guatemala, Holanda, Israel, Italia, Letonia, Reino Unido, Sudáfrica, Turquía, entre otros, se ha discutido este tema de privar el sufragio por causa penal o antidemocrática bajo diferentes matices, problemas y soluciones.

de los delincuentes es un tópico tradicionalmente tratado más en forma restrictiva que expansivamente, por las legislaciones y jueces de los estados nacionales —no es una cuestión ordinaria de reivindicación de derechos—. Suele ser, asimismo, un tema con mala prensa que rara vez tiene un editorial a favor,⁸ por lo que en el mundo de la política se califica ante todo como “políticamente incorrecto” por tener que asumir posturas incómodas e impopulares, poco o nada rentables ante el electorado, aunque la idea de remover las restricciones del sufragio a los detenidos pudiera repercutir en las tendencias electorales según el número de inhabilitados.⁹ En muchas ocasiones, en definitiva, proponer el sufragio de los delincuentes suele leerse hasta sospechoso: no es razonable permitir que la delincuencia organizada pueda influir en las elecciones en la medida en que el control del sufragio pueda construir una representación política a favor de intereses corruptos e ilegales.¹⁰

Por lo tanto, el sufragio como base de la democracia es un derecho que hoy se reivindica más a favor de categorías débiles o clases minoritarias más visibles de injusticia, que a categorías peligrosas —aunque muchas de ellas son minorías discriminadas por la criminalización de sus razas: latina, negra, indígena, gitana, etc.—.¹¹ Ciertamente, por un lado, existen debates

⁸ Véase *The Economist*, “Prisoners: Let them vote”. Unsigned editorial, 31 de octubre de 2009.

⁹ Existe el debate en la elección Bush-Gore en donde los prisioneros inhabilitados para sufragar en Florida constituyeron, según algunos estudios empíricos, un número relevante de electores que podían modificar los resultados presidenciales, a partir de la hipótesis de la preferencia del voto demócrata. Es decir: ¿los prisioneros tenían derecho a la última palabra para elegir al presidente de los EEUU?

¹⁰ La defensa de los derechos políticos de los criminales pudiera imaginar la idea, incluso, de que sus defensores también son parte de la “madera torcida de la humanidad” de la que habla Isaiah Berlín, justamente, porque pretenden que aquéllos se apoderen del gobierno representativo para tutelar los fines perversos de la organización criminal: la existencia de un bloque anti-contrale (la “teoría del voto subversivo”).

¹¹ La película *American Violet* (2008) basada en hechos reales acontecidos en EEUU durante las elecciones del 2000, demuestra el problema de la exclusión indebida del sufragio por la criminalización de una minoría en la guerra contra las drogas: un fiscal blanco que persigue los delitos bajo criterios racistas presenta acusaciones arbitrarias que obligan a la mayoría de los acusados (raza negra) a aceptar las penas negociadas (*plea bargain*), lo cual hace que pierdan sus derechos políticos, entre otros. Por consiguiente, la raza negra pierde su condición de igualdad para decidir la elección de un fiscal racista porque la mayoría no puede votar por condenas penales.

actuales para reconocer el sufragio activo de algunos colectivos, tales como el voto de minorías oprimidas (raza negra en Sudáfrica), de nacionales en el extranjero (mexicanos en Estados Unidos) o de los inmigrantes (extranjeros residentes en España), o bien, la polémica se orienta a facilitar el voto (sufragio de discapacitados); pero, por el otro, los movimientos políticamente más abiertos e intensos tienen que ver con las luchas del derecho a ser votado (sufragio pasivo), a través de políticas de igualdad que se diseñan en las llamadas cuotas electorales (ley de cupos) a favor de las mujeres, primero, pero ahora extendiendo la garantía de acción afirmativa para acceder al cargo popular a otros sectores: indígenas, migrantes, jóvenes, etcétera. Hablar, en suma, de un discurso emancipador de los derechos políticos de los criminales, suena, consecuentemente, un tanto raro y utópico. Más aún en la era del terror y de la inseguridad, en donde hemos pasado de la “Venus kantiana” que apuesta por la “paz perpetua” y rechaza las guerras humanitarias y preventivas en el marco del “pacifismo jurídico”, a la reflexión del paradigma del “Marte hobbessiano” que defiende el “derecho penal del enemigo” que plantea la idea de un nuevo “derecho electoral del enemigo” para restringir la ciudadanía a las clases peligrosas (Nieto 2009, 131-40).

Existe, no obstante lo anterior, una tendencia internacional, cada vez más sólida y mejor argumentada, que tiende a reconocer el sufragio de los criminales como derecho fundamental (Ewald y Rottinghaus 2009). En efecto, el voto de los peores delincuentes puede ser la referencia más clara para universalizar el sufragio a todos los que delinquen. Por ejemplo, el caso de Igal Amir, el asesino de Isaac Rabin, entonces primer ministro de Israel (1995), resulta ilustrativo. La Suprema Corte de Israel, efectivamente, enfrentó un delito grave que conmocionó a la comunidad, pero decidió, en primer lugar, separar el contenido del acto violento respecto del fundamento de los derechos ciudadanos, de tal suerte que dicha Corte asumió como suficiente el castigo penal, pero improcedente la suspensión del sufragio porque no sólo perjudicaría a Igal Amir, sino a la democracia misma de Israel: cuando se

priva del voto de manera injustificada, dijo la Corte israelí, “la base de todos los derechos fundamentales se ve afectada” (H.C. 2757/69). Hoy en día, los prisioneros de Israel tienen derecho a votar en las prisiones.

Ahora bien. Cada país tiene sus peligrosos a evitar y me parece, desde luego, que muchos Estados nacionales tienen buenas razones para limitar, en forma estricta y limitativamente, la ciudadanía política en casos muy excepcionales. En Argentina, por ejemplo, el debate está en los presuntos delincuentes por crímenes de lesa humanidad.¹² En Colombia,¹³ la “parapolítica” presenta el problema del maridaje de los congresistas con los grupos paramilitares, lo cual ha planteado el debate de reformas legales para suspender derechos políticos por vinculación con los grupos de la delincuencia organizada. En España, las candidaturas pro terroristas implican casos en que se limitan los derechos políticos a personas relacionadas con el partido ilegalizado para evitar listas electorales contaminadas.¹⁴ En Guatemala, el problema se ubica en los golpistas o dictadores que quieren regresar al poder (CIDH 1993). En Italia, por el contrario, la cuestión se presenta en los presuntos mafiosos que son señalados en procedimientos de investigación de la mafia.¹⁵ En Turquía, las candidaturas fundamentalistas representa un problema para la laicidad que socava al Estado constitucional.¹⁶ En fin, cada país, al final de cuentas, tiene sus razones contextuales para proponer la limitación de la ciudadanía electoral por causas penales o antidemocráticas,

¹² Véanse los casos Bussi (2007) y Patti (2008) resueltos por la Corte Suprema de la Justicia de Argentina, en donde se permitió acceder y mantener el cargo público representativo a presuntos dictadores, no obstante la acusación en su contra de delitos de lesa humanidad, lo cual ha planteado el debate de una reforma constitucional para inhabilitar los derechos políticos a los presuntos autores de actos de fuerza contra el sistema democrático. La razón, desde la perspectiva de la justicia transicional, es obvia: muchos dictadores no pueden ser juzgados porque siguen en el poder, por lo que una regla que se discute es justamente su inhabilitación política. Véase mi trabajo Ríos Vega (2010a).

¹³ *El País*, “La ‘parapolítica’ ensucia Colombia”, 1 de junio de 2008.

¹⁴ Véanse los casos ANV (2007): 10 de mayo de 2007; Iniciativa internacionalista-La solidaridad entre los pueblos (2009): 21 de mayo de 2009, resueltos por el Tribunal Constitucional de España.

¹⁵ Véanse los casos Labita v. Italy (2004): 1 de julio de 2004; y Vito Sante Santero v. Italy (2000): 6 de abril de 2000, resueltos por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

¹⁶ Véase el Caso Sobaci v. Turkey (2007): 9 de noviembre de 2007, resuelto por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

pero en todo caso deben justificarse plenamente las causas de restricción en el marco del discurso de los derechos. Es aquí donde el “precedente judicial comparado” nos aporta algunas orientaciones para el caso mexicano.

Una reflexión de casos comparados

Una premisa pro derechos. Hay que tener claro que la privación preventiva de la libertad electoral por causa penal es una norma un tanto inaceptable en los sistemas constitucionales modernos. En 1996, el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, mediante su Observación General número 25 de su 57 periodo de sesiones, estableció en interpretación del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que “a las personas a quienes se prive de la libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar”. El argumento indica, por tanto, que la prisión preventiva es insuficiente para justificar los grilletes preventivos a la ciudadanía. En consecuencia, por regla general las leyes más razonables no deben permitir la restricción de la ciudadanía a las personas sin condena (Aragón 1998), salvo casos muy excepcionales que la realidad actual obliga a reflexionar en el marco de un contexto social determinado.

Los casos judiciales son ilustrativos. En Estados Unidos, por ejemplo, el caso *O'Brien v. Skinner* (1974) revela cómo la Suprema Corte de los Estados Unidos echó abajo, por la cláusula de igualdad, las reglas privativas del sufragio del estado de Nueva York que negaban a los detenidos antes de juicio el voto en ausencia.¹⁷ De igual manera, el Caso Sindoni (1996)¹⁸ plantea en Italia una visión absoluta de la no suspensión preventiva en materia electoral, al justificar la anulación de la inelegibilidad cautelar de una persona sin condena por razones de delincuencia organizada. En este asunto la cuestión constitucional consistió en que la ley establecía la imposibilidad de ser candidato para aquellos que son llevados al juez por un crimen de

¹⁷ 414 U.S. 524, 531 (1974).

¹⁸ Corte Constitucional Italiana, 141, 1996.

delitos graves. El marco constitucional se fundó en los principios contenidos en los artículos 2º, 3º y 51 de la Constitución italiana. La Corte Constitucional de ese país sostuvo, en primer lugar, que la finalidad de las legislaciones contra las organizaciones criminales, como la mafia, radica en que las medidas excepcionales tienen por objeto la protección de valores vitales de la democracia: salvaguardar la salud y transparencia del gobierno, el orden y la seguridad, así como la libre determinación de elecciones, línea consolidada por dicha Corte.¹⁹ Sin embargo, la regla cuestionada impactaba directamente en el derecho a participar en la vida pública, así como en los mecanismos que dan sustancia a la representación democrática en el gobierno de las autoridades locales. En tanto que la legislación que previene la inelegibilidad a un cargo de elección popular a aquellos que no han sido sentenciados definitivamente, afecta el ejercicio del derecho a ser electo. La Corte, por tanto, partió del supuesto de que el derecho previsto en el artículo 51 constitucional italiano garantiza el contenido inviolable a ser electo, porque sólo se puede limitar como último extremo para proteger otros intereses de rango constitucional. Esto es, la elegibilidad es la regla y la inelegibilidad es la excepción. En consecuencia, la sanción de inelegibilidad de una persona sometida a una acusación penal, contraviene la presunción de inocencia porque aún no ha sido juzgada finalmente la persona suspendida en su ciudadanía, en tanto que el restringirle su derecho a ser votado significaría sancionarlo anticipadamente. Por tal razón, la Corte italiana sostiene que la libre competencia en las elecciones hace irrazonable y desproporcionado el efecto de impedir participar en las elecciones a los presuntos delincuentes, pues si bien las conductas criminales pueden justificar algunas medidas suspensivas en el ejercicio del cargo para proteger las funciones públicas, ello no es válido para la participación electoral. Sólo con un juicio irrevocable se puede excluir a un ciudadano que desea participar en la elección. En Argentina, por último, destaca igualmente el Caso Mignone

¹⁹ Corte Constitucional Italiana, 118, 1994; 197, 1993; y 407, 1992.

(2002)²⁰ en donde, a partir de la doctrina aplicada en el Caso Alianza Frente a la Unidad (2001),²¹ la Corte Suprema de ese país declaró inconstitucional, por el principio de presunción de inocencia y de estricta proporcionalidad, la regla electoral que excluía del padrón electoral a todo aquel detenido sin condena mientras no recuperara su libertad.

Pues bien, la regla de la suspensión de derechos políticos por sentencia definitiva también plantea excepciones en las democracias constitucionales. No es absoluta como sugieren los fallos citados. En España, por ejemplo, existe el artículo 7.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, modificado por el artículo 5 de la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, que dice: Son inelegibles: "... b) los condenados por sentencia, aunque no sea firme, por delitos de rebelión, de terrorismo o contra las instituciones del Estado cuando la misma haya establecido la pena de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo en los términos previstos en la legislación penal". Esta norma ha sido cuestionada por la doctrina por el principio de presunción de inocencia que debe prevalecer en el derecho a la participación política (Bastida 1986). Pero existe también la posición contraria: considerar la sentencia de un presunto delincuente, aunque no sea firme, como una medida objetiva y razonable que se justifica en la teoría de las medidas cautelares que reconoce el Tribunal Constitucional de España, dado que la restricción se basaría ya en una presunción de culpabilidad que es la sentencia (Salazar 1999). En México, el auto de prisión equivale a una presunción de culpabilidad. Las reglas excepcionales, por tanto, plantean un debate actual. ¿El presunto terrorista, mafioso o narcotraficante vinculado con una organización criminal tiene derecho a presentarse libremente a las elecciones? ¿Pueden justificarse medidas cautelares a los derechos políticos de los enemigos de la democracia? O, dicho de otra manera, ¿es razonable permitir que Slobodan Milošević se hubiera presentado a las elecciones de su país cuando

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, M. 1486. XXXVI. y M. 1491. XXXVI., 9 de abril de 2002.

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, A.671.XXXVII. 27 de septiembre de 2001.

estaba siendo juzgado por delitos de lesa humanidad? ¿Es aceptable que las personas vinculadas a la banda terrorista ETA puedan aparecer en las listas electorales? ¿Sería razonable que el líder del cártel de Medellín, Pablo Escobar, se hubiese presentado a las elecciones en Colombia? En estos casos resulta intuitivo el no permitir que este tipo de personas que pueden estar sujetas a procesos penales por este tipo de delitos tengan la oportunidad de llegar al poder, aunque también es cierto que en nombre de la lucha contra el crimen organizado se pueden cometer muchas arbitrariedades con cálculos políticos para descalificar indebidamente al adversario de la contienda electoral.²² Las intuiciones morales, por tanto, son difíciles de traducir en cargos legales que permitan justificar restricciones razonables a la ciudadanía política por causa penal.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en adelante TEDH) se ha enfrentado a estas cuestiones de la suspensión preventiva del sufragio —aunque no con la gravedad que plantean los casos citados—, a partir de la doctrina de la proporcionalidad. En el Caso Labita v. Italy (2004), por ejemplo, una persona fue suspendido en su derecho de voto por la autoridad electoral, que impuso dentro de un procedimiento administrativo una medida de vigilancia policial especial. La razón: la policía, a partir de las declaraciones hechas por un arrepentido, encontró que se le

²² En México, el Caso López v. Fox (2005) planteó el problema de la “democracia excluyente”: no es aceptable descalificar a los adversarios políticos por medio de acusaciones penales (véase Cárdenas Gracia, J. 2006. “Consideraciones jurídicas sobre el desafuero de Andrés Manuel López Obrador”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 116, año XXXIX. México: IIJ-UNAM), lo cual provocó en la Cámara de Diputados el debate de la reforma constitucional del 38 (2007-2008), a fin de permitir sólo la privación del sufragio por sentencia definitiva, prohibiendo, por ende, la privación de la ciudadanía sin condena penal, iniciativa no obstante pendiente de dictaminar en el Senado. En las elecciones federales de 2009, por otra parte, el gobierno federal realizó uno de los operativos más impactantes en el curso de una elección: detuvo a 27 personas supuestamente vinculadas con el narcotráfico, entre las que destacaban alcaldes y altos funcionarios del gobierno de Michoacán. Después de un año, la justicia federal ha dejado libre a la mayoría de los detenidos por falta de pruebas. Por tal razón, las acusaciones deficientes o insuficientes por delitos de delincuencia organizada, pueden dejar fuera de la contienda a los adversarios políticos. ¿Se debe pagar el costo de los errores de la justicia penal que pueden ser aprovechados por oportunismos políticos para descalificar el derecho a la participación política? Es el dilema.

acusaba de ser sospechoso mafioso, porque supuestamente pertenecía a una organización mafiosa, y de dirigir presuntamente una compañía financiera en nombre del líder de la principal banda mafiosa del lugar. La norma en la que se restringió el voto al presunto sospechoso es el artículo 2 del decreto presidencial 223/1967 en Italia, el cual establece que serán privados de sus derechos electorales aquellos a quienes, a través de una declaración judicial o administrativa, se le hayan impuesto medidas cautelares de suspensión de ciudadanía, entre las que puede ser la baja del censo electoral. La Junta Electoral Municipal, en acatamiento de la resolución administrativa, consideró que simplemente había aplicado la ley al caso, sin que mediase ningún tipo de discrecionalidad. El gobierno italiano, ante el TEDH, consideró que la medida aplicada tenía por objeto evitar a la mafia ejercer alguna influencia sobre los cuerpos electos, de tal manera que estimaba razonable impedir que una persona sospechosa de pertenecer a la mafia pudiera votar a favor de otros miembros de la mafia. Es el argumento del “voto subversivo”: los mafiosos no tienen derecho a votar porque generan el peligro de un bloque de votación anti o contra la ley, lo cual tiene desde la doctrina refutaciones conceptuales y empíricas porque son poco probables sus hipótesis.²³ Esta misma norma fue aplicada previamente en el caso Vito Sante Santoro v. Italy (2000), en el que también a una persona se le dio de baja del censo electoral por una medida de vigilancia policial que se le impuso como consecuencia de las numerosas detenciones que se le practicaron entre 1991 y 1993. Si bien la medida se le impuso en 1994, se le mantuvo fuera del censo electoral hasta 1996, más de dos años después, por lo que no pudo participar en la elección de representantes regionales ni nacionales en 1995 ni

²³ La crítica sostiene que los mitos del bloque contra ley o el votante inclinado a los intereses perversos, no tienen ninguna evidencia empírica, por el contrario, los estudios sociológicos del voto de los delincuentes no revelan el móvil del voto subversivo. Pero, además, conceptualmente se argumenta el significado del voto: el ciudadano condenado por crimen, si vota, hace lo que todos los votantes: confirmar (autorizar) el sistema político. Votar por definición, en conclusión, no puede ser subversivo desde el momento en que cada voto generalmente legitima el sistema electoral (Ewald 2004, 114 y ss).

1996. En ambos casos se produce una suspensión abstracta y automática del sufragio activo de los sometidos a la medida especial de vigilancia policial. La finalidad de la medida cautelar, según el gobierno italiano, es evitar que la mafia ejerza alguna influencia perversa sobre la representación política. Se trata de prevenir, por tanto, el voto subversivo y garantizar, al mismo tiempo, la pureza en las urnas.

No obstante, según el TEDH, el test de la proporcionalidad falla en los dos casos. El TEDH constata en *Vito Sante Santoro v. Italy* (2000), que la suspensión electoral tardó en aplicarse casi dos años. Nueve meses transcurrieron entre la fecha en que se dictaron las medidas preventivas y la fecha en que fue privado de su derecho electoral, con lo cual el retraso debe mantenerse en el mínimo por un principio de seguridad jurídica en la ciudadanía. Pero, además, no sólo se prolongó la medida especial de forma excesiva, innecesaria e ilegal, sino que se trató de una restricción desproporcionada del derecho a ser votado, pues de haberse aplicado correctamente el test de la medida, el señor Sante Santoro podría haber participado tanto en las elecciones regionales de 1995 como en las parlamentarias de 1996. El retraso en aplicar la medida especial privó injustificadamente el derecho a sufragar. En *Labita v. Italy* (2004), de igual manera, la suspensión de los derechos políticos fue desproporcionada. Se produjo una vez que había acabado el juicio penal que absolvió al sujeto por falta de prueba de cargo. Luego entonces, la persona fue eliminada del censo electoral sin que hubiese prueba alguna de que fuese culpable de pertenecer a la mafia; por el contrario, existía sentencia en contrario, a favor de su inocencia, por lo que el testimonio aislado rendido ante la policía era insuficiente para restringir la ciudadanía a un mero sospechoso declarado inocente.

El caso mexicano plantea una problemática diferente. A diferencia de los sistemas europeos para los que la causa antidemocrática es un elemento fundamental para ilegalizar un partido y, por ende, suspender derechos de participación política a personas aún no juzgadas (constituir partidos, integrar grupos parlamentarios o presentarse a las elecciones), así como, por

regla general, imponer la privación de la ciudadanía sólo cuando exista sentencia definitiva por un delito que merezca dicha sanción, en México, por el contrario, la categoría de “presunto delincuente” es una de las bases para suspender durante el juicio derechos políticos por ser éste un prófugo de la justicia o procesado por una formal prisión.²⁴ Existe, pues, una presunción de “democracia excluyente” (Morlino 2005), en este modelo de ciudadanía peligrosa: se conceptualiza al ciudadano con base en el “modo honesto de vivir”, con lo cual se pueden dejar fuera del *demos* a los desobedientes ciudadanos, presuntos delincuentes, vagos o ebrios consuetudinarios.²⁵ Esta norma aplicable a cualquier presunto delincuente a quien se le haya dictado un auto de formal prisión, hace, por tanto, más necesaria la delimitación razonable del contenido, alcance y límites de esta regla de privación del sufragio en la persecución del delito para evitar afectaciones indebidas a la libertad política. El problema aquí es determinar por qué, cuándo y cómo se debe suspender la ciudadanía política del presunto delincuente. Me referiré, única y exclusivamente, a la causal de suspensión de derechos políticos por la formal prisión como parte de la discusión del Caso Facundo (2009).

La suspensión del sufragio por auto de formal prisión

¿Cómo se justifica la suspensión de los derechos políticos al procesado por un auto de formal prisión? Existen tres fórmulas que, a partir del diálogo de los casos judiciales, se pueden reconstruir bajo los argumentos siguientes:

- F1. La formal prisión justifica la suspensión de la ciudadanía.
- F2. La prisión preventiva justifica la suspensión de la ciudadanía.
- F3. El delito justifica la suspensión de la ciudadanía.

²⁴ Véanse las fracciones II y III del artículo 38 de la Constitución mexicana.

²⁵ Véanse los artículos 34 y 38 de la Constitución mexicana.

La primera tesis es la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN). La fórmula es: independientemente del delito grave o no, la suspensión de los derechos políticos opera de manera automática con el dictado del auto de formal prisión por la aplicación directa de la supremacía constitucional.²⁶ Esta interpretación que asume como correcta una parte de la doctrina mexicana conforme al principio de supremacía constitucional (Salazar, P. 2009, 59 y ss),²⁷ me parece conforme a ese mismo principio, deficiente e incompleta por tres razones.

1. La reserva legal en material penal. En material penal, las restricciones a los derechos de un inculcado están sujetos a una estricta legalidad. En un juicio penal no hay privación de derechos, provisional o definitiva, sin causa legal que la justifique, como lo exigen los artículos 14 y 16 de la Constitución mexicana. En tal sentido, la suspensión de la ciudadanía opera en dos momentos: como pena preventiva o como pena definitiva. En el primer caso es un acto de restricción cautelar, en el segundo, implica un acto de restricción definitiva, pero en ambos supuestos se parte de una premisa conceptual: la suspensión de la ciudadanía es una pena por el delito objeto del juicio. Por tanto, en el caso de la suspensión de la ciudadanía por causa penal, el principio de legalidad penal opera bajo el principio de estricta legalidad. No basta que se enuncie en la Constitución, es necesario, por ser un acto privativo por causa penal, que exista una reserva legal de exacta aplicación. No es válido, por tanto, señalar que en aplicación directa de la Constitución se puede privar de la ciudadanía por el mero dictado de un auto de formal prisión sin importar el delito, senci-

²⁶ Véase jurisprudencia 171/2007.

²⁷ En esta postura se plantea la idea de que el precedente Pedraza (2007) implica un garantismo por frivolidad, cuando, a mi juicio, la falta de seriedad en la interpretación de la norma constitucional se advierte justamente en la tesis que Pedro Salazar defiende como correcta bajo una interpretación paleopositivista del imperio de la ley. El método garantista difícilmente justificaría, conforme a la propia constitución, medidas cautelares absolutas, categóricas y generales, tal como lo propone la jurisprudencia de la SCJN. Los principios de estricta legalidad y proporcionalidad penal ofrecen una lectura diversa del problema, a partir de criterios de coherencia constitucional, como lo trataré de argumentar aquí.

llamente porque dicho acto de molestia es idóneo y suficiente para decretar el formal procesamiento por un delito, pero no implica necesariamente la justificación de la privación preventiva de la ciudadanía. La pérdida anticipada de la ciudadanía requiere justificarse por separado como cualquier medida cautelar de un juicio penal.

La Constitución, por ejemplo, establecía que al “salteador de caminos” se le podía imponer la pena de muerte, pero hasta donde entiendo a ningún juez se le ocurrió aplicar la privación de la vida en aplicación directa de la Constitución. Ésta, igualmente, señala que con una orden de cateo se puede entrar a un domicilio para aprehender a las personas, pero sin la orden de aprehensión, por más que se tenga el cateo, no se debe detener a la persona en su domicilio. La Constitución, por tanto, dice que desde que se dicta un auto de formal prisión se puede suspender la ciudadanía, pero si el delito no está sancionado con pena de suspensión de derechos políticos por ley, resulta inusitado privar anticipadamente la ciudadanía, si al final del juicio no se podrá imponer dicha suspensión por falta de pena en la ley. Esto es: si no hay pena de suspensión del sufragio, resulta inútil e innecesaria la privación cautelar porque no hay materia a asegurar.

La reserva legal, en suma, resulta necesaria en toda privación de la ciudadanía: si el delito no está sancionado con pena de suspensión ciudadana, no hay suspensión preventiva por más que exista un auto de formal prisión. De ahí que la tesis categórica y automática de la privación resulta deficiente; un paleopositivismo que opera de manera absurda y mecánica. Pongamos un ejemplo. Supongamos que el delito de lesiones graves merece prisión preventiva pero no está sancionado con la pena de suspensión de derechos políticos en la ley. Si aplicamos el criterio de la Corte, ¿el mero auto de formal prisión implicaría la suspensión de la ciudadanía? Sí ¿Para qué? No habría ninguna utilidad. Aun cuando fuera responsable de lesiones, no se le podría imponer la suspensión de sus derechos políticos por falta de pena en la ley. Entonces, la suspensión preventiva resultaría una medida inusitada: privar anticipadamente de la ciudadanía sin ningun-

na necesidad, porque la sentencia de condena conllevaría la posibilidad de votar por inexistencia de pena. Es un absurdo.

2. La motivación del acto de molestia. Si la suspensión es automática, la restricción a la libertad electoral resulta, por ende, inmotivada. Toda privación provisional de derechos a un inculpado requiere del acto de autoridad motivado. La formal prisión, por ejemplo, no justifica que se prive de manera automática al procesado su derecho a la inviolabilidad del domicilio o a sus comunicaciones privadas. Es necesaria una orden judicial de arraigo o de escucha que, en cada caso concreto, justifique la molestia. Pues bien, si se le pretende molestar su ciudadanía por estar sujeto a un proceso penal, debe existir la causa que la motive suficientemente. En consecuencia, aun cuando la ley sancione al delito con pena de suspensión de derechos políticos, el juez debe motivarlo, expresar por qué es necesaria la suspensión preventiva. No puede aplicar de manera automática la suspensión por el mandato abstracto de la Constitución. De lo contrario, la privación de la ciudadanía sería sin motivación alguna. No se expresarían las razones por las cuales es útil e idóneo dictar como medida preventiva la suspensión del sufragio como un requisito indispensable para el acto de molestia.

Esta interpretación, de igual forma, se constata en la suspensión de la ciudadanía como pena. Ordinariamente basta la sentencia de condena para que se estime actualizada de manera automática la privación de la ciudadanía por el modelo de pena accesoria a la prisión, tal como se reconoce en el Caso Hernández (2007),²⁸ aunque en la sentencia penal no exista ninguna motivación de la privación de la ciudadanía (Ríos 2010b). Es un caso extraño que rompe el sentido común penal. Se estima impuesta la pena sin individualización. Por ejemplo, en algunos códigos penales la reparación del daño es también accesoria de la prisión, pero si el juez penal no impuso la reparación del daño de manera expresa, por más que resulte

²⁸ Sentencia dictada por el TEPJF de fecha 28 de febrero de 2007, relativo al juicio identificado con la clave SUP-JDC-20/2007.

accesoria de la prisión, no puede haber condena de daños y perjuicios. Si aplicamos el criterio jurisprudencial de la Corte, la suspensión opera durante la extinción de la prisión de manera automática, aunque no se haya impuesto de manera concreta. Es otro absurdo.

Por lo tanto, si no hay individualización de la privación del sufragio, como medida preventiva o definitiva, no puede haber suspensión de la ciudadanía por falta de motivación. Ese es el estándar mínimo constitucional.

3. La proporcionalidad de la suspensión de la ciudadanía. Las penas, por disposición constitucional, no pueden ser inusitadas. Esto es, se prohíbe imponer privaciones de derechos no acordes a una usual proporcionalidad en razón de la conducta a reprochar y el bien a tutelar. Dicho de otra manera, la suspensión de la ciudadanía como pena preventiva o definitiva debe ser proporcional al hecho a juzgar. Este principio ha quedado claro en el Caso Constantino (2006)²⁹, en donde el TEPJF ha dicho que la suspensión de derechos políticos “debe ser útil, idónea y necesaria en razón de la presunta conducta reprochable”. Luego entonces, el delito sí importa porque no hay pena sin proporcionalidad, menos aún medida cautelar de la pena sin idoneidad, utilidad y necesidad. Resulta, por tanto, contradictorio imponer *ipso facto* la suspensión sin tener en cuenta la pena a merecer por el hecho que motiva la suspensión de la ciudadanía.

Pongamos un ejemplo. El que conduce en estado de ebriedad ¿merece la privación del voto? No. Por más que la ley establezca que ese delito está sancionado con privación de derechos políticos, es obvio que no pasa el *test* constitucional de la proporcionalidad penal. La conducta a reprochar no daña ni pone en riesgo el sufragio de las personas, ni tampoco ningún bien a tutelar por el principio del gobierno representativo. No es útil ni necesario, por tanto, privar del sufragio al que ha conducido en estado de ebriedad, con lo cual toda medida provisional de suspensión de ciudadanía es también notoriamente inusual.

²⁹ Sentencia dictada por el TEPJF de fecha 11 de enero de 2007, relativo al juicio identificado con la clave SUP-JDC-1776/2006.

Por consiguiente, la estricta legalidad y la proporcionalidad de las penas exigen que la suspensión de la ciudadanía por causa penal no pueda ser categórica ni automática por el mero dictado de la formal prisión. Lo que hay que evaluar, por tanto, es la necesidad de la suspensión preventiva por el riesgo claro y presente del hecho y de las circunstancias del caso concreto, para asegurar la pena definitiva de la suspensión ciudadana por el delito. De ahí que esta forma de interpretación no es fiel a la propia literalidad del principio de legalidad; permite suspender la ciudadanía sin fundamentación ni motivación del principio de proporcionalidad.

Ahora bien. La segunda tesis, en cambio, es más acorde a la literalidad constitucional. No hay suspensión preventiva sin prisión preventiva, la cual es la fórmula del Caso Pedraza (2007) que la SR-Toluca aplica en el Caso Facundo (2009) bajo el principio de presunción de inocencia, aunque distorsionando la concepción aplicable, tal como se verá más adelante. En efecto, la Constitución mexicana señala expresamente que los derechos de los ciudadanos se suspenden “por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal”. Es decir, si el delito no merece pena privativa de la libertad, en términos literales, no es procedente la suspensión del sufragio. Esta expresión en el lenguaje constitucional penal significa, sin duda, prisión preventiva. ¿Por qué? El delito que merece pena corporal —entiéndase privación de la libertad— es el que justifica la detención preventiva durante el juicio criminal, en tanto que sólo por delito sancionado con pena privativa de libertad es procedente ordenar la aprehensión y, en su caso, justificar la detención con el auto de formal prisión. La razón, en clave procesal penal, es obvia: si no se tiene la certeza de que el delito merece prisión definitiva en la sentencia, no es razonable justificar la prisión preventiva durante el juicio por el principio de pena alternativa para efectos procesales. Dicho de otra manera, si al final no va imponerse prisión, la detención durante el juicio es absurda e innecesaria. Estas premisas son básicas.

Bajo esta misma lógica, en el Caso Menes (2000)³⁰ el TEPJF demostró, por la literalidad constitucional prevista antes de la reforma de 2008,³¹ que no hay suspensión de la ciudadanía por un auto de sujeción a proceso. La razón de fondo: la prisión preventiva no existe con un auto de sujeción a proceso porque la Constitución no lo autorizaba expresamente por una lógica procesal; sólo al prófugo se le puede suspender su ciudadanía porque tiene una orden de captura girada en su contra, por lo que al que se le giraba una orden de comparecencia porque el delito no merecía prisión preventiva no se le podía suspender sus derechos políticos porque materialmente no se le podía privar de su libertad, con lo cual el acusado por un delito que no merece pena corporal no puede ser prófugo ni tampoco sujeto a la formal prisión, *ergo*, no puede ser objeto de suspensión política por falta de pena de prisión que exige expresamente el artículo 38, fracción II, de la Constitución. Luego entonces, si la prisión es la base de la suspensión por la privación de la libertad, la coherencia de esta interpretación textual sugeriría que “el que puede deambular puede votar”. Si no hay prisión / no hay privación de libertad / tanto personal como política. De lo contrario, el trato de igualdad se rompería entre los procesados en libertad por comparecencia y por sujeción a proceso o por caución. No hay prisión preventiva, pero uno podrá votar y el otro no. Es una antinomia inaceptable.

Esta interpretación es coherente, además, con la regla de la pena de suspensión como accesoria de la prisión. Ya la SCJN³² ha dicho que cuando desaparece ésta, aquélla sigue la misma suerte, argumento jurisprudencial que en el Caso Hernández (2007) se siguió por el TEPJF para dejar sin efectos la pérdida de la ciudadanía cuando la prisión se sustituía por un

³⁰ Sentencia dictada por el TEPJF de fecha 8 de diciembre de 2000, relativo al juicio identificado con la clave SUP-JRC-473/2000.

³¹ La reforma constitucional en materia penal hace más patente el modelo proporcional, relativo y específico de la privación del sufragio por causa penal. En primer lugar, desaparece el auto de formal prisión por la figura del auto de vinculación del proceso, el cual no implica la justificación de la prisión preventiva. En segundo lugar, la prisión preventiva debe motivarse por separado como medida cautelar.

³² Véase jurisprudencia 74/2006.

tratamiento de semilibertad por el principio de reinserción social. Por tanto, si la privación definitiva de la ciudadanía se basa en la prisión en la mayoría de los sistemas penales del país, no hay razón para que la suspensión como medida cautelar soslaye la regla de accesoriedad: si no hay prisión preventiva, no hay suspensión preventiva. Es obvio.

Empero, la interpretación consecuencialista tiene un problema. Su lectura literal pero aislada genera la falta de coherencia con el fundamento de la suspensión ciudadana, la proporcionalidad de la pena de privación de la ciudadanía: no hay suspensión ciudadana sin delito que lo merezca. En efecto, la prisión no es el fundamento de la suspensión; puede ser una condición necesaria pero insuficiente para limitar la ciudadanía. La pena privativa de la libertad que justifica la suspensión de la ciudadanía es la que resulta de la privación de la libertad electoral, no la privativa de la libertad personal. En consecuencia, la prisión, preventiva o definitiva, es un hecho material que puede dificultar el ejercicio de los derechos políticos, pero no es una razón suficiente por sí misma para negar la libertad ciudadana. Se puede votar por correo ordinario, urnas electrónicas, centros de votación en el reclusorio, permiso de salida del recluso, entre otras modalidades. Por tanto, la falta de garantías para ejercer los derechos políticos de un presunto responsable no es relevante para negar la posibilidad de ejercer el voto en prisión preventiva, salvo que implique un obstáculo material insuperable. Una persona, por estar arraigada o detenida, tiene un impedimento físico para ir a votar, pero tiene su derecho a votar porque, por el principio de dignidad humana, cuenta por igual, a menos de que el hecho a juzgar merezca la privación anticipada de su libertad a sufragar, por el daño o riesgo al gobierno representativo.

Esta cuestión de falta de plenitud normativa es más evidente con el problema de la falta de pago de la fianza para gozar de la libertad bajo caución. Es decir, si se sigue la idea de que la suspensión de la ciudadanía se basa en la prisión provisional, mas no en el derecho a gozar de la libertad electoral por inmerecimiento de la pena de privación ciudadana, la

pobreza se convierte en el dato censitario del sufragio. Sólo los que tengan dinero para pagar la fianza tienen derecho a votar. El dinero, por tanto, es una circunstancia evidentemente discriminatoria de la que dependería el fundamento de la democracia: el sufragio, lo cual es inaceptable.

Por lo tanto, el axioma de que no hay suspensión ciudadana sin delito que lo merezca, es más conforme con el sistema constitucional de privación de derechos al inculpado durante un juicio. Esta es la tercera tesis a desarrollar a partir del modelo constitucional de privación del sufragio por causa penal.

El modelo motivado, proporcional y casuístico de la privación del sufragio

¿Cómo debe operar la suspensión del sufragio por un auto de formal prisión? Existen dos modelos: la privación absoluta, automática y abstracta, o la privación específica, proporcional y motivada. El segundo es el que defiendo aquí.

Efectivamente, el primer modelo es coherente con la F1: la “formal prisión justifica de manera inmediata la suspensión de la ciudadanía”, independientemente del delito, en tanto que, sin duda, esta tesis resulta conforme con la concepción de la restricción categórica de la libertad política basada en la peligrosidad; por ser procesado merece ser no-ciudadano. Es decir, sin importar el delito imputado, el mero dictado de un auto de formal prisión determina *ipso facto* la suspensión de los derechos políticos. La calidad de procesado por un delito sancionado con pena privativa de libertad, por tanto, es suficiente para tener inhabilitado el sufragio. Sin embargo, este modelo de suspensión de la ciudadanía, como he dicho, genera falta de plenitud con el sistema normativo constitucional que rige los derechos de los presuntos inculcados en un juicio penal. Los principios de estricta legalidad y proporcionalidad en materia penal exigen, ante todo, la conceptualización de tres axiomas fundamentales como criterios orientadores de un modelo de privación del sufragio específico, proporcional y motivado.

Los axiomas constitucionales son:

- A1. No hay suspensión sin delito que lo merezca.
- A2. No hay suspensión sin proporcionalidad.
- A3. No hay suspensión sin idoneidad, utilidad y necesidad.

El A1 es el punto de partida. Los demás axiomas son prácticamente su desarrollo. En efecto, la suspensión de derechos políticos es ante todo una pena por un delito. Esa es la base. Esta pena privativa de la libertad política opera en dos momentos. En primer lugar, durante el juicio penal como medida cautelar en contra de un presunto responsable por dos razones: por estar prófugo de la justicia o por estar procesado por el dictado de un auto de formal prisión; en segundo lugar, durante la ejecución de la pena en contra del condenado. En ambos casos, sin embargo, la premisa es la misma; la suspensión de la ciudadanía procede porque el delito por el que se juzga o condena merece la privación de la libertad política. El fundamento de la restricción de la ciudadanía, por tanto, es el hecho delictuoso a reprochar.

El problema de la Corte reside en su conceptualización contradictoria de la suspensión preventiva del sufragio como una medida accesoria a la sujeción al proceso, mas no como medida cautelar. Es contradictoria porque al final sus argumentos terminan por justificar esta figura como medida cautelar. En efecto, la SCJN en su ejecutoria jurisprudencial 171/2007 dice: “La suspensión derivada de la sujeción a proceso por delito que merezca pena corporal (fracción II), la que convencionalmente podría conceptuarse como una consecuencia accesoria de la sujeción a proceso y no como pena, sanción o medida cautelar, pues su naturaleza y finalidad no responde a la de estos últimos conceptos” (p. 64). Pero luego la Corte, para fortalecer su posición, argumenta la naturaleza de la suspensión preventiva

como medida cautelar al equipararla con otras modalidades,³³ llegando al extremo de equipararla con la prisión preventiva al decir:

Deriva de lo anterior que al igual que la prisión preventiva tiene sus motivos, la suspensión de los derechos políticos tiene los propios, pero constituye de igual manera una medida de seguridad que no supone en forma alguna una sanción ni una consecuencia a una sanción, pues únicamente constituye una restricción constitucional de carácter provisional al ejercicio de un derecho, ello con finalidades precisas, en cuya atención no puede eliminarse por la legislación ordinaria (p. 69).

¿Cuáles son los motivos de la suspensión de la ciudadanía? La Corte debilita su posición. No los dice por una sencilla razón: no puede justificar la privación de la ciudadanía con causa penal con base en la sujeción de un auto de prisión preventiva, cuando esa medida, como la Corte lo reconoce, tiene motivos diferentes a la suspensión preventiva de la ciudadanía, pero, además, porque como hemos visto no basta el auto de formal prisión, conforme a la literalidad constitucional, sino su sanción de pena corporal que significa la prisión preventiva. Entonces, ¿cómo puede justificarse la privación anticipada de la ciudadanía sólo con la formal prisión si ambas tienen motivos diferentes? Es un argumento contradictorio.

Ahora bien, es cierto que la formal prisión es el momento procesal que la Constitución mexicana establece para que opere la suspensión de los derechos políticos. En consecuencia, el auto de formal prisión es un pre-

³³ La Corte dice: "tanto el auto de formal prisión como la sentencia que se dicte en un proceso penal, son momentos procesales distintos y traen aparejadas sus respectivas consecuencias inherentes, pudiendo ambas implicar medidas de seguridad y restricción de los derechos, como podrían ser el confinamiento, la prohibición de ir a un lugar determinado, el tratamiento en libertad, semilibertad, decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito; **suspensión o privación de derechos**, inhabilitación o suspensión de funciones o empleos, vigilancia de la autoridad y medidas tutelares para menores, aunque con principios y finalidades distintas" (p. 67).

supuesto necesario pero insuficiente para justificar la restricción de la libertad electoral; es necesario el delito que merezca dicha pena de suspensión, pero insuficiente porque sin pena de suspensión no debe haber restricción del sufragio. En efecto, la expresión del artículo 38 constitucional “a contar desde la fecha del auto de formal prisión” no significa la justificación de la privación de la ciudadanía. Su fundamento más bien está en la expresión “por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal”. Dicho de otra manera: por el delito que merezca, leído correctamente, pena de suspensión de ciudadanía, se puede privar de manera preventiva la libertad electoral. Desde que se dicta un auto de formal prisión, por ende, se puede suspender la ciudadanía, pero es el delito el criterio orientador para justificar el acto de molestia de privar anticipadamente la libertad política por un auto de formal prisión.

Por tal razón, la suspensión automática de la ciudadanía por la formal prisión es inconsistente con el principio de legalidad. Si aplicamos esta fórmula de suspensión ciudadana, entonces dejamos de aplicar la exacta aplicación de la ley penal, que es el mandato constitucional que rige a toda medida restrictiva de la libertad por un delito, entre otras, la privación, provisional o definitiva, de la libertad ciudadana. Es lo básico. Pongamos algunos ejemplos:

H1. Se dicta un auto de formal prisión por un delito sancionado con pena de libertad, pero que en la ley penal no está sancionado expresamente con la suspensión ciudadana. La F1 diría: la Constitución se aplica de manera directa. Basta el auto de formal prisión para suspenderle la ciudadanía al presunto responsable. Pero, ¿será razonable, desde la Constitución, dictar una suspensión preventiva de ciudadanía por un delito sin esa pena? Es obvio que no. No es razonable imponer restricciones anticipadas a la ciudadanía por un juicio penal, si al final de cuentas la suspensión al sufragio quedará levantada por la condena porque no habrá pena de suspensión a imponer. Dicho de otra manera: no hay suspensión preventiva de la ciudadanía sin delito que merezca pena de suspensión definitiva a asegurar.

Si el delito no merece dicha pena, no hay razón para imponer ninguna medida provisional de esa naturaleza restrictiva.

La réplica, por el contrario, afirmaría que la ley penal establece siempre como regla general la pena de suspensión como accesoria de la prisión. Esto es: si hay formal prisión, por ende, el hecho sancionado con prisión accesoriamente merece la suspensión ciudadana. Sin embargo, este cuestionamiento confirmaría mi tesis: es la reserva de ley la que fundamenta la suspensión de la ciudadanía bajo el principio de estricta legalidad penal, mas no la aplicación directa de un mandato constitucional. Pero aun esta forma de justificar la suspensión bajo la regla de pena accesoria sigue teniendo notorias contradicciones con la Constitución. En el ejemplo que sigue trataré de mostrarlo.

H2. Se dicta un auto de formal prisión por el delito culposos de daños en propiedad ajena sancionado con prisión y suspensión de derechos políticos en forma accesoria. ¿La simple accesoriedad justifica la suspensión? ¿La prisión justifica la suspensión? ¿Es constitucionalmente aceptable imponer como medida provisional la suspensión de la ciudadanía por un delito que no merece proporcionalmente dicha pena? ¿Es razonable, desde la Constitución, imponer la suspensión preventiva que no asegura ninguna pena de suspensión al final del juicio por falta de pena exactamente aplicable?

La automaticidad de la regla de la suspensión como pena accesoria vuelve a tener problemas constitucionales. En primer lugar, toda pena a imponer por el juez requiere justificación e individualización (Lara 2004, 185 y ss). La justificación se basa en la proporcionalidad respecto al hecho y el bien jurídico a tutelar. La individualización, por el contrario, se justifica con la motivación conforme al grado de reproche. Por tanto, por más que exista en la ley la accesoriedad de la suspensión por la prisión, el delito necesariamente debe merecer esa pena con base en el principio de proporcionalidad. Entonces, la pregunta a formular es si la conducta de dañar culposamente un bien ajeno merece la privación de la libertad de votar. O sea, ¿la pena de suspensión de ciudadanía es idónea para el delito de daños culposos? ¿Es

útil y necesario sancionar el acto de dañar por imprudencia un bien ajeno, con la privación del derecho a votar? Si la respuesta es no —porque ese hecho no merece en forma definitiva la suspensión de la ciudadanía—, es claro que una suspensión preventiva por el auto de formal prisión es de notoria inconstitucionalidad. Imponer la privación de la ciudadanía de manera anticipada por un delito que no lo merece, implica una medida cautelar inútil, innecesaria y desproporcionada. Es como imponer la prisión preventiva por un delito que no merece prisión. Es un absurdo.

La crítica, sin embargo, podría argumentar que la prisión sí justifica la suspensión de la ciudadanía porque implica un impedimento material para ejercer el derecho a votar. Dicho de otra manera: el que está en la cárcel no puede ir libremente a la casilla a sufragar. Luego entonces, la regla de la accesoriedad es razonable constitucionalmente; si no puede votar por la restricción a su libertad personal, *ergo*, no puede ser titular de derechos políticos. Esta línea argumentativa del Caso Pedraza (2007) tiene también problemas. Puede ser la interpretación más literal, pero no la más sistemática. Es la más literal porque justamente el efecto de la formal prisión es la prisión y, por ende, literalmente la suspensión no procede con el auto de sujeción a proceso porque no equivale a una formal prisión, justamente por la pena de prisión. Pero dicha concepción no es conforme con las reglas constitucionales en materia penal. ¿Por qué? Nuevamente la estricta legalidad penal obliga a que toda pena o restricción, aunque sea accesoria, se justifique e individualice. La reparación del daño, por ejemplo, era una pena accesoria de prisión en algunos códigos penales, pero es obvio que si el delito no causaba daño material o moral a reparar, resulta inútil, innecesario y desproporcionado imponer la pena accesoria de la reparación del daño sin daño causado. De igual forma, la suspensión resultaría una medida inusitada si no hay causa suficiente de privación de la libertad de votar, un delito que no la merece. En consecuencia, no es razonable la automaticidad de la suspensión preventiva como medida accesoria a la pri-

sión preventiva, si el delito por el cual se dicta la formal prisión no merece proporcionalmente la privación del sufragio.

Pero, además, la prisión como obstáculo material para ejercer la libertad de votar no implica un fundamento para negar la ciudadanía. Es un hecho, como he dicho, que dificulta el ejercicio de los derechos políticos, pero no es causa suficiente para restringirlos. Una cosa es que alguien no pueda votar y otra que no tenga derecho a votar. Dicho en clave garantista: la falta de garantías de un derecho fundamental no significa la negación del mismo, sino una aporía que hay que erradicar mediante la técnica garantista (Ferrajoli 2001). Es decir, si el detenido no puede ir a votar por estar recluso en la cárcel, la regla garantista exige facilitar el voto por correo, urnas en el centro penitenciario, permisos de salida o cualquier otra forma confiable que garantice de manera efectiva el voto del detenido sin sacrificios innecesarios o excesivos. Por ende, la suspensión del voto por el solo hecho de estar privado de la libertad es, por regla general, una restricción indebida.

H3. Se dicta un auto de formal prisión por el delito de presión a los votantes que merece suspensión del sufragio activo, pero no se decreta de manera expresa la privación cautelar del voto en la resolución del juez. ¿El procesado tiene suspendidos sus derechos políticos de manera automática por el dictado de formal prisión? En la práctica ordinaria, sí. Al IFE le basta la notificación del juez penal de la formal prisión para dar de baja a los ciudadanos procesados del padrón electoral, aunque no se decrete ni motive expresamente la medida cautelar. La F1 sostendría: es correcta la privación automática porque la suspensión del voto como medida preventiva no necesita declaración judicial, dado que opera por aplicación directa de una disposición constitucional. El problema, empero, sigue siendo la estricta legalidad. Todo acto de molestia debe motivarse en causa legal que lo justifique. En el caso la suspensión preventiva como acto de molestia debe especificarse cuáles son las razones por las que es útil y necesario decretar la suspensión preventiva del voto. El delito por presión a los votantes,

en principio, tiene una mayor presunción de constitucionalidad porque la persona que ejerce presión a los demás afecta la libertad de decidir, con lo cual es razonable, a primera vista, castigarlo con la pérdida de su voto en tanto que su conducta daña el fundamento del sufragio, la libertad de decidir. Pero no basta la justificación abstracta; es necesaria su motivación concreta. El juez tiene que imponer la medida preventiva argumentando por qué en el caso el presunto responsable debe perder anticipadamente su libertad política para garantizar la pena definitiva de restricción ciudadana. Si no hay imposición ni motivación expresa de la suspensión preventiva, no debe haber acto de molestia. De lo contrario, estamos privando derechos fundamentales sin mandato judicial individualizado.

H4. Se dicta un auto de formal prisión por el delito de conducción en estado indebido que está sancionado con la suspensión del sufragio activo, pero la persona inculpada se encuentra libre bajo caución, tal como en el Caso Pedraza (2007). ¿Es válido limitar su libertad a votar cuando su libertad personal no está limitada? La F1 es tajante: el auto de formal prisión —independientemente de si el delito es grave o no y, por ende, sin importar que la persona tenga o no derecho a la libertad bajo caución— es suficiente para suspender provisionalmente el voto. Por ende, en la lógica de la automaticidad de la suspensión, la cuestión para no suspender el sufragio sería: ¿para gozar de la libertad de votar también tendría que caucionar el presunto responsable? Ahora bien, la naturaleza mecánica de la regla de la suspensión de la ciudadanía es cuestionable por varias razones. En primer lugar, por la literalidad constitucional. La suspensión preventiva se justifica por la formal prisión y no por la sujeción a proceso. Es decir, la razón de la suspensión es la sanción de la prisión preventiva, porque un delito que no lleva aparejada esa sanción no merece ninguna suspensión por disposición constitucional, como se demostró con el Caso Menes (2000). Esta premisa literal evidencia, por otro lado, una aporía de igualdad: el procesado en libertad por sujeción a proceso no merecería suspensión ciudadana, pero el procesado en libertad bajo caución por la formal prisión, sí. Si la diferencia

entre ambos supuestos procesales es la prisión preventiva, la regla de la automaticidad rompe su lógica, pues trata sin restricción a uno y con restricción a otro, sin causa que lo justifique, porque ambos están en la misma situación de libertad personal sin prisión preventiva. En tercer lugar, la regla automática de la suspensión ciudadana se articula por la inmediatez de la prisión preventiva; es decir, la Constitución (antes de la reforma de 2008) sostenía que el dictado de la formal prisión motiva, sin pieza por separado, la prisión preventiva, porque para gozar de libertad se requiere caucionar. Si la prisión preventiva es automática por la formal prisión, la suspensión también debería serlo, según esta lógica interpretativa. Pero justamente la regla de automaticidad en el caso de la libertad bajo caución encuentra su contradicción insuperable: si la formal prisión determina *ipso facto* la prisión preventiva, y ésta, a su vez, la suspensión preventiva, es claro que si aquélla se deja igualmente sin efectos por la caución, la suspensión preventiva debe seguir la misma suerte, conclusión lógica que sería inaplicable por la F1 que sostiene que independientemente de si encuentra en libertad provisional o no, la suspensión de la ciudadanía opera categóricamente por la sola formal prisión. Un absurdo más.

La tesis de la F1 mantendría, no obstante, su concepción absolutista. El mandato constitucional es por el solo dictado del auto de formal prisión, porque el hecho estaría sancionado con pena privativa de la libertad. Pero esta forma de razonar es inconsistente con el uso interpretativo del enunciado constitucional “delito sancionado con pena corporal” en las medidas cautelares en materia penal, pues el consenso jurisprudencial de esta expresión, para efectos de la orden de aprehensión o la formal prisión, significa la posibilidad de justificar la prisión preventiva mediante la detención durante el juicio. Luego, si la formal prisión se deja sin efecto por la libertad provisional, en términos literales se puede decir que si bien hay prisión formalizada porque se autoriza privar de la libertad en forma preventiva, ello no significa una privación indefinida de la libertad por el auto del juez, en tanto que el procesado podrá tener derecho a la libertad pro-

visional que deja sin efectos la prisión preventiva. Las consecuencias de la formal prisión, por tanto, no son absolutas ni categóricas. Es decir, no hay derechos absolutos, por ende, las restricciones a los mismos tampoco deben ser categóricas.

H5. Se dicta formal prisión por el delito de vagancia y malvivencia. Tiene derecho a la libertad bajo caución pero no tiene dinero para pagar la fianza. ¿Es válido suspender la ciudadanía al vagabundo en prisión preventiva? La F2 respondería sí, como la suspensión es consecuencia de la prisión, mientras esté detenido no puede ejercer la ciudadanía y, por ende, no tiene derecho al sufragio. La prisión preventiva justifica la suspensión preventiva. La F3, por el contrario, sostendría que no: la conducta de no dedicarse a un trabajo honesto sin causa justificada no merece la privación de la ciudadanía, menos aún cuando la falta de dinero impediría la posibilidad de gozar la libertad. Se trata de un “sufragio censitario”; por no poseer renta y por ser vagabundo, no se es ciudadano, lo cual es absolutamente discriminatorio. La fórmula del “delito merece suspensión” es, a mi juicio, más adecuada para resolver estos problemas, porque no es un hecho como la prisión lo que justifica la privación del sufragio, ni tampoco por la sujeción al proceso, sino por la conducta que razonablemente merece la privación de la ciudadanía. Una conducta como la del vagabundo es, por sí misma, inútil e innecesaria de prohibir porque implica el ejercicio del derecho a deambular mientras no cause un daño a evitar,³⁴ por lo que la sanción de privar la calidad ciudadana por ser vagabundo es notoriamente inusitada: no tener derecho a votar / porque no se tiene dinero / para pagar la fianza / por falta de un trabajo honesto. Por tal razón, la F3 es más completa y coherente.

³⁴ Véanse las Tesis Jurisprudenciales XXIII.3o. J/1, XXIII.3o. J/2 y 3o. J/3, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVI, Octubre de 2002, pp. 1271, 1298 y 1299, en donde el delito de vagancia y malvivencia se declara inconstitucional por los principios de libertad, igualdad y legalidad.

Los defensores de la F2 insistirían en que la falta de pago de la fianza es un hecho irrelevante. La prisión preventiva, de igual forma, no se deja sin efectos por falta de dinero. Sin embargo, esta réplica deja pasar desapercibidas dos cuestiones. La primera: la prisión preventiva se justifica por el delito que merece esa pena. Si la ley penal castiga proporcionalmente el hecho con prisión, es razonable autorizar la medida cautelar. La suspensión preventiva, por tanto, también debe justificarse por el delito y no por la prisión. En segundo lugar, la prisión preventiva se justifica como medida para asegurar el juicio a fin de evitar la fuga, la alteración de las pruebas, la protección de las víctimas, etcétera. En el caso de la suspensión preventiva de la ciudadanía tiene por objeto asegurar la pena definitiva de suspensión de derechos políticos, por el riesgo que entraña para el gobierno representativo una persona que sea declarada culpable de un delito que merece dicha pena. Por tanto, la medida cautelar de la prisión preventiva tiene sus razones, pero la suspensión de la ciudadanía no tendría razón alguna de justificación si es por el solo hecho de la prisión, en tanto que el detenido por ser vagabundo podría votar por otros medios si se garantizan éstos; luego entonces, tener que pagar la fianza para gozar de libertad ciudadana es excesivo y desproporcionado, porque la carga caucional es razonable para disfrutar de la libertad personal para asegurar el juicio y la posible reparación del daño a las víctimas, pero no es útil ni necesaria para exigirla a cambio de la libertad de votar.

H6. Se dicta auto de formal prisión por un delito electoral contra un funcionario público que obliga a sus subordinados a realizar actividades proselitistas a favor de un partido, bajo la presión de que si no lo hacen perderán su trabajo.³⁵ Este supuesto es el que, en principio, justificaría de manera hipotética la suspensión del sufragio, pero no por aplicación de la F1 y F2, sino a partir de la F3. Primero, esta conducta de presionar el voto de los demás merece suspender el voto personal, porque la persona que vulnera la libertad de elegir de otras personas no merece gozar de su derecho a decidir.

³⁵ Véase *El Universal*, "Formal prisión a funcionaria proselitista", 7 de febrero de 2010, México, DF.

Segundo, su calidad de funcionario público le permitiría presionar durante la elección a sus empleados, por lo que existe un dato razonable para justificar una medida cautelar. Mientras dura el juicio, el presunto responsable merece la suspensión preventiva de su libertad política si continúa en el cargo público para evitar que, por ejemplo, pueda ejercer determinados derechos de participación política, como ser representante de casilla o candidato, que le permitan coaccionar o presionar el voto de los empleados bajo sus órdenes. Y tercero, aun cuando la conducta merezca la suspensión de la ciudadanía, si no existe el daño o riesgo claro y presente que ponga en duda la libertad de los electores, no sería razonable ni aceptable dictar la medida preventiva, esté o no en prisión preventiva el presunto responsable.

Pues bien, he tratado de argumentar en estos seis casos que el modelo de privación absoluta, automática y abstracta es inconsistente con los principios de estricta legalidad y de proporcionalidad en materia penal, que exige que la suspensión del voto como medida cautelar no debe ser una restricción indebida, lo cual, a mi juicio, es notoriamente indebida si el delito no merece la pena de suspensión ciudadana de manera proporcional, y aun cuando la merezca, sigue siendo indebida la suspensión si no hay una motivación concreta que justifique la idoneidad, utilidad y necesidad de la medida provisional. La Constitución, por tanto, impone un modelo de suspensión de derechos políticos específico, proporcional y motivado, en donde el juez tiene la obligación de declarar en forma expresa la suspensión de cada uno de los derechos políticos según las circunstancias del caso.

*El Caso Facundo: la presunción de inocencia
como “regla de trato” con estricta legalidad
y proporcionalidad*

¿Cómo se debió argumentar el Caso Facundo? La SR-Toluca soluciona el problema de manera correcta, a mi juicio, pero su argumentación es inadecuada. En el fondo la tesis central es la presunción de inocencia entendida

como la no suspensión de los derechos políticos por la falta de sentencia de condena. En la ejecutoria de la SR-Toluca se dice: “mientras el acusado no sea condenado con una sentencia ejecutoria, por la cual se le prive de la libertad, éste no debe ser suspendido en sus derechos políticos” (p. 19). La razón es el criterio de interpretación más favorable a la libertad. Prevalce la presunción de inocencia para evitar la aplicación amplia de la suspensión preventiva de derechos políticos.³⁶ Esta línea argumentativa, por tanto, implica una fórmula de solución distinta a las analizadas, a saber:

F4. No hay suspensión de ciudadanía sin sentencia definitiva.

Esta tesis es, a mi juicio, inaplicable si se trata de la suspensión de la ciudadanía como medida cautelar, porque es una concepción fuerte de la presunción de inocencia que en realidad resulta contradictoria para justificar los actos privativos de la libertad en forma anticipada. Es claro: no se puede alegar la necesidad de la condena para no suspender provisionalmente los derechos políticos, si la Constitución permite esta restricción cautelar, para bien o para mal. La cuestión constitucional no es, por tanto, inaplicar la norma de la suspensión por auto de formal prisión, sino de argumentar su mejor interpretación, amplia o restrictiva, para confeccionar su aplicación coherente y plena con el sistema constitucional. Por ende, la derrotabilidad de la regla de la suspensión preventiva de la ciudadanía no es conforme a la Constitución, por más injusta que nos parezca (García 2010).

³⁶ En la ejecutoria del Caso Facundo (2009), la SR-Toluca dice: “si el artículo 38, fracción II Constitucional establece que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión; y por su parte, el diverso numeral 20, apartado B de la Constitución General, establece que es derecho de toda persona imputada, que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; se concluye que el segundo de los numerales invocados, le reconoce al gobernado una presunción de inocencia, lo que de suyo implica que la privación de derechos sólo puede proceder una vez dictada una resolución firme, por lo que ante dicho principio, no puede operar de manera preferente el derivado del artículo 38, fracción II constitucional, en el que basta el auto de formal prisión, para que éste traiga aparejada la suspensión de derechos políticos” (p. 20).

Diferente, en cambio, si proponemos una lectura de aplicación estricta de la fracción II del artículo 38 constitucional, en la que entendamos a la presunción de inocencia como “regla de trato” que exige medidas cautelares relativas, concretas y proporcionales que no limiten la libertad ciudadana de manera absoluta, injustificada e innecesaria. En efecto, la presunción de inocencia puede ser considerada como una “regla de juicio”, “de prueba” y, en general, “de tratamiento”. La primera significa el debido proceso: nadie puede ser privado de sus derechos sin juicio previo (Zamora 2006). Es la concepción fundamental que se pretende aplicar en el Caso Facundo (2007). Si no hay sentencia definitiva, prevalece el trato absoluto de la inocencia para evitar la privación anticipada de la libertad electoral. La segunda, por el contrario, implica la fórmula *in dubio pro reo*: en caso de duda, hay que absolver y optar, por ende, por la situación más favorable (Romero 1985). La tercera, finalmente, se traduce en una garantía procesal de trato razonable, con lo cual durante el proceso se deben “reducir al mínimo las medidas restrictivas en contra del inculpado” (Aguilera 2004, 1555). Como “regla de trato”, por tanto, la presunción de inocencia es una garantía extensa que puede tener una mayor o menor intensidad (Allué 2005), según el contenido conceptual que reproduzcan las fórmulas débiles o fuertes de la presunción de inocencia que operen en el juicio, en la prueba y en el trato en general del presunto delincuente. Es poco o nada intensa, por ejemplo, si de las premisas conceptuales de las reglas a operar se desprende la tesis de la peligrosidad para restringir el sufragio a todo procesado sin importar el delito, pero es muy intensa, sin embargo, si asumimos como válida una postura categórica del goce pleno de la libertad política del presunto delincuente en cualquier caso. No hay suspensión sin sentencia definitiva. Sea cual fuere la postura adoptada, lo que me interesa destacar es una posición intermedia en que la presunción de inocencia es una garantía de trato que tutela la libertad en general (Ovejero 2006), con lo cual la libertad política debe también estar amparada y entrar, por ende, en íntima conexión con este principio constitucional informador de las

instituciones para delimitar los derechos políticos de los presuntos responsables, toda vez que, como se dijo en el Caso Pedraza (2007) el trato de inocente “permea toda la actividad administrativa, legislativa y jurisdiccional del Estado”, porque su proyección tiene efectos como límite de la potestad legislativa y como criterio condicionado de las interpretaciones de las normas jurídicas en cualquier materia (Vázquez 1984, 300; Romero 1985, 78; Pedrajas 1992, 232). Dicho de otra manera, tratar como inocente a alguien significa, bajo esta perspectiva, discutir las mínimas restricciones que se deben realizar a una persona sujeta a un proceso penal, entre las que destaca para el caso mexicano la suspensión de su libertad de participación política sin causa debida.

Entonces, la concepción correcta es la que el TEPJF plantea en el Caso Pedraza (2007), al decir que la presunción de inocencia significa: “aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal en forma restrictiva”. Esta fórmula Pedraza, sin embargo, yerra en la forma de entender la interpretación estricta, como bien lo apunta García Manrique (2010): no es la prisión preventiva el fundamento de la suspensión ciudadana ni tampoco la sentencia firme; lo más correcto, como he dicho, es la tesis de la F3 basada en los principios de estricta legalidad y proporcionalidad de las medidas cautelares en materia penal, relacionadas con la pena de suspensión de la ciudadanía por causa penal, tal como se ensaya en el Caso Godoy (2009)³⁷ para justificar, a partir del principio de proporcionalidad, la razonabilidad de la causa de prófugo de la justicia como medida suspensiva de la ciudadanía a una persona que, sin presentarse ante las autoridades, pretende ejercer la representación política. Resulta un error argumentativo, en consecuencia, sostener que no se suspenden los derechos políticos por un auto de formal prisión, porque no existe la sentencia definitiva, sencillamente porque la sentencia es otro supuesto constitucional de la suspensión de la ciudadanía, como bien lo desarrolla la SCJN en su jurisprudencia antes dicha.

³⁷ Sentencia dictada por el TEPJF de fecha 1 de octubre de 2009, relativo al juicio identificado con la clave SUP-JDC-670/2009.

Por lo tanto, si la presunción de inocencia fuese un principio tan categórico como se plantea en el Caso Facundo (2007), prácticamente no se podrían decretar actos de molestia que privan derechos y libertades a los inculpados de manera anticipada. Serían inaceptables los arraigos, casos urgentes, órdenes de aprehensión, cateos, interceptación de comunicaciones privadas, etcétera. ¿Por qué? No habría sentencia definitiva, *ergo*, no sería dable privar derechos a los inocentes. Lo cual tampoco es razonable con el sistema constitucional, porque las privaciones de derechos, anticipadas a la sentencia, son costos que la Constitución mexicana autoriza en contra de todo presunto responsable en tanto que las medidas cautelares sean útiles, necesarias y adecuadas conforme a un principio de razonabilidad que la Corte ha desarrollado en los límites de los derechos fundamentales.³⁸ Ese es el punto. Mi tesis es que la regla de trato de la presunción de inocencia exige la aplicación estricta de las medidas cautelares, por lo que los criterios a seguir para justificar o no la suspensión preventiva de la ciudadanía se encuentran en la estricta legalidad y proporcionalidad de las penas como reglas orientadoras para la restricción razonable de la libertad electoral de los inculpados.

Por lo tanto, el Caso Facundo (2009) requiere una formulación distinta. Se puede seguir, en efecto, con la línea de la presunción de inocencia pero entendida como “regla de trato razonable” bajo los principios de estricta legalidad y de proporcionalidad, que exigen evitar restricciones indebidas durante el juicio a las libertades y derechos de los presuntos responsables, de tal forma que la suspensión de derechos políticos como restricción anticipada opera, si y sólo si

³⁸ Esta concepción garantista de las medidas cautelares en el juicio penal se contiene en el artículo 10 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (2009), que a la letra dice: “Las medidas cautelares durante el proceso, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos, previstas en este código, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al derecho que se pretende proteger, al peligro que tratan de evitar y a la pena o medida de seguridad que pudiera llegar a imponerse”.

R1. Se trate de un delito que merezca la pena de suspensión de derechos políticos.

R2. Que la suspensión provisional de derechos políticos resulte idónea, útil y necesaria para salvaguardar una finalidad constitucionalmente aceptable del gobierno representativo.

R3. Que exista la causa probable del daño o riesgo claro y presente de la peligrosidad de la conducta durante el juicio, para justificar bajo el *test* de razonabilidad la medida cautelar que pretende asegurar la pena definitiva.

En consecuencia, las preguntas correctas que debió hacerse la SR-Toluca para resolver el Caso Facundo son las siguientes:

P1. ¿El delito por el que se dictó formal prisión merece suspensión de derechos políticos?

P2. ¿Es idóneo, útil y necesario suspender el voto en el caso concreto?

P3. ¿Existe peligrosidad suficiente en el caso concreto para decretar la medida preventiva de suspensión del voto?

Estas preguntas implican, respectivamente, tres exámenes a considerar: el *test* de estricta legalidad, el *test* de proporcionalidad y el *test* de la peligrosidad real. Veamos cada uno de ellos.

En el Caso Facundo (2009) la conducta prohibida objeto de la formal prisión fue “hacer uso de un documento falso para producir efectos legales”. Como el delito en la legislación penal local tenía sanción de prisión, operó de manera automática, según la lectura ortodoxa, la suspensión de los derechos políticos como pena accesoria conforme a la ley local. Luego entonces, existe un primer *test* de legalidad. ¿El delito está sancionado con pena de suspensión? Sí, por lo menos formalmente. Ahora bien, la pregunta siguiente sería: ¿el juez motivó la suspensión? Según los datos del caso, no; el juez penal sólo notificó la formal prisión, lo cual fue suficiente para que el IFE diera de baja al procesado del padrón de electores. Pero,

esta omisión de motivación ¿qué significado tiene? El “*test* de estricta legalidad” sería suficiente para no tener suspendido el derecho al voto por falta de imposición del juez penal competente. No hay acto de molestia sin juez que lo decreta expresa y motivadamente. En tal sentido, la suspensión abstracta, automática y categórica de la ciudadanía sería cuestionable por la inexistencia del mandato judicial. Así como no hay arraigo, orden de aprehensión o formal prisión sin juez que lo resuelva, tampoco debe existir suspensión preventiva de la ciudadanía sin juez que la motive. No abundaré más en las razones que he desarrollado anteriormente.

Pues bien, si el “*test* de estricta legalidad” es insuficiente, por ende, la “prueba de proporcionalidad penal” formularía la pregunta siguiente: ¿el acto de usar documento falso merece la privación de la libertad electoral? Mi respuesta depende del caso que, por lo demás, desconozco porque no tuve acceso a las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la ejecución del hecho delictivo. Pero formulemos algunas hipótesis.

H1. El supuesto uso del documento falso (constancia de residencia) fue para tramitar ante el IFE una credencial de elector a fin de ser elegible a un cargo popular para cumplir el requisito de residencia que no cumplía para ser electo. ¿Se le debe suspender la libertad electoral a quien falsee documentos para ser electo? En principio, sí resulta útil y necesario privar de la libertad a toda aquella persona que, para reunir los requisitos para ser elegible, falsea ante la autoridad rompiendo así el pacto social que dice que sólo serán elegibles los que cumplan las calidades previstas en la ley. ¿Por qué? En primer lugar, la privación evitaría el registro de una candidatura ilegal. En segundo lugar, protegería la igualdad entre los contendientes electorales que sí reúnen los requisitos. Y en tercer lugar, se garantizaría la legitimidad de la representación política; el ciudadano no elegiría a un representante ilegítimo. Pues bien, más allá de estar a favor o en contra de esta argumentación, lo que se pretende mostrar es la metodología a emplear. La conducta a prohibir es la que determina si es válido o no suspender la ciudadanía para garantizar el principio del sufragio o el gobierno representativo.

H2. El supuesto uso del documento falso (acta de nacimiento) fue para ser beneficiario de un programa de adultos mayores, porque la persona no tiene el rango de edad que el programa exige, tiene 69 y no 70 años. ¿Es válido restringir el derecho al voto? En este caso no encuentro ninguna idoneidad en restringir la ciudadanía al sujeto que falsea documentos para otros fines diferentes a los efectos electorales, menos cuando las razones sean las de lograr un beneficio social en un país de pobreza. No es útil ni necesario, por tanto, que el adulto mayor deje de tener derecho al voto por querer ser elegible de un programa social.

En ambos casos no es la aplicación categórica de la regla de privación de los derechos políticos la que resulta más conveniente; por el contrario, la aproximación a un modelo concreto, proporcional y específico permitiría evaluar motivadamente en qué casos, según las circunstancias a juzgar, resulta procedente suspender la ciudadanía por un delito sancionado con pena de suspensión de derechos políticos. Pero, ¿sería suficiente el *test* de proporcionalidad penal? No. El “*test* de peligrosidad real” es necesario superarlo para justificar la medida preventiva. Veamos por qué.

En la H1 ¿existirá riesgo claro y cierto en el presunto responsable que al final de cuentas no será postulado como candidato para ser electo durante el juicio? Me parece que aunque existan buenas razones para limitar el derecho a ser votado si resulta responsable de tal conducta que afecta el sufragio, no es, empero, útil ni necesario que durante el juicio se prive de su libertad electoral de manera precautoria a un presunto que no será candidato. ¿Para qué privar el derecho a ser votado si no será postulado por ningún partido político durante el tiempo que dure el juicio penal? ¿Qué riesgo de peligrosidad se puede predicar en un sujeto que no podrá presentarse como candidato? ¿Es razonable privar anticipadamente del sufragio pasivo a aquel que no será candidato? Sería una especie de restricción inadecuada por la falta de riesgo al bien jurídico a resguardar preventivamente: la posibilidad de acceder al cargo. Es, pues, inaceptable restringir el sufragio pasivo si no hay peligrosidad real en permitir la

libertad al presunto porque no hay datos que indiquen la presunción de una conducta a evitar o limitar que pueda resultar incompatible con su situación de procesado.

Pero pongamos otro ejemplo:

H3. A una persona se le dicta un auto de formal prisión por daños y lesiones graves cometidos en perjuicio de su partido y de algunos militantes, realizadas en una asamblea para elegir cargos directivos. Existen datos que indican que el presunto responsable ya había sido suspendido en sus derechos partidistas por ejercer violencia en asambleas partidistas cuando las votaciones no favorecían a su grupo, pero además existen manifestaciones públicas y notorias que revelan la intención del presunto de boicotear de nuevo la asamblea partidista una vez que pague su fianza porque tiene a salvo sus derechos partidistas. ¿Es razonable privarlo de sus derechos de participación en el partido para evitar riesgos o daños futuros al partido o a sus militantes? En estos casos de conductas ilegales de militantes en contra de los partidos (Ríos 2008), se pudiera afirmar que, aunque la persona se encuentre en libertad bajo caución, puede ser razonable privarla únicamente de su libertad política en materia partidista para dejar sin efecto sus derechos a participar en las asambleas para elegir cargos directivos, por el riesgo que representan sus conductas precedentes, que hacen presumir una posible violencia a la hora de celebrar la nueva asamblea. ¿Es razonable, entonces, suspender derechos políticos al que está libre en el juicio? Si hay buenas razones que justifican la protección de los ofendidos, me parece que sí.

En conclusión, la F3, a partir de las pruebas de estricta legalidad, proporcionalidad y de peligrosidad real, es la fórmula de solución que resuelve, a mi juicio, de una manera más coherente y plena, conforme al sistema constitucional, cada uno de los problemas que pueden presentar la regla de la suspensión de la ciudadanía por causa penal, tutelando de

manera equilibrada cada uno de los derechos, libertades y fines en juego a fin de salvaguardar el principio fundamental del sufragio, la autonomía personal. Es, pues, una posición garantista justificada conforme al texto constitucional.

Fuentes consultadas

- Aguilera Morales, M. 2004. Presunción de inocencia y derechos de defensa. En dirs. E. Álvarez Conde y V. Carrido Mayol. *Comentarios a la Constitución Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Allué Buiza, A. 2005. Una presunción de inocencia extensa y poco intensa. En coords. J. García Roca y P. Santolaya. *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aragón Reyes, M. 1998. Derecho electoral: sufragio activo y pasivo. En *Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bastida Freijedo, F. J. 1986. "Ley electoral y garantías judiciales". *Revista de las Cortes Generales* 7. 41y ss.
- Behrens, A. 2004. "Voting-Not Quite a Fundamental Right? A Look at Legal and Legislative Challenges to Felon Disfranchisement Laws". *Minnesota Law Review* 1, vol. 89. 231-75.
- Ewald, A. 2002. "Civil Death: The Ideological Paradox of Criminal Disenfranchisement Law in the United States". *Wisconsin Law Review*. 1045-137.
- . y B. Rottinghaus. 2009. *Criminal Disenfranchisement in an International Perspective*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Ferrajoli, L. 2001. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- García Manrique, R. 2010. "La suspensión de derechos políticos por causa penal: el caso mexicano". *II Seminario Internacional del*

- Observatorio Judicial Electoral*. 17-19 de noviembre. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (en prensa).
- Hull, E. 2006. *The Disenfranchisement of Ex-Felons*. Filadelfia: Temple University Press.
- Karlan, P. S. 2004. "Convictions and Doubts: Retribution, Representation, and the Debate over Felon Disenfranchisement". *Stanford Law Review*, vol. 56, 1147-70.
- Lara Chagoyán, R. 2004. *El concepto de sanción en la teoría contemporánea del Derecho*. México: Fontamara.
- Manza, J. y C. Uggen. 2008. *Locked Out. Felon Disenfranchisement and American Democracy*. Nueva York: Oxford University Press.
- Morlino, L. 2005. *Democracias y democratizaciones*. México: Cepcom
- Nieto Castillo, S. 2009. "¿Derecho electoral del enemigo? Reflexiones desde la experiencia española, turca y colombiana". *Justicia Penal Electoral* 17:131-40 México: FEPADE.
- Ovejero Puente, A.M. 2006. *Constitución y derecho a la presunción de inocencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pedrajas, A. 1992. *Despido y derechos fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia*. Madrid: Trotta.
- Reiman, J. 2005. "Liberal and Republican Arguments Against the Disenfranchisement of Felons". *Criminal Justice Ethics* 1, vol. 24, (invierno-primavera): 3-18.
- Ríos Vega, L. E. *La suspensión de los derechos políticos por auto de formal prisión. El caso Pedraza* (en prensa).
- . 2008. *La sanción partidista en el PAN: el caso González*. Serie Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral 5. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- . 2010a. *Sufragio pasivo, inmunidad parlamentaria y delincuencia organizada. El caso Godoy*. México: Porrúa.
- . 2010b. *El derecho a la rehabilitación de los derechos políticos. El caso Hernández*, México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

- . 2010c. *La regla del 38. Concepto, modelos y soluciones* (en prensa).
- . 2010d. “La suspensión preventiva del sufragio pasivo: ¿prisión, libertad o delito?”. En *III Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral*. 6, 7 y 8 de octubre de 2010. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Robben, A. 2007. “A Strike At The Heart Of Democracy: Why Legal Challenges to Felon. Disenfranchisement Laws Should Succeed”. 10: *D.C. Law Review*. 15-34. The University of District of Columbia.
- Romero Arias, E. 1985. *La presunción de inocencia. Estudio de algunas de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*. Pamplona: Aranzadi.
- Salazar, O. 1999. *El candidato en el actual sistema de democracia representativa*. Granada: Comares.
- Salazar, P. 2009. *Garantismo espurio*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Vázquez Sotelo, J.L. 1984. *Presunción de inocencia e íntima convicción del tribunal*. Barcelona: Bosch.
- Zamora Pierce, J. 2006. *Garantías y proceso penal*. México: Porrúa.

Ampliación de las hipótesis de procedencia y de legitimación para interponer controversias constitucionales

*Extending the hypothesis of applicability and the legitimacy
to file constitutional controversies*

Marisonia Vázquez Mata*

RESUMEN

Breve estudio de los casos en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación utilizó un criterio garantista y flexible al reconocer como sujetos legitimados en una controversia constitucional a los municipios, las delegaciones políticas y el Tribunal Electoral del Distrito Federal, y el caso de las controversias del Instituto Federal Electoral y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en las que la Corte negó su procedencia por falta de legitimidad, cuando estableció un criterio letrista y restrictivo del artículo 105, fracción I constitucional. El texto concluye con la propuesta de ampliar las hipótesis de procedencia de este juicio, con el fin de posibilitar que los órganos constitucionales autónomos cuenten con un instrumento para defender su esfera competencial y se salvaguarde suficientemente la integridad de nuestra Carta Magna.

PALABRAS CLAVE: hipótesis de procedencia, controversias constitucionales.

ABSTRACT

Brief study of cases in which the Supreme Court used a flexible and guarantor approach by the acknowledgement of municipalities, political dele-

* Subdirectora de Normatividad y Consulta de la Unidad Técnica de Asuntos Jurídicos del Instituto Electoral del Distrito Federal.

gations and the Electoral Court of Mexico City as legitimate subjects in a Constitutional controversy and the case of controversies of the Electoral Institute of the Federation and the National Commission of the Human Rights in which the court denied its applicability due to the lack of legitimacy, establishing a restrictive approach to the Article 105 section I of the Constitution; concluding with the proposal to extend the applicability hypothesis of this view, in order to grant the autonomous constitutional bodies an instrument to preserve its sphere of competence and strong enough to protect the integrity of our Constitution.

KEYWORDS: hypothesis of origins, constitutional controversies.

El artículo 105 constitucional y sus reformas

El texto del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos originalmente era del tenor siguiente:¹

Art. 105.- Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquellas en que la Federación fuese parte.

La primera reforma a este precepto fue publicada el 25 de octubre de 1967 y tuvo como finalidad precisar en la parte final que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) conocería de las controversias en que la Federación fuera parte “en los casos que establezca la ley”.

El 25 de octubre de 1993 se publicó la segunda reforma a esta disposición con el objetivo de agregar otras hipótesis de controversias cuya resolución sería competencia de la SCJN, a saber, las que se suscitaran entre uno o más estados y el Distrito Federal y las que acontecieran entre órganos de gobierno del Distrito Federal.

La tercera reforma constitucional fue publicada el 31 de diciembre de 1994 y entró en vigor el 12 de junio de 1995;² con esta reforma se estableció

¹ Las controversias constitucionales datan de la Constitución de 1857 y fueron retomadas en la Constitución de 1917. Según señala José Ramón Cossío Díaz, entre 1917 y 1994 se presentaron 63 controversias, lo que se atribuye al hecho de que los conflictos entre los órganos legitimados para interponerlas se solucionaban por la vía política, al existir un partido hegemónico que tenía la mayor representación posible en los diversos ámbitos de gobierno (Cossío Díaz 2008, 108-9).

² Por disposición del artículo octavo transitorio del Decreto de reformas constitucionales del 31 de diciembre de 1994, las modificaciones al artículo 105 entrarían en vigor en la misma fecha en que lo hiciera la ley reglamentaria correspondiente; el 11 de mayo de 1995 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (con una fe de erratas publicada el 19 de mayo de 1995), en cuyo artículo primero transitorio se dispuso que entraría en vigor a los 30 días de su publicación en el citado órgano oficial de difusión, por lo que entró en vigor el lunes 12 de junio de 1995.

un catálogo de hipótesis de procedencia de las controversias constitucionales ordenado en 11 apartados, se dispuso que las resoluciones de la SCJN tendrían efectos generales cuando fueran aprobadas al menos por ocho ministros en los casos de normas generales en determinados casos y se excluyó a la materia electoral de este medio de control constitucional; además, se adicionó una fracción II para establecer la figura de la acción de inconstitucionalidad con el objetivo de plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, así como una fracción III para establecer la base de la facultad de atracción de la Suprema Corte.

El catálogo de hipótesis de procedencia de la controversia constitucional entre distintos órdenes de gobierno, quedó como sigue:

- a) La Federación y un Estado o el Distrito Federal;
- b) La Federación y un municipio;
- c) El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal;
- d) Un Estado y otro;
- e) Un Estado y el Distrito Federal;
- f) El Distrito Federal y un municipio;
- g) Dos municipios de diversos Estados;
- h) Dos Poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- i) Un Estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales;
- j) Un Estado y un municipio de otro Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; y
- k) Dos órganos de gobierno del Distrito Federal, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Estas hipótesis no han sido modificadas, pues las tres reformas posteriores al precepto en cuestión dejaron intocado este catálogo,³ que ha operado además para definir, *prima facie*, a los sujetos legitimados activamente para promover las controversias constitucionales y tiene un carácter relativo y recíproco.

El carácter es relativo porque la legitimación activa depende, en cierto modo, del carácter del sujeto demandado y también es recíproca porque el carácter de demandante y demandado son implícitos y pueden intercambiarse. Así por ejemplo, en el caso del inciso a) tanto la Federación está facultada para demandar a un estado o al Distrito Federal, como un estado o el Distrito Federal pueden demandar a la Federación.

Cabe precisar que de conformidad con el artículo 11 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tanto el actor como el demandado y los terceros interesados que, en su caso, comparezcan a la controversia constitucional, deben hacerlo por conducto de los funcionarios que los representen conforme a las normas que los rigen, cuestión que se examina de oficio en las resoluciones de la Suprema Corte al estudiar la legitimación activa; sin embargo, en el presente trabajo únicamente nos referiremos a la legitimación activa correspondiente al órgano o poder que actúa como demandante, en el entendido de que la representación invariablemente corresponderá a sus respectivos titulares.

Los casos atípicos

En la definición que Juventino V. Castro da sobre las controversias constitucionales, establece que éstas son "...accionables por la Federación, los

³ Las reformas del 22 de agosto de 1996 y del 14 de septiembre de 2006 modificaron la fracción II del artículo 105 constitucional y la del 8 de diciembre de 2005 modificó el primer párrafo de la fracción I del mismo precepto, para excluir de los casos de controversia constitucional a los relativos a los conflictos de límites entre Estados que deben resolverse con la intervención del Senado de la República, en términos del artículo 46 de la propia Constitución.

Estados, el Distrito Federal o cuerpos de carácter municipal...” (Castro 2000, 62). Por su parte, Eduardo Ferrer Mac-Gregor considera que son “instrumentos de defensa de la Constitución que tienen por objeto resolver los conflictos competenciales y de atribuciones que puedan surgir entre entidades, órganos y poderes tanto de la Federación como de las entidades federativas” (Ferrer 2007, 383).

Para la SCJN (2006, 95), una controversia constitucional es:

el juicio de única instancia que la Federación, un Estado, el Distrito Federal o un Municipio, plantean ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación para demandar la reparación de un agravio producido por una norma general o un acto que, en ejercicio excesivo de sus atribuciones constitucionales, fue responsabilidad de alguno de los órganos de gobierno citados, lo que conculca el federalismo, el reparto de competencias fijado en la Constitución y la soberanía popular.

De cualquiera de estas definiciones, obtenemos la idea de que los sujetos legitimados para accionar una controversia constitucional son limitados.

Sin embargo, siempre ha estado presente la polémica acerca de los casos atípicos de procedencia de la controversia constitucional (que conlleva la legitimación activa), la cual se ha suscitado en relación con sujetos que no son mencionados expresamente en el texto constitucional y que, por ende, han motivado que el Pleno de la SCJN deba pronunciarse respecto de su legitimación.

Es de hacer notar que sobre este punto, el Pleno del máximo Tribunal de la nación ha sostenido que la fracción I del artículo 105 constitucional no debe interpretarse en un sentido literal o limitativo, sino en armonía con las normas que disponen el sistema federal y el principio

de división de poderes, con la finalidad de que no queden marginados otros supuestos.⁴

En esta evolución hacia la interpretación extensiva de las hipótesis de procedencia de la fracción I del artículo 105 constitucional, podemos destacar los casos de los municipios antes de la reforma de diciembre de 1994, los de las delegaciones en el Distrito Federal y el del Tribunal Electoral del Distrito Federal; y en sentido opuesto, los casos del Instituto Federal Electoral (IFE) y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), sobre los que haremos unos breves comentarios a continuación.

Los municipios como poderes

A partir de la reforma constitucional de diciembre de 1994, no quedó lugar a dudas sobre la legitimación expresa de los municipios para promover controversias constitucionales en contra de los poderes de los estados, pues se les consideró expresamente en diversas hipótesis previstas en los incisos b), f), g), h), i) y j) de la fracción I del numeral 105 constitucional.

Empero, el texto constitucional antes de esa reforma no hacía mención expresa a los municipios, sino únicamente a las controversias que se susciten “entre los Poderes de un mismo Estado”.

⁴ Tesis de jurisprudencia aprobada por el Tribunal Pleno el 17 de abril de 2007 visible en: Novena Época. Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Diciembre de 2007, p. 1101, Tesis: P./J. 21/2007: CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FRACCIÓN I DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, QUE PREVE LOS ENTES, PODERES U ÓRGANOS LEGITIMADOS PARA PROMOVERLA, NO ES LIMITATIVA. El citado precepto no debe interpretarse en un sentido literal o limitativo ni que establezca un listado taxativo de los entes, poderes u órganos legitimados para promover controversias constitucionales, sino en armonía con las normas que disponen el sistema federal y el principio de división de poderes, con la finalidad de que no queden marginados otros supuestos; de ahí que la aplicación del artículo 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe favorecer hipótesis de procedencia que, aunque no estén previstas expresamente en su texto, sean acordes con la finalidad manifiesta de ese medio de control constitucional, que es precisamente salvaguardar las esferas de competencia de los órganos y poderes cuya existencia prevé la Constitución Federal. *Controversia constitucional 31/2006. Tribunal Electoral del Distrito Federal. 7 de noviembre de 2006. Mayoría de nueve votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Disidente: Genaro David Góngora Pimentel. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza.*

En la controversia 1/93 promovida por el ayuntamiento de Delicias, Coahuila, en contra del gobernador y el secretario de gobierno de la propia entidad federativa, el Pleno de la SCJN sostuvo que dentro de nuestro sistema constitucional el municipio constituye un poder y, en tal circunstancia, se encontraba legitimado para acudir en demanda de controversia constitucional.⁵

Entre los argumentos esgrimidos por la SCJN destaca que, en el caso, se consideró que el texto del artículo 105 constitucional a esa fecha no había sufrido reformas de consideración, mientras que el numeral 116 había experimentado reformas radicales (en particular la del 3 de febrero de 1983), lo cual relacionado con el artículo 115, en el que se establece al municipio libre como base de la división territorial, permitía inferir la existencia de poderes municipales dentro de la entidad federativa.

Además, se argumentó que el hecho de que no se hiciera modificación alguna al artículo 105 para prever expresamente al municipio entre los sujetos legitimados, no era necesario, pues en su consideración resultaba concluyente que en los artículos 115 y 116 se les consideraba como poderes dentro de los estados, en un tercer nivel de gobierno.

Asimismo, se consideró que de no interpretarse el precepto de esta forma, se haría nugatorio el espíritu de la reforma constitucional de 1983 de garantizar la autonomía municipal, ya que los municipios no tendrían acceso jurisdiccional para defender sus prerrogativas a través de un juicio constitucional.

Los argumentos de esta resolución fueron retomados por el Pleno del máximo Tribunal de la nación, al resolver la controversia constitucional 3/93,

⁵ Carlos Quintana Roldán en su obra *Derecho Municipal*, cita el amparo en revisión 4521/90 del que conoció la Suprema Corte de Justicia de la Nación en Pleno, presentado por el Municipio de Mexicali en contra de autoridades del estado de Baja California, así como la mencionada controversia constitucional 1/93, como precedentes en los que la Corte sustentó un criterio de trascendencia para los municipios, al haberlos considerado como un "Poder del Estado", para efectos del artículo 105 vigente hasta antes de la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de mayo de 1995 (Quintana Roldán 2003, 300).

interpuesta por el ayuntamiento del municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León, en contra del Congreso, del gobernador y del secretario de la contraloría general de esa entidad federativa. En ese caso, la SCJN agregó como un argumento *ex post facto* la reforma constitucional del 31 de diciembre 1994 que la obligaba a resolver conforme a la ley vigente al momento de emitir la sentencia correspondiente, es decir, en el sentido de que el municipio se encontraba legitimado para intentar el medio de impugnación.⁶

Las delegaciones políticas (jefaturas delegacionales), órganos de gobierno del Distrito Federal

Con motivo de la controversia constitucional 20/2002 interpuesta por el jefe delegacional en Benito Juárez, Distrito Federal, en contra del jefe de gobierno y el secretario de gobierno de esa entidad federativa, el Pleno de la SCJN examinó la legitimación de las delegaciones del Distrito Federal para interponer controversias constitucionales en contra de otros órganos de gobierno de esa entidad federativa.⁷

La SCJN concluyó en su análisis que las delegaciones del Distrito Federal, denominados en el artículo 122, Apartado C, BASE TERCERA, fracción II, de la Constitución federal “órganos político-administrativos en cada una de las demarcaciones territoriales”, tienen el carácter de “órganos de gobierno” para efectos de la interposición de las controversias constitucionales, ajustándose a lo previsto en el inciso k) de la fracción I del artículo 105 constitucional (lo que de modo concomitante otorgaba a la SCJN la competencia para conocer el asunto).

⁶ Los argumentos del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación esgrimidos en la controversia 1/93 para examinar la legitimación activa de los municipios se reprodujeron en el considerando segundo de la resolución de la controversia constitucional 3/93 (pp. 84-105), emitida el 6 de noviembre de 1995, cuya versión electrónica facsimilar puede consultarse en: <http://www.scjn.gob.mx/ActividadJur/ControversiasConstitucionales/Paginas/ControversiasConstitucionales1917-1994.aspx>

⁷ El máximo Tribunal de la nación abordó la cuestión en el considerando primero de la resolución fallada el 26 de agosto de 2002, a propósito del análisis de su propia competencia para conocer de la controversia y resolverla.

En el examen de la controversia, la SCJN abordó tanto la naturaleza del Distrito Federal, al que caracterizó, a raíz de la reforma constitucional de 1996, como una entidad completamente singular, sede de los Poderes de la Unión y capital de los Estados Unidos Mexicanos, en la que las funciones legislativa, ejecutiva y judicial corresponden a los Poderes Federales con la concurrencia de las autoridades locales que son la Asamblea Legislativa, el Jefe de Gobierno y el Tribunal Superior de Justicia.

Asimismo, la Suprema Corte expuso que en la referida reforma constitucional se previó que en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal se establecieran los órganos político-administrativos en cada una de las demarcaciones territoriales, y se fijaran los criterios para efectuar la división territorial de la entidad federativa, así como la competencia de dichos órganos y sus relaciones con el Jefe de Gobierno.

Del examen de los preceptos del Estatuto de Gobierno y de la Ley Orgánica de la Administración Pública, ambos del Distrito Federal, la SCJN concluyó que la administración pública de esa entidad federativa estaba integrada por órganos centralizados, desconcentrados y paraestatales, correspondiendo a los órganos político-administrativos el carácter de órganos desconcentrados, que gozan de autonomía funcional, de gestión en acciones de gobierno, así como para el ejercicio de su presupuesto, en virtud de que solamente tienen que informar al Jefe de Gobierno para efectos de la cuenta pública y que cuentan con competencia en sus respectivas jurisdicciones en materia de gobierno, administración, asuntos jurídicos, obras, servicios, actividades sociales, protección civil, seguridad pública, promoción económica, cultural y deportiva.⁸

La SCJN también destacó que la elección de los titulares de las delegaciones debía realizarse en forma universal, libre, secreta y directa cada tres años y que sólo pueden ser removidos por la Asamblea Legislativa con el voto de la mayoría absoluta de los diputados que la integran.

⁸ Un catálogo bastante completo de las características que pueden atribuirse a los entes u órganos autónomos puede encontrarse en Susana Thalía Pedroza De la Llave (2002, 178-80).

De lo anterior, la SCJN concluyó que las delegaciones son órganos originarios debido a que su existencia está prevista en la Constitución federal, y que integran la organización política y administrativa del Distrito Federal, con autonomía de gestión, sin que se encuentren en situación de subordinación respecto de otros órganos de gobierno; por lo que propiamente constituyen de hecho un nivel de gobierno, ya que cuentan con patrimonio propio y tienen delimitado su ámbito de competencia en la ley, por mandato constitucional y, por ende, constituyen órganos de gobierno del Distrito Federal, habilitados para presentar controversias constitucionales en contra de otros órganos de esa entidad federativa.⁹

Prácticamente los mismos argumentos fueron esgrimidos por la SCJN al resolver las controversias constitucionales 27/2002, 28/2002 y 29/2002, interpuestas, respectivamente, por las delegaciones Venustiano Carranza, Benito Juárez y Cuajimalpa de Morelos, en las que reconoció legitimación activa a dichos órganos político-administrativos para intentar la controversia constitucional.¹⁰

El Tribunal Electoral del Distrito Federal

En la controversia constitucional 31/2006 interpuesta por el Tribunal Electoral del Distrito Federal en contra, entre otros órganos, de la Asamblea Legislativa y del Jefe de Gobierno, la SCJN concluyó que dicho órgano jurisdiccional se encontraba legitimado para interponer el juicio.

⁹ La controversia constitucional 20/2002 fue sobreseída con fundamento en el artículo 20, fracción II, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al actualizarse la causa de improcedencia prevista en el artículo 19, fracción VI de la propia Ley, en virtud de que al momento de interponer la controversia se encontraba pendiente de resolver una controversia competencial administrativa interpuesta por el mismo Jefe Delegacional en contra del mismo acto impugnado.

¹⁰ La ejecutoria de la controversia constitucional 28/2002 sustentó la tesis de jurisprudencia 61/2003 aprobada por el Pleno del máximo Tribunal el 6 de noviembre de 2003, cuya localización es la siguiente: Novena Época. Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XVIII, Diciembre de 2003, p. 887, Tesis: P./J. 61/2003, con el rubro siguiente: CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LAS DELEGACIONES DEL DISTRITO FEDERAL ESTÁN LEGITIMADAS PARA PROMOVERLAS.

En la resolución dictada por el Tribunal Pleno el 7 de noviembre de 2006, también al analizar su competencia, concluye, por lo que a la legitimación del Tribunal Electoral del Distrito Federal se refiere, que se ubica en el supuesto del inciso k) de la fracción I del artículo 105 constitucional, en tanto que es un órgano del Distrito Federal, atendiendo sustancialmente a que se trata de un órgano originario del Estado, ya que su existencia está prevista en la Constitución federal, goza constitucional y legalmente de autonomía jurisdiccional y presupuestaria, y su marco de atribuciones está delimitado —por mandato constitucional— en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal.

Además de retomar los argumentos que en su momento fueron expuestos en los casos de las delegaciones del Distrito Federal, la SCJN examinó también la naturaleza específica del Tribunal Electoral de esa entidad federativa, haciendo énfasis en que mantiene con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación y no de subordinación, además de que tiene a su cargo funciones coyunturales del Estado, en particular la función jurisdiccional electoral en el Distrito Federal, y goza de autonomía funcional (para la emisión de sus resoluciones) y presupuestaria (elaboración, manejo y administración de su presupuesto).¹¹

Más allá de los argumentos particulares del caso, el más alto Tribunal de la nación consideró en sus razonamientos de carácter general que en la controversia constitucional pueden examinarse todo tipo de violaciones a la Constitución federal, dado que su finalidad esencial es la salvaguarda de la supremacía constitucional, incluyendo el bienestar de la persona humana sujeta al imperio de los entes u órganos de poder y que tal salvaguarda se lleva a cabo preservando los principios que sustentan las rela-

¹¹ Los argumentos para sostener la legitimación del Tribunal Electoral del Distrito Federal fueron recogidos en la tesis de jurisprudencia número P./J. 19/2007 publicada en la página 1651, Tomo XXV, mayo de 2007, Pleno, Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que tiene por rubro: "TRIBUNAL ELECTORAL DEL DISTRITO FEDERAL. AL SER UN ÓRGANO DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL TIENE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVER CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL".

ciones jurídicas y políticas de los órdenes jurídicos parciales señalados en el artículo 105 constitucional, que son el federalismo, la división de poderes y la supremacía constitucional.

El criterio de legitimación activa del Tribunal Electoral del Distrito Federal fue reiterado en sus términos por el Pleno de la Suprema Corte al resolver la subsecuente controversia constitucional 12/2007, interpuesta por el mismo Órgano Jurisdiccional al año siguiente.

Los casos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y del Instituto Federal Electoral

El 7 de diciembre de 2006, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) presentó una controversia constitucional a la que se le asignó el número 150/2006, en contra del titular del Poder Ejecutivo Federal, reclamando como acto la negativa del Director General del Patrimonio Inmobiliario Federal del Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales de acordar favorablemente la donación de dos inmuebles solicitados por la mencionada Comisión.¹²

Por su parte, en febrero de 2007 el Instituto Federal Electoral (IFE) presentó controversia constitucional, que se sustanció con el número 11/2007, en contra del titular del Poder Ejecutivo Federal y de la Cámara de Diputados, reclamando la publicación y aprobación, respectivamente, del Decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2007, específicamente en contra de su artículo 15, párrafo cuarto, en el que se determinaba que dicho Instituto debería realizar medidas de reducción a su presupuesto sin afectar las prerrogativas previstas para los partidos políticos.¹³

¹² En la resolución del recurso de revisión no se hace referencia a los motivos de la controversia constitucional; sin embargo, los aspectos relevantes del caso se hicieron de conocimiento público y pueden consultarse en la nota periodística que aparecen en la liga electrónica siguiente: <http://www.jornada.unam.mx/2007/02/15/index.php?section=politica&article=020n1pol>

¹³ En la resolución del recurso de revisión no se hace referencia a los motivos de la controversia constitucional; sin embargo, los aspectos relevantes del caso se hicieron de conocimiento público y pueden consultarse en las notas periodísticas que aparecen en las ligas electrónicas siguientes: <http://www.jornada.unam.mx/2007/02/13/index.php?section=politica&article=010n1pol>
<http://www.eluniversal.com.mx/notas/406701.html>

La SCJN determinó el desechamiento de ambas controversias, planteadas en sendas resoluciones que declararon fundados los recursos de reclamación interpuestos en contra de los autos en que originalmente se habían admitido las demandas a trámite.¹⁴

En ambas resoluciones, tanto la Segunda Sala de la Suprema Corte como su Tribunal Pleno, concluyeron que los órganos demandantes carecían de legitimidad para interponer controversias constitucionales, en virtud de que no se encuentran en alguno de los supuestos de la fracción I del artículo 105 constitucional, en particular en el previsto en el inciso c): “El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal”.

Cabe mencionar que en ambos casos el ministro instructor de cada asunto había determinado la admisión de la controversia, al no encontrar motivo alguno manifiesto de improcedencia, argumentando en lo conducente que eran aplicables los mismos criterios que sustentaron en su momento la legitimación del Tribunal Electoral del Distrito Federal en la controversia constitucional 31/2006.¹⁵

¹⁴ En el caso de la controversia interpuesta por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el desechamiento fue decretado con tres votos a favor y dos en contra por la Segunda Sala del Máximo Tribunal, en resolución dictada el 14 de febrero de 2007, respecto del recurso de reclamación 20/2007, interpuesto por el Consejero Jurídico de la Presidencia de la República en contra del auto de admisión de la demanda. Por lo que hace al caso propuesto por el Instituto Federal Electoral, el desechamiento se determinó por el Tribunal Pleno con seis votos a favor y cinco en contra, en resolución dictada el 12 de junio de 2007, respecto del recurso de reclamación 58/2007 interpuesto por el Presidente de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión en contra del auto de admisión de la demanda.

¹⁵ En vísperas de que se emitiera la resolución de la controversia constitucional interpuesta por el Instituto Federal Electoral, el investigador Lorenzo Córdova Vianello, guardaba un sentir esperanzador al considerar que el objetivo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación era claro y así lo señaló en su artículo “La controversia constitucional del IFE” (<http://www.eluniversal.com.mx/nacional/148306.html>, del 11 de febrero de 2007): “...si los medios de control de la constitución, en general, tienen la finalidad de garantizar que la Constitución no se viole, y la controversia en particular busca salvaguardar las esferas de competencia de los órganos y poderes previstos en la Carta Fundamental, entonces una lectura extensiva del artículo aludido permite que ese control se expanda lo que favorecería el respecto a la letra y al espíritu de la Constitución”.

Empero, en las resoluciones a los recursos de revisión dictadas por la Segunda Sala y por el Tribunal Pleno sustancialmente se concluyó que el caso del Tribunal Electoral del Distrito Federal no era asimilable a los de la CNDH o del IFE, porque la legitimación activa de aquél no radica únicamente en el hecho de que se trate de un órgano autónomo del Estado, sino en que el inciso k) de la fracción I del artículo 105 constitucional prevé las controversias entre diversos órganos de gobierno del Distrito Federal, lo que permite cierta flexibilidad interpretativa en la que encuadra el Órgano Jurisdiccional aludido, en su carácter de órgano originario del Estado previsto en la disposición constitucional; mientras que en los casos de la CNDH y del IFE, aunque se trata de órganos autónomos previstos en la Constitución federal, no hay ninguna hipótesis en la fracción I del artículo 105 constitucional que les otorgue legitimación para interponer controversias constitucionales, ya que todos los casos de autoridades federales están previstos de forma explícita y exclusiva.

En ambas resoluciones —particularmente en la del recurso de revisión 58/2007— se abunda en la exposición de argumentos para apuntalar la exclusión de los órganos constitucionales autónomos de la posibilidad de interponer controversias constitucionales, lo que destaca en especial que la SCJN no debe llevar sus facultades al extremo de integrar hipótesis de procedencia de las controversias constitucionales, cuando el legislador constitucional no las previó expresamente.

Sin embargo, hay un aspecto en la resolución del recurso de revisión 58/2007 que es conveniente traer a colación, pues en ella la SCJN afirma categóricamente que:

... el diseño constitucional del artículo 105 de la Norma Fundamental establece estancos exclusivos y excluyentes entre la legitimación procesal para promover controversias constitucionales y la legitimación procesal para interponer acciones de inconstitucionalidad; de tal manera que quienes tienen acceso a una de estas vías, carecen de ese acceso para ejercer la otra, y viceversa...

A fin de sustentar esta conclusión, la Suprema Corte expone las distintas hipótesis de procedencia de las acciones de inconstitucionalidad y de las controversias constitucionales y mediante un ejercicio de comparación concluye que los sujetos legitimados en uno y otro caso son distintos; sin embargo, lleva el razonamiento más allá de este punto y concluye que si un órgano está legitimado para promover una controversia constitucional, no puede estarlo para promover una acción de inconstitucionalidad y viceversa, y que, por tanto, si el Poder Reformador de la Constitución incluyó a la CNDH entre los entes legitimados para promover la acción de inconstitucionalidad, en consecuencia quedó excluida de la controversia constitucional.¹⁶

El argumento de la SCJN carece de rigor lógico, pues extrae una conclusión de carácter general de una situación particular, estableciendo un precedente *sui generis*, en el que un mismo poder u órgano al quedar comprendido en la hipótesis de legitimación de un medio de control constitucional queda excluido del otro.

Tal proceder invalida incluso la propia argumentación del alto Tribunal, pues en el propio proyecto sostiene que no está facultado para establecer distinciones que el legislador constitucional no previó, ya que infiere que el otorgamiento de la facultad de interponer la acción de inconstitucionalidad conlleva la exclusión de la posibilidad de interponer la controversia constitucional.

Más aún, si se llevara el argumento a sus últimas consecuencias, tomando en consideración que la facultad de interponer acciones de inconstitucionalidad conferida a la CNDH está constreñida precisamente a aquellos casos en que pudiera haber violación a los derechos humanos, entonces

¹⁶ A partir de septiembre de 2006, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y sus similares de los estados de la República Mexicana, pueden interponer acciones de inconstitucionalidad, en contra de leyes que consideren violatorias de los derechos humanos. Decreto por el que se adiciona el inciso g) a la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de septiembre de 2006.

también podría inferirse que dicho órgano autónomo está impedido de actuar en una controversia constitucional sólo en los casos en que se involucren normas de derechos humanos (para lo cual tiene la acción de inconstitucionalidad) y, por exclusión, no estaría impedido para interponer la controversia constitucional en todos aquellos casos que no guarden relación con la protección de los derechos humanos.¹⁷

En los dos casos planteados, el fondo del asunto quedó intocado por la SCJN y lejos del ánimo garantista con el que había resuelto las controversias constitucionales tanto del Tribunal Electoral como de las delegaciones políticas del Distrito Federal, al haber predominado entre los ministros un criterio letrista de interpretación de la fracción I del artículo 105 de nuestra Carta Magna.

Comentarios finales

El breve estudio hasta aquí realizado pone de manifiesto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación había seguido una ruta de ampliación de las hipótesis de procedencia —y de los sujetos legitimados— en materia de controversias constitucionales. De hecho, así se había reconocido en la tesis siguiente:

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA TUTELA JURÍDICA DE ESTA ACCIÓN ES LA PROTECCIÓN DEL ÁMBITO DE ATRIBUCIONES QUE LA LEY SUPREMA PREVÉ PARA LOS ÓRGANOS ORIGINARIOS DEL ESTADO. Del análisis de la evolución legislativa que en nuestros textos constitucionales ha tenido el medio de control constitucional denominado controversia constitucional, se pueden apreciar las siguientes etapas: 1. En la primera, se concibió sólo para resolver las que se presentaren entre una entidad federada y

¹⁷ La aplicación de los principios de la lógica a la metodología jurídica puede consultarse en Witker Velázquez y Larios Velasco (2002).

otra; 2. En la segunda etapa, se contemplaron, además de las antes mencionadas, aquellas que pudiesen suscitarse entre los poderes de un mismo Estado y las que se suscitaran entre la Federación y uno o más Estados; 3. En la tercera, se sumaron a las anteriores, los supuestos relativos a aquellas que se pudieren suscitar entre dos o más Estados y el Distrito Federal y las que se suscitasen entre órganos de Gobierno del Distrito Federal. En la actualidad, el artículo 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, amplía los supuestos para incluir a los Municipios, al Poder Ejecutivo, al Congreso de la Unión, a cualquiera de sus Cámaras, y en su caso, a la Comisión Permanente. Pues bien, de lo anterior se colige que la tutela jurídica de este instrumento procesal de carácter constitucional, es la protección del ámbito de atribuciones que la misma Ley Suprema prevé para los órganos originarios del Estado, es decir, aquellos que derivan del sistema federal y del principio de división de poderes a que se refieren los artículos 40, 41 y 49, en relación con el 115, 116 y 122, de la propia Constitución y no así a los órganos derivados o legales, pues estos últimos no son creados ni tienen demarcada su competencia en la Ley Fundamental; sin embargo, no por ello puede estimarse que no están sujetos al medio de control, ya que, si bien el espectro de la tutela jurídica se da, en lo particular, para preservar la esfera competencial de aquéllos y no de éstos, en lo general se da para preservar el orden establecido en la Constitución Federal, a que también se encuentran sujetos los entes públicos creados por leyes secundarias u ordinarias.¹⁸

A contracorriente de sus propios precedentes, al dilucidar los casos de la CNDH y del IFE, en decisiones muy divididas, resueltas con un voto

¹⁸ Tesis visible en: Novena Época. Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo VIII, diciembre de 1998. Tesis P. LXXII/98. p. 789.

de diferencia, la Suprema Corte volvió sobre sus pasos y determinó no otorgarles la legitimación para interponer controversias constitucionales, por razones que más bien parecieran ubicarse en el ámbito de la política jurisdiccional.

Si bien esta exclusión de los órganos constitucionales autónomos pudiera aceptarse desde un punto de vista estrictamente formal, no resuelve el principal aspecto de la cuestión, que es la salvaguarda de la supremacía constitucional a través de la protección de la esfera competencial de esos sujetos de derecho.

Al no tener acceso a este medio de control constitucional, los órganos constitucionales autónomos, que llevan a cabo funciones estatales delimitadas en la Constitución federal, se encuentran en situación de indefensión frente a los actos de otros órganos o poderes del Estado que pudieran invadir su esfera competencial, situación que atenta contra el principio de supremacía constitucional y puede traducirse en un deterioro de su autonomía constitucional.

Para resaltar la importancia que esto tiene en materia de justicia constitucional, retomemos los ejemplos que plantea Miguel Carbonell (2007a) como justificación de su diagnóstico acerca del horizonte preocupante para el conjunto de órganos constitucionales autónomos, que a decir suyo, la SCJN dejó sin un mecanismo apropiado de defensa frente a los demás poderes del Estado mexicano. Estos ejemplos son los siguientes:

Supongamos que el día de mañana el Congreso de la Unión legisla para que ya no sea el IFE quien determine los distritos electorales federales, sino que lo haga la Secretaría de Gobernación, contrariando el mandato del artículo 41 fracción III de la Constitución que dice que será precisamente el IFE el órgano competente para realizar dicha determinación. ¿Qué podría hacer el IFE para defender su competencial constitucional? Nada, según el criterio de la Corte.

Supongamos que al día siguiente el Congreso de la Unión modifica la Ley Orgánica de la CNDH para establecer que todas las recomendaciones del ombudsman nacional deben pasar por el visto bueno del Presidente de la República. ¿A qué remedio judicial podría acudir la CNDH para defenderse de esa inconstitucional intromisión en su autonomía? A ninguno, según los Ministros.

Supongamos que en un tercer día de actividad febril en el Congreso se decide que la información estadística que levanta el INEGI deba someterse a la consideración de la Secretaría de Desarrollo Social a fin de que pueda ser considerada como información oficial. ¿Qué podría hacer el INEGI para zafarse de ese yugo inconstitucional? Nuevamente: nada, más que resignarse, gracias a la sentencia de la Corte.

Por ello, se considera necesario que por vía de interpretación judicial o, mejor aún, por reforma constitucional,¹⁹ se reconozca legitimación a los órganos constitucionales autónomos federales previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que tengan carácter originario, para que interpongan controversias constituciona-

¹⁹ En el contexto de que, para algunos estudiosos en la materia, los órganos autónomos tenderán a incrementarse, consideramos que una reforma constitucional se tornará indispensable. Al respecto, Raymundo Gil Rendón desde el año 2001 planteaba una propuesta interesante al sugerir que se previera en un espacio constitucional a los órganos autónomos como el Instituto Federal Electoral, el Banco de México y la Comisión Nacional de Derechos Humanos (Gil Rendón 2001, 14); de igual manera, Daniel Vizcaya propuso la incorporación de esos órganos autónomos entre los entes legitimados para interponer controversias constitucionales (Vizcaya 2002, 765-6); mientras que para Miguel Carbonell, "...quizá llegó el momento de proponer una revisión constitucional de fondo para crear un título en la Constitución Federal dedicado a la regulación de los órganos constitucionales autónomos..." (Carbonell 2007b, 5). Por su parte, José Alfonso Herrera García también se ha pronunciado en el sentido de que los órganos autónomos cuenten con legitimación para promover controversias constitucionales aunque en forma acotada: "...la prevalencia del orden constitucional justifica la admisión de tantos cuantos supuestos puedan idearse para la efectiva defensa jurisdiccional de la Constitución; así, ahí donde hubiere alguna transgresión, nos parecería válido que cualesquiera ente público pudiera controvertir y exigir el estricto apego a la Ley. Empero, por otra parte, no debe dejarse de tomar en cuenta que resultaría muy peligroso regular la procedencia de las controversias constitucionales promovidas por estos organismos, pues podría llegarse al riesgo de desvirtuar su objeto..." (Herrera 2005, 13).

les contra otros órganos o poderes por invasión a sus esferas competenciales, entendiendo por ello que deben satisfacer las características siguientes:

- a) Que su existencia esté prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o derive directamente de ella.
- b) Que lleven a cabo funciones coyunturales del Estado.
- c) Que gocen de autonomía funcional y presupuestaria.
- d) Que no se encuentren en situación de subordinación, sino de coordinación con los demás órganos y poderes del Estado.

Conforme a lo anterior, actualmente cumplen con estas características el Banco de México, el Instituto Federal Electoral, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

En este sentido, coincidimos con la propuesta formulada por Pedro Salazar y Luis Salgado (2009, 604), en cuanto a incluir dos hipótesis adicionales de procedencia de la controversia constitucional, en las que se considere como sujetos legitimados a los órganos constitucionales autónomos en relación con el Poder Ejecutivo Federal y el Congreso de la Unión, cualquiera de sus Cámaras o su Comisión Permanente.²⁰

Esta propuesta se inscribe además en el criterio que la SCJN ha sostenido respecto de los órganos constitucionales autónomos, a los que ha

²⁰ La modificación a la fracción I del artículo 105 constitucional, la proponen mediante la adición de los incisos l) y m), en los términos siguientes:

Art. 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

a) ...

...

k)...

l) Los Órganos Constitucionales Autónomos y el Poder Ejecutivo;

m) Los Órganos Constitucionales Autónomos y el Congreso de la Unión; cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente.

...

reconocido un *status* particular dentro de la estructura del Estado mexicano, sin que ello inhíba el principio de división de poderes.²¹

Si bien es cierto que la ampliación de los sujetos legitimados tendría el efecto de incrementar la ya abultada carga de trabajo de la SCJN, es indudable que debe prevalecer la finalidad del juicio de controversia constitucional, que no es otra que el de garantizar la plena fuerza normativa de la Constitución y, por ende, la de asegurar la integridad de la esfera de competencia constitucional de los órganos del Estado previstos en nuestra Carta Magna, incluidos, desde luego, los órganos constitucionales autónomos.

²¹ El criterio se contiene en la tesis jurisprudencial visible en: Novena Época. Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVII, Febrero de 2008, p. 1871, Tesis: P./J. 12/2008: ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. SUS CARACTERÍSTICAS. Con motivo de la evolución del concepto de distribución del poder público se han introducido en el sistema jurídico mexicano, a través de diversas reformas constitucionales, órganos autónomos cuya actuación no está sujeta ni atribuida a los depositarios tradicionales del poder público (Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial), a los que se les han encargado funciones estatales específicas, con el fin de obtener una mayor especialización, agilización, control y transparencia para atender eficazmente las demandas sociales; sin que con ello se altere o destruya la tradicional doctrina de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos organismos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios, no significa que no formen parte del Estado mexicano, ya que su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales. Ahora bien, aun cuando no existe algún precepto constitucional que regule la existencia de los órganos constitucionales autónomos, éstos deben: a) estar establecidos y configurados directamente en la Constitución; b) mantener con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación; c) contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y, d) atender funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.

Fuentes consultadas

- Aranda, Jesús. 2007. "Rechaza la Corte controversia de la CNDH, pese a que admitió la del IFE". *La Jornada*, 15 de febrero. <http://www.jornada.unam.mx/2007/02/15/index.php?section=politica&article=020n1pol> (consultada el 10 de octubre de 2009).
- Avilés Allende, Carlos. 2007. "Admite Corte controversia del IFE por Presupuesto". *El Universal*, 14 de febrero. <http://www.eluniversal.com.mx/notas/406701.html> (consultada el 10 de octubre de 2009).
- Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión (Sitio oficial e-congreso. Copyright 2006 Honorable Congreso de la Unión). http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_art.htm (consultada el 10 de octubre de 2009).
- Carbonell, Miguel. 2007a. "La Indefensión del IFE". *Revista Nexos* 356 (agosto).
- . 2007b. *Un Nuevo Órgano Constitucional Autónomo*, http://miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/autonom_a_INEGI.pdf, 30 de abril de 2007.
- Castro, Juventino V. 2000. *El Artículo 105 Constitucional*, 3ª ed. México: Porrúa.
- Cossío Díaz, José Ramón. 2008. *La Controversia Constitucional*. México: Porrúa.
- CPEUM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857 publicada en el *Diario Oficial. Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana* el 5 de febrero de 1917.
- Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 94, 98, 100, 102, 104 fracción I, 105 y 107 fracciones II párrafo final, III, IV, V, VI, VIII, XIII y XIV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos* el 25 de octubre de 1967.

Decreto por el que se reforman los artículos 31, 44, 73, 74, 79, 89, 104, 105, 107, 122, así como la denominación del título quinto, adición de una fracción IX al artículo 76 y un primer párrafo al 119 y se deroga la fracción XVII del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de octubre de 1993.

Decreto mediante el cual se declaran reformados los artículos 21, 55, 73, 76, 79, 89, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 111, 116, 122 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1994.

Decreto mediante el cual se declaran reformados diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de agosto de 1996.

Decreto por el que se reforma el único párrafo y se adicionan un segundo y tercer párrafos al artículo 46; se deroga la fracción IV del artículo 73; se adicionan las fracciones X y XI, pasando la actual fracción X a ser fracción XII del artículo 76, y se reforma la fracción I del artículo 105, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de diciembre de 2005.

Decreto por el que se adiciona el inciso g) a la fracción II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de septiembre de 2006.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2007. "Comentario al artículo 105", *para entender La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Nostra Ediciones.

Gil Rendón, Raymundo. 2001. "¿Qué son los Órganos Constitucionales Autónomos?". *Revista Derecho y Cultura* 2 (Invierno 2000-2001).

- . 2004. Introducción. En *Derecho Procesal Constitucional*. México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política.
- Herrera García, José Alfonso. 2005. "Algunas Propuestas de Reforma a las Controversias Constitucionales en México". *Revista Jurídica*, Publicación Electrónica Trimestral del Área de Derecho, Número 17 (<http://www.unla.edu.mx/iusunla17/>), México. Universidad Latina de América, IUS.
- Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 11 de mayo de 1995 y reformada por decreto publicado el 22 de noviembre de 1996.
- Pedroza De la Llave, Susana Thalía. 2002. Los Órganos Constitucionales Autónomos en México. En *Estado de Derecho y Transición Jurídica*. Serie Doctrina Jurídica. Número 95. Capítulo V. México: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Quintana Roldan, Carlos. 2003. *Derecho Municipal*, 7ª ed. México: Porrúa.
- Salazar, Pedro y Luis Salgado. 2009. "Órganos Constitucionales Autónomos. Una Propuesta de Reforma en Procesos Constituyentes Contemporáneos". *América Latina. Tendencias y Perspectivas*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Número 521, México.
- Sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en sesión del 6 de noviembre de 1995 para resolver la controversia constitucional 3/1993.
- Sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en sesión del 26 de agosto de 2002 para resolver la controversia constitucional 20/2002.
- Sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en sesión del 4 de noviembre de 2003 para resolver la controversia constitucional 27/2002.

Sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en sesión del 4 de noviembre de 2003 para resolver la controversia constitucional 28/2002.

Sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en sesión del 4 de noviembre de 2003 para resolver la controversia constitucional 29/2002.

Sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en sesión del 7 de noviembre de 2006 para resolver la controversia constitucional 31/2006.

Sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en sesión del 27 de septiembre de 2007 para resolver la controversia constitucional 12/2007.

Sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en sesión del 14 de febrero de 2007 para resolver el recurso de reclamación 20/2007 derivado de la controversia constitucional 150/2006.

Sentencia del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en sesión del 12 de junio de 2007 para resolver el recurso de reclamación 58/2007 derivado de la controversia constitucional 11/2007.

SCJN. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2006. *Elementos de Derecho Procesal Constitucional*. México: SCJN.

—. <http://www.scjn.gob.mx> (consultada el 10 de octubre de 2009).

Urrutia, Alonso y Jesús Aranda. 2007. "Presenta IFE controversia constitucional; alega despojo por la Cámara y Calderón". *La Jornada*, 13 de febrero. <http://www.jornada.unam.mx/2007/02/13/index.php?section=politica&article=010n1pol> (consultada el 10 de octubre de 2009).

Vizcaya Priego, Daniel. 2002. "Las Controversias Constitucionales en México: Una Propuesta". *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho*

Constitucional. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Número 99, México.

Witker Velázquez, Jorge y Rogelio Larios Velasco. 2002. *Metodología Jurídica*, 2ª ed. México: McGraw-Hill Interamericana Editores.

Sección
Estados



Causa abstracta de nulidad y su aplicación en las elecciones locales

Abstract cause of annulment and its implementation in local elections

Luis Octavio Vado Grajales*

RESUMEN

El trabajo realiza un análisis, desde el plano legal y constitucional, sobre la causa abstracta de nulidad en materia electoral. Desde la teoría jurídica y la teoría de la justicia, se reflexiona por su utilidad en las elecciones locales de las entidades federativas.

PALABRAS CLAVE: causa abstracta de nulidad, elecciones locales, teoría de la justicia.

ABSTRACT

The paper studies, from the legal and constitutional points of view, the abstract cause of annulment in electoral issues. From legal theory and the theory of justice, the study elaborates in its usefulness for local elections in the states.

KEYWORDS: abstract cause of invalidity, local elections, justice theory.

* Profesor en las universidades Autónoma de Querétaro y Contemporánea. El autor agradece a la licenciada con especialidad Rebeca Pérez Martínez la lectura del borrador de este trabajo, así como sus sugerencias.

*...las constituciones no son neutras desde el punto de vista axiológico,
y exigen de parte de sus jueces un ejercicio hermenéutico
tendiente a garantizar, maximizar y expandir sus postulados.*

Gabriel Mora

Introducción

Este trabajo se centra en responder a dos preguntas fundamentales; la primera, si la prohibición de aplicar la causa abstracta de nulidad alcanza a los tribunales electorales locales; la segunda, si aplica dicha causa por un tribunal local e impugnándose su sentencia ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), éste podría considerar válida su aplicación.

Analizaré los alcances constitucionales de la prohibición de aplicar la citada causa, buscando demostrar que no aplica para la justicia electoral local como respuesta a la primera pregunta, y respecto a la segunda cuestión, tratando de demostrar que el TEPJF podría, sin aplicar la causa abstracta, permitir su aplicación en casos locales y municipales.

Expondré las características de la causa de nulidad abstracta, los alcances de la reforma constitucional y las razones que justifican su permanencia en el ámbito local, refutando a continuación las posibles posturas contrarias. También me ocuparé de las posibles vías que tendría el TEPJF al enfrentarse a su aplicación por los jueces locales en materia electoral.

El tema resulta relevante en varios sentidos. Académicamente plantea una confrontación entre dos visiones del derecho y su forma de interpretarse, unos consideran al derecho como conjunto de reglas que deben ser seguidas por el juez lo más fielmente posible sirviéndose de una interpretación formalista; y otros consideran a los principios como parte del derecho, y al juez como un operador que debe dotarlos de sentido al resolver las controversias.¹

¹ Con mucho tino escribe Luis Gómez Romero (2009, 100-1) al referirse al caso mexicano: Precisamente en virtud de la relevancia política que, en México, han adquirido en tiempos más o menos recientes los jueces (pensemos, por citar solo un par de ejemplos, en los casos de las decisiones judiciales sobre la procedencia del juicio político contra los gobernadores de

En la práctica este tema nos hace reflexionar sobre los alcances de la justicia electoral frente a las prácticas inconstitucionales que se pueden presentar en las elecciones, pues implica la posibilidad de que un partido o candidato sea desleal con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), pero al no estar prevista de forma expresa la prohibición de su conducta, y por tanto la anulación de las elecciones, su triunfo sea reconocido.

Por último, este asunto debe ser objeto de consideración por los tribunales electorales, ya que puede ser que sin un estudio adecuado consideren muerta y enterrada la causa abstracta en todos los casos posibles, cercenándose competencias más allá de donde lo hizo el Constituyente permanente.

La causa abstracta de nulidad

La anulación de elecciones o de la votación emitida en casilla es un tema regulado por la legislación local y federal. Además el TEPJF mediante la interpretación constitucional amplió las causas previstas creando la llamada **causa abstracta** en la siguiente jurisprudencia:

NULIDAD DE ELECCIÓN. CAUSA ABSTRACTA (Legislación de Tabasco y similares).

Los artículos 39, 41, 99 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 9o. de la Constitución Política del Estado

los estados, o sobre el principio de representación proporcional como garantía del pluralismo político en la integración de los órganos legislativos) parece pertinente reflexionar de nueva cuenta, desde la teoría jurídica y la teoría de la justicia, sobre las escabrosas relaciones entre la discrecionalidad jurisdiccional, la hermenéutica constitucional y la política en sentido estricto. Para ello, es indispensable pasar por dos preguntas fundamentales de la teoría jurídica que, en su dimensión descriptiva, podrían formularse en los siguientes términos: ¿los sistemas jurídicos son internamente coherentes o incoherentes?, y ¿los jueces aplican de manera neutral normas jurídicas, o son creadores de derecho inspirados en razones políticas y morales?

Libre y Soberano de Tabasco, establecen principios fundamentales como: el sufragio universal, libre, secreto y directo; la organización de las elecciones a través de un organismo público y autónomo; la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral; el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social; el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, así como que en el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales debe prevalecer el principio de equidad. Estos principios deben observarse en los comicios, para considerar que las elecciones son libres, auténticas y periódicas, tal y como se consagra en el artículo 41 de dicha Constitución, propias de un régimen democrático. Esta finalidad no se logra si se inobservan dichos principios de manera generalizada. En consecuencia, si alguno de esos principios fundamentales en una elección es vulnerado de manera importante, de tal forma que impida la posibilidad de tenerlo como satisfecho cabalmente y, como consecuencia de ello, se ponga en duda fundada la credibilidad o la legitimidad de los comicios y de quienes resulten electos en ellos, es inconcuso que dichos comicios no son aptos para surtir sus efectos legales y, por tanto, procede considerar actualizada la causa de nulidad de elección de tipo abstracto, derivada de los preceptos constitucionales señalados. Tal violación a dichos principios fundamentales podría darse, por ejemplo, si los partidos políticos no tuvieran acceso a los medios de comunicación en términos de equidad; si el financiamiento privado prevaleciera sobre el público, o bien, si la libertad del sufragio del ciudadano fuera coartada de cualquier forma, etcétera. Consecuentemente, si los citados principios fundamentales dan sustento y soporte a cualquier elección democrática, resulta que la afectación grave y generalizada de cualquiera de ellos provocaría que la elección de que se trate carece-

ría de pleno sustento constitucional y, en consecuencia, procedería declarar la anulación de tales comicios, por no haberse ajustado a los lineamientos constitucionales a los que toda elección debe sujetarse.

Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-487/2000 y acumulado. Partido de la Revolución Democrática. 29 de diciembre de 2000. Mayoría de cuatro votos. Disidentes: Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo. El Magistrado José Fernando Ojesto Martínez Porcayo no intervino, por excusa.

Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-096/2004. Coalición Alianza Ciudadana. 28 de junio de 2004. Mayoría de cinco votos en el criterio. Disidentes: Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo.

Juicio de revisión constitucional electoral. SUP-JRC-099/2004. Partido Acción Nacional. 28 de junio de 2004. Mayoría de cinco votos en el criterio. Disidentes: Eloy Fuentes Cerda y Alfonsina Berta Navarro Hidalgo (Tesis S3ELJ 23/2004).

Esta creación pretoriana tiene las siguientes características:

1. No está prevista en la legislación electoral de forma expresa.
2. Surge del reconocimiento de los principios constitucionales electorales.
3. Implica verificar que se ha violado al menos uno de dichos principios en un caso concreto de forma **grave y generalizada**.

Y su consecuencia es la invalidez de la elección en la que se haya presentado.

Esta causal presenta varias aristas: en primer lugar, la amplitud que otorga al juez electoral para determinar el contenido de los principios ante la falta de legislación expresa; en segundo, una serie de complicaciones respecto a la prueba de los hechos violatorios de los principios; y en tercero, una cuestión de naturaleza política, dado el poder que tal

causa brinda al juez electoral. Desde luego, también rompe con el tópico consistente en que **las nulidades deben ser previstas de forma expresa en la ley.**²

Estas características permiten una mayor amplitud en el control judicial electoral a partir de los principios constitucionales, ajustándolos a las nuevas realidades de la “ingeniería electoral” de los partidos, candidatos y gobiernos, permitiendo una actividad dinámica del juzgador.

En la reforma constitucional electoral del año 2007 se propuso, y en apariencia se consiguió, acabar con la causa abstracta. Esto mediante la nueva redacción del párrafo segundo de la fracción II del artículo 99 de la CPEUM, que dice a partir de su modificación:

Las salas Superior y regionales del Tribunal sólo podrán declarar la nulidad de una elección por las causales que expresamente se establezcan en las leyes.

La exposición de motivos de la iniciativa no abunda en el tema. El dictamen de las comisiones de la Cámara de Senadores expresa que, existiendo una discusión sobre los poderes interpretativos del juez electoral, y sin vulnerar sus competencias, era necesario circunscribir su poder a las causales de nulidad previstas en la ley.³ En la Cámara de Diputados se repitió prácticamente la misma razón en el dictamen respectivo.⁴

² Sobre el tema de la causa de nulidad abstracta, véase Bárcena 2008, 25-31; Nieto 2003, 187-91 (con una visión muy favorable a la causa abstracta); Huber 2005, 183-7 (que se manifiesta contrario a la causa de nulidad en estudio); Tron, 677.

³ “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Gobernación; de Radio, Televisión y Cinematografía; y de Estudios Legislativos que contiene Proyecto de Decreto de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Reforma Electoral” (CCJE 2008, 48).

⁴ “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Gobernación, con Proyecto de Decreto que reforma los Artículos 6, 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el Artículo 134; y se deroga un párrafo al Artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” (CCJE 2008, 167).

A favor de la reforma se ha dicho que abona a la certidumbre del derecho,⁵ a la vez que surgieron dudas sobre si efectivamente el juez electoral realmente se abstendría de declarar una nulidad por no encontrarla legislada.⁶

No es este el espacio para hacer la crítica de la reforma. Pero si es la oportunidad de criticar argumentos, y el de la certeza del derecho parece bastante flaco. Veamos por qué.

Reconstruyamos el argumento de quienes están en contra de la causa abstracta por atentar contra la certeza del Derecho: la certeza es un objetivo del derecho y en concreto de su rama electoral porque permite que se hagan predicciones certeras sobre los actos y abstenciones que provocan la nulidad de una elección, por tanto el texto legislativo debe de ser lo más claro posible y el juez debe tener nulas o limitadas posibilidades de apartarse de dicho texto.

Reconstruido de la forma anterior el argumento, se le pueden formular varias objeciones:

1. No puede identificarse **Derecho** con **texto normativo**.⁷ Las leyes son parte del Derecho, pero no las únicas, y desde luego la jurisprudencia también forma parte del Derecho.
2. Así como el Derecho no se compone sólo de textos normativos, tampoco se compone exclusivamente de normas, sino también de principios, que desde luego requieren una actividad interpretativa dada su generalidad y amplitud.⁸
3. La predictibilidad del derecho, si existe, no puede descansar sólo en el texto normativo, sino también en el comportamiento de los operadores jurídicos, por lo que requeriría un componente psicológico.

⁵ “Delimitar legalmente las facultades de las autoridades jurisdiccionales en temas tan delicados como la nulidad de una elección es una manera de contribuir a la certidumbre que tanto requiere la vida democrática” (Salazar 2009, 120-1).

⁶ “Seminario sobre la Reforma Electoral 2007” (CCJE 2008, 374).

⁷ De hecho no podemos identificar norma y texto normativo. La norma surge del texto aplicado a una realidad concreta relevante jurídicamente, y el sentido del texto es asignado mediante la interpretación (Grau s/f).

⁸ En especial véase el capítulo 2 de Dworkin s/f.

4. Ceñir a los jueces únicamente al texto de la norma es un anacronismo superado por la realidad. No sólo los legisladores crean derecho.⁹
5. Difícilmente un texto normativo será tan claro que no requiera interpretación.

En todo caso, la prohibición se encuentra ya en la Constitución y obliga con claridad al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Subsistencia de la causa en el ámbito local

Pero debe recordarse que la limitación sólo opera en el caso de la jurisdicción electoral federal, pues el ya citado artículo 99 constitucional se refiere concretamente al TEPJF, no a la judicatura local.

El artículo 116 de la Constitución mexicana establece una serie de obligaciones para los constituyentes y legisladores locales, en su fracción IV se ocupa de la materia electoral y en concreto su inciso m) obliga a que en la legislación electoral local:

Se fijen las causales de nulidad de las elecciones de gobernador, diputados locales y ayuntamientos, así como los plazos convenientes para el desahogo de todas las instancias impugnativas, tomando en cuenta el principio de definitividad de las etapas de los procesos electorales.

Lo anterior es una obligación para el legislador, pero de la misma no se desprende el que el juez electoral local deba ceñirse expresamente a las causas de nulidad previstas en ley. Dicho de forma contundente, no prohíbe al juzgador local la aplicación de la causa abstracta por violación a

⁹ Concebir al legislador como el único creador del derecho es regresar a la noción meramente formal de Estado de Derecho, en el que “El objetivo central de dicho ordenamiento es crear un sistema jurídico unificado y coherente que establezca las relaciones sociales, haciéndolas predecibles y ciertas” (Ruiz 2009, 98).

principios constitucionales electorales, ya sea que se refieran a la Constitución nacional o a la local.

Esto se demuestra claramente si consideramos que la prohibición de la causa abstracta la encontramos en el apartado constitucional que se refiere al TEPJF, mientras que el artículo que se refiere a la justicia electoral local no contiene dicha prohibición. Esto es un criterio topográfico o *sedes materiae*, ya que atiende al lugar de las disposiciones en el cuerpo constitucional (Véase Dehesa 2005, 455-7).

Otro criterio que sostiene lo anterior es la suposición del **legislador racional**, ya que si hubiera querido prohibir la causa abstracta en el orden local como lo hizo con el federal, así lo hubiera hecho.

Puede haber algunas opiniones contrarias. Trataré de refutar las dos que me parecen más importantes:

1. **Si se prohibió a los tribunales federales, por consecuencia también a los locales:** esta afirmación no es sostenible porque asume, equivocadamente, que el ámbito federal es superior al local, lo que es falso ya que la Constitución nacional los establece como espacios no subordinados uno al otro.
2. **Analógicamente debe considerarse prohibida la aplicación de la causa abstracta a los tribunales locales porque se prohibió a los federales:** coherentemente quienes están a favor de la prohibición de la causa abstracta para los tribunales federales, podrán sostener que está prohibida también a los jueces locales. Este es un argumento más sutil que el anterior, ya que podría construirse una integración analógica,¹⁰ a partir de que en ambos casos se trata de tribunales, de elecciones, de decisión judicial, entre otros. Podría expresarse de la forma siguiente:

¹⁰ “La integración de la norma constitucional es un proceso jurídico creativo, destinado a cubrir las ‘lagunas’ o ‘vacíos’ de la Constitución. Es un mecanismo distinto del de interpretación, porque no existe, aquí, norma a interpretar” (Sagüés 2006, 119).

El TEPJF conoce de nulidades en materia electoral, y tiene prohibido aplicar la causa abstracta.

Los tribunales electorales locales también conocen de nulidades. La Constitución guarda silencio sobre si los tribunales locales en materia electoral pueden o no aplicar la causa abstracta (laguna jurídica). Hay semejanzas relevantes entre el caso del TEPJF y los tribunales electorales locales.

Por tanto, los tribunales electorales locales no pueden aplicar la causa abstracta.

Para analizar este razonamiento hay que partir de los elementos que debe tener todo argumento analógico: la existencia de una laguna, las similitudes relevantes entre los casos y la misma razón jurídica (Véase Castillo 2006, 129-41; Weston 2007, 47-53). Deben reunirse los tres elementos para considerar que la analogía es adecuada.

Analizaré el primer punto. Existe una laguna jurídica cuando no se ha regulado un supuesto que resulta relevante para el derecho, y al presentarse un caso debe hacer una integración para poder resolver el asunto. Aquí se considera que existe la laguna porque no se prohibió expresamente la aplicación de la causal en estudio en el ámbito local.

Creo que no es correcta la apreciación anterior. En este caso parece que la determinación de la laguna surge más de una preferencia de quien sostiene el argumento analógico, pues se basa en considerar que **los tribunales no deben tener la facultad de crear causas de nulidad, ya que deben limitarse a las que señala la ley**. Así lo que tenemos es una laguna ideológica (Véase Bobbio 2002, 226-8), que en realidad no es falta de regulación, sino la estima de que la norma existente no es adecuada, y que debe ser mejorada.

De esta manera es un caso en el que primero se llegó a la conclusión —no deben los jueces de crear causas de nulidad— y después se construyó la argumentación que la sostiene.

Para fortalecer la integración analógica, sus defensores deberían dar argumentos en contra del **legislador racional**, razones que demuestren por qué si el Constituyente permanente prohibió de forma expresa la causa abstracta al TEPJF y pudiendo hacerlo no lo hizo para los jueces locales, debe entenderse que tal era su intención.

Si no se sostiene la existencia de una laguna, el análisis de los demás requisitos del argumento analógico es innecesario, en virtud de que deben reunirse todos para considerarlo correcto.

Aplicación de la causa abstracta por el TEPJF en elecciones locales

El supuesto es el siguiente. Un tribunal local aplica la causa abstracta anulando una elección, y el asunto llega ante la Sala Regional correspondiente del TEPJF mediante demanda en que se inconforma el afectado por la aplicación de dicha causa, que considera prohibida para todos los jueces electorales. ¿Qué opciones tendrá el juzgador federal?

Obviando cuestiones procesales que impidieran el conocimiento de fondo del asunto, el TEPJF debería considerar como pregunta fundamental si el juez local puede o no acudir a la causa abstracta. Si estima que no, desde luego deberá proceder a modificar la sentencia impugnada por la razón de ser ilegal.

Si considera que los jueces locales pueden anular con base en la causa abstracta, podrá entonces confirmar la sentencia.

En este segundo caso hay que ser cuidadosos. No se trata de que el TEPJF aplique la nulidad abstracta sino de algo distinto, ya que como revisor último de la legalidad de las sentencias electorales locales lo que está haciendo es **casar la sentencia**, esto es revisar si el juez resolvió dentro de sus facultades. Ni aplica la causa prohibida ni la deja de aplicar, sólo confirma que si pueden usarla los juzgadores locales.

Parece una conclusión contradictoria, en razón de que dicho Tribunal no podría, en un caso de jurisdicción directa, aplicar la causa abstracta.

Pero es que al revisar el caso local, y estimar que el juez de primera instancia tiene la facultad de aplicarla, lo que está haciendo es pronunciarse sobre la competencia del mismo, una situación distinta de cuando conoce de forma directa de un asunto.

Conclusiones

Como expliqué en la introducción, este tema resulta relevante y actual. Espero contribuir con este trabajo a una discusión que estimo de importancia académica y práctica, y en la que desde luego habrá aún mucho por debatir.

Considero probadas las hipótesis originales. Los tribunales electorales locales sí pueden aplicar la causa de nulidad abstracta, y el TEPJF puede confirmar una sentencia que la utilice.

Claro que, para que se presente el caso, lo primero que tendrá que suceder es que existan abogados que se atrevan a esgrimir la causa abstracta, así como un tribunal local que la aplique. Si esto no sucede nos quedaremos simplemente en una reflexión doctrinal.

Prohibir la causa abstracta es un error, y espero haber dado buenas razones para sostenerlo. Implica el contrasentido de sujetar al juzgador electoral federal a la Constitución, pero no a sus principios, y pretende negar su función como auténtico juez de constitucionalidad, basándose en una idea cuestionable sobre la certeza del derecho.

Fuentes consultadas

- Bárcena Zubieta, Arturo. 2008. *La prueba de irregularidades determinantes en el Derecho Electoral. Un estudio desde la teoría de la argumentación*, México: Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.
- Bobbio, Norberto. 2002. *Teoría General del Derecho*. 4ª reimp. de la 2ª ed. Colombia: Temis.
- CCJE. 2008. *Boletín del Centro de Capacitación Judicial Electoral* 1 (mayo).
- Castillo Alva, José Luis, et al. 2006. *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*. 2ª ed. Perú: ARA Editores.
- Dehesa, Gerardo. 2005. *Introducción a la retórica y la argumentación*. 2ª ed. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Dworkin, Ronald. s/f. *Los derechos en serio*. Trad. María Guastavino. España: Planeta Agostini.
- Gómez Romero, Luis. 2009. ¿Jueces guerrilleros? La interpretación judicial desde la izquierda. En *Estudios sobre interpretación y argumentación jurídicas*, coords. Carlos Báez Silva, David Cienfuegos Salgado y Sergio Arturo Guerrero Olvera, 100-1. México: Laguna.
- Grau, Eros. s/f. *Interpretación y aplicación del derecho*. Madrid: Dykinson.
- Huber Olea y Paul Contró. 2005. *Derecho Contencioso Electoral*. México: Porrúa.
- Mora Restrepo, Gabriel. 2009. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*. Argentina: Marcial Pons.
- Nieto Castillo, Santiago. 2003. *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*. México: UNAM.
- Ruiz Valerio, José Fabián. 2009. *¿Democracia o constitución? El debate actual sobre el Estado de Derecho*. México: Fontamara.
- Sagüés, Nestor Pedro. 2006. *La interpretación judicial de la Constitución*. 2ª ed. Argentina: LexisNexis.

- Salazar Ugarte, Pedro. 2009. La Reforma Constitucional. Una apuesta ambiciosa. En *Estudios sobre la reforma electoral 2007. Hacia un nuevo modelo*, coords. Lorenzo Córdova Vianello y Pedro Salazar Ugarte. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Tesis: S3ELJ 23/2004. NULIDAD DE ELECCIÓN. CAUSA ABSTRACTA. Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, 200.
- Tron Petit, Jean Claude. Comentario a los artículos 71 a 78. En *Ley general del sistema de medios de impugnación en materia electoral. Comentada*. Miguel Ángel Porrúa/Colegio Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación A.C.
- Weston, Anthony. 2007. *Las claves de la argumentación*. 13ª ed. España: Ariel.

Garantías jurisdiccionales en materia electoral local

Jurisdictional guarantees in local elections

Fabián Hernández García*

RESUMEN

Nuestro objetivo es conocer y analizar el grado de vulnerabilidad que presentan las garantías jurisdiccionales de permanencia en el cargo, autonomía e independencia, como atributos indispensables para el eficaz cumplimiento de la labor jurisdiccional de los magistrados de los tribunales y Salas Electorales de las entidades federativas, así como conocer de qué forma se afectan, en última instancia, las garantías de los justiciables e indagar la manera de fortalecer dichas garantías y difundir el conocimiento de los medios de defensa de que disponen los mencionados juzgadores en el caso de indebida trasgresión de sus derechos y garantías.

Todavía hoy existen serias deficiencias en el blindaje de la justicia comicial local, y sus soluciones implican esfuerzos comprometidos y sistemáticos de los poderes públicos, de la ciudadanía y de los actores políticos.

PALABRAS CLAVE: garantías jurisdiccionales, autonomía, elecciones locales.

ABSTRACT

Our goal is to understand and analyzes the vulnerability degree of judicial guarantees, of tenure, autonomy and independence as essential

* Magistrado del Tribunal Electoral del Estado de Hidalgo.

attributes for the effective performance of the jurisdictional work of the court judges and electoral chambers of the states to know how guarantees of individuals are ultimately affected, and to look for the different ways to strengthen these guarantees and spread the knowledge of the available defenses for the judges mentioned in the case of undue violation of their rights and fundamental rights.

Even today, there are serious gaps in the shielding of local electoral justice, and their solutions involve committed and systematic efforts by public authorities, citizens and political actors.

KEYWORDS: jurisdiction guarantees, autonomy, local elections.

Introducción

En los tribunales electorales locales de nuestro país ha existido vulneración de las garantías jurisdiccionales de los juzgadores por parte de algunos de los poderes ejecutivos y legislativos locales, lo que ha motivado la defensa de dichas garantías por diversas vías, como el juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, el juicio de protección de los derechos político-electorales del ciudadano y el juicio de revisión constitucional electoral. Nuestro interés es resaltar y difundir tales medios de defensa y su incidencia en el derecho fundamental de acceso a la justicia, propio de todo Estado que pretenda ser reconocido como constitucional de derecho.

Los criterios para evaluar la utilidad y pertinencia del problema planteado se centran en la importancia tanto teórica como pragmática que éste tiene para la justicia comicial y la autonomía e independencia judicial en nuestras entidades federativas, incluidos, por supuesto, los propios juzgadores en materia electoral, así como para los ciudadanos que integran los correspondientes institutos electorales de los estados, a quienes les interesa defender sus respectivas garantías jurisdiccionales y administrativas. También para los estudiosos del tema y especialmente para los justiciables en las controversias de índole político-electoral, como los partidos políticos y los ciudadanos mexicanos, para quienes es de primordial importancia que las cuestiones de las cuales son parte sean resueltas por jueces auténticamente imparciales, objetivos e independientes, con base en el derecho a la jurisdicción previsto en el artículo 17 constitucional, que se traduce en una impartición de justicia pronta, completa e imparcial. Las ideas directrices en este trabajo son los fundamentos de las garantías jurisdiccionales, sus medios de defensa y las propuestas para su fortalecimiento.

Diagnóstico del problema abordado

El tema materia de estudio del presente ensayo está encuadrado dentro de una nueva rama del derecho constitucional, que los tratadistas denomi-

nan derecho constitucional procesal. El contenido de esta rama se centra en tres aspectos esenciales: jurisdicción, garantías judiciales y garantías de las partes (Fix 2007, 29).

En el caso concreto, haremos referencia a la jurisdicción electoral, a las garantías de los juzgadores en dicha materia, así como a las de los justiciables en las controversias político-electorales. Todo ello delimitado al marco de las entidades que integran la Federación mexicana.

Es decir, a lo largo de estas líneas abordaremos la problemática relacionada con la vulneración de garantías jurisdiccionales de la justicia electoral local, de la cual quien esto escribe forma parte como integrante del Pleno de magistrados en el Tribunal Electoral del Estado de Hidalgo.

Efectuar el análisis del problema que nos ocupa obedece a la necesidad de difundir entre la ciudadanía información que sea de utilidad en la defensa de nuestro sistema democrático, en la consolidación de un auténtico Estado constitucional de derecho, a través de un verdadero fortalecimiento de la autonomía e independencia judicial electoral local.

Para lograr lo anterior es preciso averiguar el actual grado de vulnerabilidad que presentan las garantías jurisdiccionales relativas a la permanencia en el cargo, autonomía e independencia, como atributos indispensables para el eficaz cumplimiento de la labor jurisdiccional de cada uno de los magistrados y magistradas de los tribunales y Salas Electorales de las entidades federativas, así como conocer de qué forma se afectan, en última instancia, las garantías de los justiciables en esta materia e indagar la manera de fortalecer dichas garantías y difundir los medios de defensa de que disponen los mencionados juzgadores en el caso de transgresión de sus derechos y garantías.

En este sentido, de acuerdo con el doctor José Ovalle Favela, las garantías judiciales son un conjunto de condiciones previstas en la Constitución, con el fin de asegurar el desempeño efectivo y justo de la función jurisdiccional (Ovalle 1994, 211).

Por su parte, Fix Zamudio (2007, 230) lo entiende como:

... el conjunto de instrumentos establecidos por las normas constitucionales con el objetivo de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador y que poseen, además, un doble enfoque, pues al mismo tiempo que se utilizan en beneficio de los miembros de la judicatura, también favorecen la situación de los justiciables, ya que la función jurisdiccional se ha establecido en su beneficio...

A fin de realizar un diagnóstico adecuado del problema planteado, es necesario señalar la principal problemática concreta que enfrentan hoy los órganos jurisdiccionales locales mexicanos:

a) **Déficit de coordinación.** Los espacios y canales de coordinación entre los tribunales electorales estatales (TEE) son aún muy incipientes. Aunque existen dos asociaciones a nivel nacional que los agrupan, la Asociación de Tribunales y Salas Electorales de la República Mexicana, A.C., y la Academia Mexicana de Profesionales en Derecho Electoral. Por el momento los TEE no han logrado constituir foros periódicos de reflexión, discusión y toma de decisiones, o establecer canales permanentes de intercambio de información que permitan adoptar posturas comunes y fortalecer su capacidad de interlocución y de presión para promover conjuntamente su especialización y profesionalización. Otros aspectos que inciden negativamente para dificultar la coordinación son la dispersión territorial de los estados y los costos de transporte derivados o la escasez de medios y equipos informáticos en algunos tribunales y Salas.

b) **Déficit de homogeneidad normativa.** Por otra parte, se detecta un alto grado de heterogeneidad en la normativa electoral a nivel procesal entre los 32 estados. Cada estado es soberano y cuenta con su propia legislación electoral, a lo que se añade la adopción de enfoques y criterios distintos en la aplicación de las normas procesales, lo que dificulta un tratamiento similar de los litigios electorales en las distintas partes del territorio.

c) **Déficit de profesionalización.** Por lo general, los TEE cuentan con una escasa especialización. En el origen de esta situación se encuentran factores diversos, entre los que cabe destacar la inestabilidad laboral del personal judicial y administrativo al servicio de los tribunales electorales y la ausencia de una regulación laboral de su situación y de una carrera profesional en este ámbito, la escasa capacitación del personal, los esfuerzos insuficientes y todavía aislados de investigación en materia jurídico-electoral, la débil sistematización de la información y documentación en la materia y la insuficiente aplicación de nuevas tecnologías a la función jurisdiccional.

d) **Déficit de permanencia.** Por otra parte, la no permanencia de los TEE no permite la profesionalización de sus integrantes, como en los casos de Aguascalientes —que funciona únicamente durante el proceso electoral y no dispone de una estructura mínima imprescindible y estable entre procesos electorales—, o el de Querétaro —en el cual los magistrados que integran la Sala Electoral, al término del proceso adquieren el carácter de auxiliares de las Salas civiles—.

e) **Déficit de autonomía financiera.** La precariedad de los sistemas de gestión administrativa y financiera de los TEE como consecuencia de la escasa autonomía administrativa y de gestión que realmente tienen en la práctica, motivada entre otras razones por una cierta discrecionalidad en la asignación de recursos a dichos tribunales, y la escasa dotación de medios materiales y recursos humanos (esto, junto con la brevedad de los plazos previstos en la ley para resolver medios de impugnación, provoca además una excesiva sobrecarga de trabajo de los TEE durante los procesos electorales). En este contexto, resulta muy complicado realizar una planificación y gestión administrativa y presupuestaria adecuadas. Por otra parte, se reconoce la inexistencia de un modelo homogéneo de referencia para la organización y gestión de los TEE y la escasa capacitación de los magistrados en materia de gestión.

f) **Déficit de reconocimiento social.** Finalmente, la labor que realizan los TEE no es suficientemente conocida y valorada por la sociedad, los actores políticos y los propios medios de comunicación. Los presidentes de los TEE se quejan del escaso interés de los ciudadanos por los temas electorales y reconocen la necesidad de fomentar la difusión de la labor que realizan (SNCJME).

g) **Déficit en el respeto a las garantías judiciales de autonomía, independencia y estabilidad en el cargo (carrera judicial).** Es práctica frecuente que como consecuencia de la renovación de los poderes ejecutivo y legislativo locales, los magistrados integrantes de los plenos de los diferentes tribunales y Salas Electorales de la República mexicana sean removidos total o parcialmente de su cargo, de manera arbitraria, pues los correspondientes Congresos locales no respetan la garantía de estabilidad y el derecho a ser ratificados en el cargo, contemplados en la fracción IV del artículo 116 de la Constitución federal.

Adicionalmente, es muy importante para los fines de este trabajo mencionar que son 13 los magistrados electorales de los TEE que no forman parte del Poder Judicial correspondiente,¹ los cuales no gozan de la protección constitucional de la garantía jurisdiccional consistente en el derecho a ser ratificados en el cargo, a diferencia de quienes sí pertenecen a dicho poder. Este hecho evidencia una grave laguna legislativa en el ámbito constitucional, específicamente en el quinto párrafo de la fracción III del artículo 116 constitucional, en el que solamente se menciona a los magistrados integrantes de los poderes judiciales locales como sujetos del derecho a ser ratificados en el desempeño de su cargo y, con ello, a obtener la inamovilidad en el mismo.

Además, la tendencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación al resolver

¹ De acuerdo con nuestra investigación, los tribunales electorales que no pertenecen al Poder Judicial estatal son Colima, Chihuahua, Guanajuato, Guerrero, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Yucatán.

diversos medios de impugnación en la materia que nos ocupa, se han pronunciado en el sentido de que la protección de garantías jurisdiccionales sólo corresponde a quienes integran los poderes judiciales estatales. Dicha interpretación restrictiva obedece a que el marco constitucional actual no permite extender las garantías jurisdiccionales a quienes no formen parte del Poder Judicial local correspondiente. En este contexto es claro que se deja en estado de incertidumbre jurídica a los magistrados que no pertenecen a los respectivos poderes judiciales estatales. A guisa de ejemplo citamos la tesis jurisprudencial bajo el rubro: TRIBUNALES ELECTORALES DE LOS ESTADOS. SI ÉSTOS FORMAN PARTE DEL PODER JUDICIAL DE LA ENTIDAD, DEBE DETERMINARSE EN LA CONSTITUCIÓN LOCAL LA POSIBILIDAD DE LA RATIFICACIÓN DE LOS MAGISTRADOS QUE LOS INTEGRAN... (Tesis PJ 7/2002).

Asimismo, resulta elocuente el testimonio vertido por los magistrados del Tribunal Electoral de Quintana Roo:

Una de las situaciones más recurrentes y que han generado inquietud entre los diferentes juzgadores en la materia electoral que tienen autonomía, es precisamente que no existe una protección constitucional extendida entre las garantías jurisdiccionales que se regulan para los Magistrados electorales respecto de los que se contemplan para los que integran el Poder judicial de un Estado, en donde su permanencia está condicionada a determinado período sin posibilidad de adquirir la inamovilidad, tal y como sucede con los magistrados que pertenecen al poder judicial del estado, pues si bien, en algunas legislaciones cabe la ratificación por otro periodo igual o menor, no se prevé ninguna situación en la cual pueda otorgarse la inamovilidad.

Propuesta para resolver el problema estudiado

Partamos del hecho básico consistente en que las garantías judiciales *la-to sensu* son instrumentos establecidos en la Constitución y las leyes, por

medio de los cuales se pretende crear las condiciones necesarias para lograr y asegurar la independencia, autonomía y eficacia de los actos de los órganos jurisdiccionales frente a los otros organismos de poder, constituyéndose a la vez como garantías de los justiciables.

Las garantías jurisdiccionales tienen como propósito hacer efectivos los principios de autonomía e independencia de los órganos judiciales (Nakamura 2009, 122).

Conviene precisar que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia firme en relación con los principios básicos a los que deben sujetarse las entidades federativas y los poderes en los que se divide el ejercicio del poder público. De la tesis en cita extraemos lo siguiente:

... una justicia completa debe garantizar en todo el ámbito nacional la independencia judicial al haberse incorporado estos postulados en el último precepto constitucional citado que consagra el derecho a la jurisdicción y en el diverso artículo 116, fracción III, de la propia Constitución Federal que establece que “La independencia de los Magistrados y Jueces en el ejercicio de sus funciones deberá estar garantizada por las Constituciones y las leyes orgánicas de los Estados”. Ahora bien, como formas de garantizar esta independencia judicial en la administración de justicia local, se consagran como principios básicos a los que deben sujetarse las entidades federativas y los poderes en los que se divide el ejercicio del poder público, los siguientes: 1) La sujeción de la designación de Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales a los requisitos constitucionales que garanticen la idoneidad de las personas que se nombran, al consignarse que los nombramientos de Magistrados y Jueces deberán hacerse preferentemente entre aquellas personas que hayan prestado sus servicios con eficiencia y probidad en la administración de justicia o que la merezcan por su honorabilidad,

competencia y antecedentes en otras ramas de la profesión jurídica y exigirse que los Magistrados satisfagan los requisitos que el artículo 95 constitucional prevé para los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que será responsabilidad de los órganos de gobierno que de acuerdo con la Constitución Estatal, a la que remite la Federal, participen en el proceso relativo a dicha designación; 2) La consagración de la carrera judicial al establecerse, por una parte, que las Constituciones y las leyes orgánicas de los Estados establecerán las condiciones para el ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan a los Poderes Judiciales de los Estados y, por la otra, la preferencia para el nombramiento de Magistrados y Jueces entre las personas que hayan prestado sus servicios con eficiencia y probidad en la administración de justicia, lo que será responsabilidad de los Tribunales Superiores o Supremos Tribunales de Justicia de los Estados o, en su caso, de los Consejos de la Judicatura, cuando se hayan establecido; 3) La seguridad económica de Jueces y Magistrados, al disponerse que percibirán una remuneración adecuada e irrenunciable que no podrá ser disminuida durante su encargo; 4) La estabilidad o seguridad en el ejercicio del cargo que se manifiesta en tres aspectos: a) La determinación en las Constituciones Locales, de manera general y objetiva, del tiempo de duración en el ejercicio del cargo de Magistrado, lo que significa que el funcionario judicial no podrá ser removido de manera arbitraria durante dicho periodo; b) La posibilidad de ratificación de los Magistrados al término del ejercicio conforme al periodo señalado en la Constitución Local respectiva, siempre y cuando demuestren suficientemente poseer los atributos que se les reconocieron al haberseles designado, así como que esa demostración se realizó a través del trabajo cotidiano, desahogado de manera pronta, completa e imparcial como expresión de diligencia, excelencia profesional y honestidad invulnerable. Esto implica la necesidad de que se emitan

dictámenes de evaluación de su desempeño por los Poderes Judicial, Ejecutivo y Legislativo que concurren en la ratificación y vigilancia en el desempeño de la función, con motivo de la conclusión del periodo del ejercicio del cargo; y, c) La inamovilidad judicial para los Magistrados que hayan sido ratificados en sus puestos, que sólo podrán ser removidos “en los términos que determinen las Constituciones y las Leyes de Responsabilidades de los Servidores Públicos de los Estados (Tesis P/J101/2000).

Conviene precisar que nosotros entendemos a las garantías jurisdiccionales en materia electoral como los medios de protección, de blindaje, de que disponen los juzgadores especializados en esta materia, sean o no parte del Poder Judicial local correspondiente, para el eficaz desarrollo de su actuación cotidiana y que tienen como fin último dar certeza al derecho fundamental de efectivo acceso a la justicia del que son titulares los justiciables en un auténtico Estado constitucional de derecho.

Debemos agregar que, una vez justificada la trascendencia de las garantías de que deben gozar los jueces y magistrados en materia electoral, resalta la importancia que tiene su efectivo cumplimiento en la eficacia y legitimación de la justicia electoral local. De tal manera que, como lo analizamos en el diagnóstico del problema, al existir un déficit en el cabal respeto de tales garantías por parte de los poderes Legislativo y Ejecutivo locales en el nombramiento y remoción de los juzgadores de la materia, se hace indispensable pronunciarnos en torno a las propuestas de solución de la problemática abordada en este trabajo. Al respecto proponemos:

Protección de los magistrados que pertenecen a los poderes judiciales locales. Dar eficaz cumplimiento a las fracciones III y IV del artículo 116 constitucional y adecuar todas las constituciones y leyes orgánicas locales al mandato constitucional

Los tribunales electorales que pertenecen a los poderes judiciales locales son: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche,

Coahuila, Chiapas, Distrito Federal, Durango, Hidalgo, Jalisco, Morelos, Estado de México, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas.²

La garantía genérica relativa al principio de la independencia judicial en la administración de justicia local y una de las reglas previstas para dar eficacia al principio referente a la seguridad o estabilidad en el ejercicio del cargo de los magistrados de los poderes judiciales estatales, se encuentra prevista en la fracción III del artículo 116 constitucional, en los términos que a continuación se apuntan:

La independencia de los magistrados y jueces en el ejercicio de sus funciones deberá estar garantizada por las Constituciones y las Leyes Orgánicas de los Estados, las cuales establecerán las condiciones para el ingreso, formación y permanencia de quienes sirvan a los Poderes Judiciales de los Estados.

Los Magistrados integrantes de los Poderes Judiciales Locales, deberán reunir los requisitos señalados por las fracciones I a V del artículo 95 de esta Constitución.

Los magistrados durarán en el ejercicio de su encargo el tiempo que señalen las Constituciones locales, **podrán** ser reelectos, y si lo fueren, solo podrán ser privados de sus puestos en los términos que determinen las Constituciones y las Leyes de Responsabilidades de los Servidores públicos de los Estados (CPEUM 2008, 157-9).

A primera vista, puede pensarse que el vocablo “podrán” denota una facultad discrecional a favor de los órganos encargados de reelegir o ratificar en el cargo a los magistrados locales. Sin embargo, consideramos que tal interpretación es incorrecta (Fix y Fix 1996; Fix 1997; Melgar 1997), ya que es dable establecer que la frase “podrán ser reelectos” no significa una fa-

² Información obtenida mediante investigación en los correspondientes órganos jurisdiccionales.

cultad discrecional de los congresos locales para ratificar o no a los magistrados que forman parte de los poderes judiciales de los estados, sino que la Constitución federal les otorga la posibilidad de ser ratificados en el cargo, siempre y cuando cumplan con los requisitos y aptitudes éticas y profesionales idóneas para tal efecto.

De las anteriores precisiones se hace patente que nuestra Norma Suprema consagra la garantía de estabilidad o seguridad en el ejercicio del cargo de los magistrados de los poderes judiciales de cada entidad federativa desde una perspectiva amplia en la que quedan comprendidos los magistrados en materia electoral cuyo tribunal pertenezca al Poder Judicial local.

A su vez, la fracción IV, inciso C del referido artículo 116 constitucional establece expresamente que las constituciones y leyes de los estados garantizarán que las autoridades que tengan a su cargo la organización de las elecciones y las jurisdiccionales que resuelvan las controversias en la materia, gocen de autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones. Aquí encontramos el fundamento constitucional que de manera específica se refiere a las garantías de los órganos administrativos y jurisdiccionales de la materia electoral.

Sin embargo, en la práctica, observamos que en algunos casos las constituciones y leyes orgánicas locales son omisas en proveer las disposiciones necesarias para dar cumplimiento al mandato constitucional. De ahí que se hace imprescindible su inmediata adecuación a lo ordenado por nuestra ley suprema. Conviene apuntar que en tanto se logran concretar las señaladas reformas a las legislaciones locales, desde nuestro punto de vista es factible invocar la garantía de estabilidad o seguridad en el ejercicio del cargo prevista en la fracción III del precepto constitucional aludido, así como la jurisprudencia aplicable al respecto.

Un ejemplo de lo anterior es el caso que culminó con la tesis emitida por el Pleno de la Corte, al resolver la acción de inconstitucionalidad P/J 9/2002 que dio lugar a la tesis bajo el rubro: INDEPENDENCIA JUDICIAL.

LOS ARTÍCULOS 69 DE LA CONSTITUCION Y 78 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, AMBOS DEL ESTADO DE JALISCO, TRASGRE-DEN AQUELLA GARANTIA, EN CUANTO PREVÉN UN SISTEMA QUE NO ESTABLECE LA POSIBILIDAD DE REELECCION DE LOS MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL ELECTORAL DE ESA ENTIDAD. (Tesis PJ 9/2002).

Permanencia de todos los tribunales electorales locales

Como lo señalamos en el diagnóstico del problema, el Estado de Aguascalientes no cuenta con un Tribunal Electoral permanente,³ puesto que solamente funciona en época de proceso electoral, como se muestra en el siguiente cuadro, en el que se incluyen los que gozan de permanencia.

Permanencia de todos los tribunales electorales locales

Estado		¿Es un tribunal permanente?
1	Aguascalientes	NO LOPJE, 13 de julio de 2009, artículo 33 A
2	Baja California	SÍ LOPJE (Ref. 2006), artículo 244
3	Baja California Sur	SÍ LOPJE, 12 septiembre de 2006, artículo 182
4	Campeche	SÍ CPE, septiembre de 2008, artículo 82-1
5	Chiapas	SÍ LOPJE (Ref. 12 de mayo 2009), artículo 139
6	Chihuahua	SÍ CPE, artículo 2251
7	Coahuila	SÍ LOPJE, 16 de noviembre de 2001, artículo 25-A
8	Colima	SÍ CPE, 3 de agosto de 2005, artículo 310
9	Distrito Federal	SÍ RIT, 20 de diciembre de 2005, artículo 4°
10	Durango	SÍ CPE, 16 de junio de 2009, artículo 97
11	Guanajuato	SÍ RIT, mayo de 2001, artículo 7
12	Guerrero	SÍ LOPJE, 1 de enero de 2008, artículo 1
13	Hidalgo	SÍ LOPJE, 7 de enero de 2008, artículo 96
14	Jalisco	SÍ LOPJE, artículo 73
15	México	SÍ CEE, 2 de abril de 2009, artículo 282
16	Michoacán	SÍ CPE, 14 de abril de 2009, artículo 98 A

³ Tenemos noticias de que los integrantes del Tribunal Electoral de Aguascalientes están realizando las gestiones pertinentes a efecto de lograr su permanencia, sin que a la fecha se tenga certeza de que hayan logrado su propósito.

Continuación.

	Estado	¿Es un tribunal permanente?
17	Morelos	SÍ CPE, 27 de mayo de 2009, artículo 165
18	Nayarit	SÍ RIT, octubre de 2005, artículo 5
19	Nuevo León	SÍ LE, 31 de julio de 2008, artículo 226
20	Oaxaca	SÍ CIPE, 4 de agosto de 2009, artículo 260
21	Puebla	SÍ CIPE, 3 de agosto de 2009, artículo 325
22	Querétaro	SÍ RIT, artículo 5
23	Quintana Roo	SÍ LOTE, diciembre de 2003, artículo 4
24	San Luis Potosí	SÍ LOPJE, 27 de agosto de 2009, artículo 26
25	Sinaloa	SÍ LE, octubre de 2009, artículo 201
26	Sonora	SÍ CEE, 29 de junio de 2005, artículo 309
27	Tabasco	SÍ LOT, noviembre de 2002, artículo 4
28	Tamaulipas	SÍ LOPJ, 29 de diciembre de 2008, artículo 181
29	Tlaxcala	SÍ LOPJ, 1 de septiembre de 2003, artículo 31
30	Veracruz	SÍ RIT, 3 de agosto de 2009, artículo 7
31	Yucatán	SÍ LIPE, 3 de julio de 2009, artículo 313
32	Zacatecas	SÍ CPE, 15 de abril de 2009, artículo 102

LOPJE: Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado.

CPE: Constitución Política del Estado.

RIT: Reglamento Interno del Tribunal.

LE: Ley Electoral.

LIPE: Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales.

CEE: Código Electoral del Estado.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOT: Ley Orgánica del Tribunal.

LOTE: Ley Orgánica del Tribunal Electoral.

CIPE: Código de Instituciones y Procesos Electorales.

Con la no permanencia se afectan las garantías de los juzgadores y los derechos del personal que labora bajo sus órdenes, puesto que es común que el presidente permanezca como único integrante del Tribunal en cuestión, en tanto que los demás magistrados y una parte importante de personal subordinado se ven precisados a suspender las labores propias de su encargo, lo que afecta la permanencia del Órgano Jurisdiccional, así como la profesionalización de su personal jurídico. Ello aunado a que existen casos en que durante el tiempo no electoral los juzgadores no reciben remuneración, con lo que se vulnera el mandato constitucional previsto en el último párrafo de la fracción III del artículo 116 constitucional, referente

a la prohibición de disminuir la retribución de jueces y magistrados durante su encargo. De lo expuesto deviene la pertinencia de proponer adecuaciones a las legislaciones locales que así lo requieran con el fin de darle plena eficacia a la garantía en estudio.

La independencia permite a los juzgadores emitir sus decisiones conforme a su propia convicción de los hechos litigiosos y del derecho aplicable al caso concreto, sin tener que someterse a indicaciones de superiores jerárquicos (independencia interna), o de los otros poderes (independencia externa) (Montero 1984, 19-47).

La forma de garantizar dicha independencia judicial es a través de la inamovilidad de los juzgadores, que consiste en que éstos no deben ser privados de su cargo, ni siquiera temporalmente, ni de sus percepciones económicas por presiones internas o externas a la función jurisdiccional, salvo por las causales señaladas en la ley y bajo el procedimiento establecido para tal efecto.

Este tipo de garantías tiende a lograr el eficaz cumplimiento de las decisiones judiciales, para evitar que las mismas se reduzcan a simples recomendaciones sin fuerza vinculante.

Homologación de la remuneración de los magistrados

Este ha sido uno de los aspectos más débiles en la mayoría de los sistemas jurídicos de organización judicial y con mayor razón en Latinoamérica, pues en general los jueces y magistrados perciben sueldos inferiores a los que se otorgan a los funcionarios administrativos o legislativos (lo cual está relacionado con la concepción tradicional acerca del carácter secundario y mecánico de la función judicial).

Aun cuando la remuneración insuficiente es un fenómeno general en los países del continente europeo y particularmente en Latinoamérica, con excepción de los ordenamientos angloamericanos, en los cuales predomina una remuneración adecuada a la importancia esencial que han atribuido a los tribunales. En nuestra región la situación es más preocupante, por lo

que se ha ensayado la implantación de instrumentos que atenúen e inclusive superen esta situación de inferioridad económica.

La intangibilidad de los sueldos de los jueces es garantía de independencia del Poder Judicial, pues con base en ella los sueldos de los jueces no pueden ser disminuidos en el tiempo que dure su encargo, de modo que cabe considerarla, junto con la inamovilidad, como garantía del funcionamiento de un poder del Estado, de manera similar a las que preservaban a las Cámaras del Congreso, a sus miembros y a los funcionarios del organismo ejecutivo.

Las remuneraciones establecidas para los jueces y el régimen previsional deben permitir el ejercicio de la función en exclusiva, libre de condicionamientos, sin instrumentalización de medidas de perjuicio o beneficio en función de pretensiones de injerencia en la independencia e imparcialidad. Debe establecerse, en consecuencia, que:

- a) El juez debe recibir una remuneración que sea suficiente para asegurar su independencia económica conforme los requerimientos propios que la dignidad de su ministerio le impone, debiendo ser suficiente la compensación para cubrir las necesidades de él y su grupo familiar directo, sin que sea necesario para ello recurrir a ingresos adicionales.
- b) La remuneración no debe depender de apreciaciones o evaluaciones de la actividad del juez y no podrá ser reducida, por ningún concepto, mientras preste servicio profesional.
- c) El juez tiene derecho a jubilarse percibiendo un haber que se corresponda con su nivel de responsabilidad, debiendo mantener razonable relación con los haberes correspondientes al cargo en actividad.
- d) Después de la jubilación no se le puede prohibir el ejercicio de otra actividad jurídica por el hecho de su previo desempeño judicial.

- e) Cualquier cambio referente a la edad u otras condiciones esenciales en el régimen jubilatorio, ya sea que restrinja o amplíe el acceso a la jubilación, no podrá tener efecto retroactivo, salvo que cuente con la aceptación voluntaria del afectado.

En este contexto es dable mencionar que **la independencia económica es un derecho del juez y una garantía para el justiciable**. Al respecto, proponemos que toda vez que los juzgadores electorales de las entidades federativas realizan una función homogénea en el ámbito jurisdiccional, así como de investigación y difusión del derecho electoral, desde un punto de vista cualitativo, no cuantitativo, lo justo es que su remuneración sea también homogénea, sin estar sujeto a la disparidad que prevalece en las diferentes entidades, en donde el monto de la retribución económica que perciben los juzgadores de la materia está sujeto a criterios discrecionales y no al mandato constitucional, que ordena una remuneración adecuada para jueces y magistrados. En este contexto lo ideal es que se señalen expresamente en los marcos constitucional federal y local cantidades o porcentajes específicos que sean la base de dicha remuneración.

Esto implica, como señala Armienta Calderón (2003, 145).

... la percepción de emolumentos y de prestaciones sociales garantiza de una estabilidad económica que los libere de las inquietudes provenientes de la escasez de recursos indispensables para atender su salud y la de su familia, la educación de sus hijos y disfrutar de una vivienda decorosa, en suma, para llevar una vida digna.

A este tenor señalamos que el artículo 5° constitucional ha sido interpretado para asegurar la irreductibilidad del sueldo de funcionarios judiciales electorales (Tesis 1° XXXVIII/2001).

Protección para los magistrados que no pertenecen a los poderes judiciales locales a través de igualdad de garantías

Resulta claro que el tema es relevante, puesto que es importante para el sistema de justicia electoral estatal la superación del criterio sostenido por

el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad que dio lugar a la tesis P/J. 7/2002 de rubro: TRIBUNALES ELECTORALES DE LOS ESTADOS. SI ESTOS FORMAN PARTE DEL PODER JUDICIAL DE LA ENTIDAD, DEBE DETERMINARSE EN LA CONSTITUCIÓN LOCAL LA POSIBILIDAD DE LA RATIFICACIÓN DE LOS MAGISTRADOS QUE LOS INTEGRAN (Tesis PJ 7/2002).

De acuerdo con el título de la tesis transcrita, solamente los magistrados que pertenezcan a tribunales integrantes del Poder Judicial local son susceptibles de gozar de la garantía de ratificación en el cargo, lo que en nuestra modesta opinión implica un trato desigual a los iguales, pues sostenemos que **lo que debe protegerse primordialmente es la función jurisdiccional desempeñada y no sólo la pertenencia al Poder Judicial**. Es necesario que en nuestros sistemas constitucionales federal y local se establezcan iguales garantías para los magistrados, pertenezcan o no a los poderes judiciales locales. Para ello es necesaria una reforma constitucional a través de una adición a la fracción III del artículo 116 para ampliar las garantías jurisdiccionales a favor de los magistrados que no pertenecen al Poder Judicial de cada estado. Asimismo, es pertinente proponer que una vez que se logre dicha adición es necesaria la adecuación de las constituciones locales a la citada adición.

Por su importancia es relevante mencionar la tesis aislada cuyo rubro es MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES ELECTORALES AUTÓNOMOS. LE SON APLICABLES LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE REELECCIÓN O RATIFICACIÓN PREVISTAS EN EL ARTICULO 116 FRACCIÓN III DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. (Tesis CLVI/2009).⁴

Cabe mencionar que, de acuerdo con los testimonios que hemos recabado de los magistrados cuyo tribunal no pertenece al Poder Judicial

⁴ Tesis invocada por la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos en la sesión del 26 de noviembre del año 2009, aún no publicada en la fecha de elaboración de este trabajo.

local, también existen ciertas ventajas derivadas del hecho de no pertenecer a dicho poder público, entre las que se encuentra la autonomía de los magistrados al emitir sus resoluciones.

Consolidación de las garantías de los justiciables en la materia comicial

Dichas garantías son las que poseen los justiciables cuando acuden a solicitar la prestación jurisdiccional. Sus lineamientos esenciales se han consagrado en las cartas constitucionales (inclusive, así sea de manera limitada por los ordenamientos clásicos), ya que los derechos subjetivos públicos relativos a la acción procesal y a la defensa o debido proceso se han consagrado tradicionalmente como derechos fundamentales de la persona y han sido reglamentados por los mismos textos constitucionales. Las declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos los han consagrado en todos los campos.

Consolidación de las garantías de los justiciables en la materia comicial

Convención Americana sobre Derechos Humanos	artículo 23
Convenio Interamericano sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer	artículos I, II y III
Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos	artículos 10 y 11
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	artículos IV, XX, XXI y XXIV
Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano	artículos 7, 29 y 32
Declaración Universal de los Derechos Humanos	artículo 21
Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos	artículos 25
Convención Americana sobre Derechos Humanos	artículo 23

Los derechos humanos son inherentes a la persona por su condición de tal, y por ello su ejercicio no puede ser arbitrariamente restringido o suspendido. Sin embargo, para que esos derechos tengan efectividad es necesario poder reclamar cuando sean conculcados por terceros o por cualquiera de las manifestaciones del poder político estatal. Si esta reclamación no obtuviese satisfacción, el individuo ha de tener el derecho de pedirle al estado su tutela, que se realizará a través de uno de los atributos de la soberanía estatal: la *iuris dictio* o capacidad de decir el derecho.

Siguiendo a Hortencia Gutiérrez, diremos que las garantías sirven, entonces, para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada en la que cada uno de sus componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros.

En situaciones de excepción, el Estado puede suspender el ejercicio pleno de ciertos derechos y, por ende, puede también suspender ciertas garantías, pero nunca podría hacerlo con aquellas de tipo judicial que son indispensables para la protección de los derechos no suspendibles. La determinación de qué garantías judiciales son indispensables será distinta según los derechos afectados, pero éstas siempre comportarán la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan.

En efecto, el derecho a la jurisdicción se asegura cuando la persona puede ocurrir ante algún órgano judicial en procura de justicia, lo que implica un acceso al Tribunal para todos, sin discriminación, y el correlativo deber del Estado de administrar justicia a través de un Poder Judicial independiente, eficaz y conforme a procedimientos determinados (Gutiérrez 1988, 133-85). Lo anterior es aplicable en lo conducente a la materia electoral.

En este apartado es sumamente importante referirnos, aun cuando sea brevemente, a los medios de defensa de las garantías judiciales como medio de preservar las de los justiciables en materia electoral. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido diversos criterios a través del juicio de amparo, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales referidas especialmente a las garantías de estabilidad y permanencia en el cargo de los magistrados de tribunales estatales, verbigracia, los amparos en revisión 2639/96, 783/99, 234/99, 580/2000, 2021/99, 2083/99, 2130/99, 2185/99, 2195/99, la acción de inconstitucionalidad 30/2001 y su acumulada 31/2001 y la controversia constitucional 35/2000.

Acorde con los fines del presente trabajo de investigación es pertinente citar adicionalmente, a manera de ejemplo, algunos casos en la defensa de garantías jurisdiccionales de los tribunales electorales locales.

La magistrada María de Jesús García Ramírez, del Tribunal Electoral de Michoacán,⁵ nos informa que ella y los magistrados del mismo Órgano Jurisdiccional, Alejandro Sánchez García, Fernando González Cendejas y Jorge Alberto Zamacona Madrigal, promovieron sendos juicios de amparo. A los dos primeros se les concedió el amparo y protección de la justicia federal en primera instancia, mientras que los restantes se vieron en la necesidad de promover el correspondiente recurso de revisión con resultados favorables.

A modo de ejemplo mencionamos el juicio de amparo I-460 promovido por el magistrado Fernando González Cendejas, del Tribunal electoral de Michoacán, el cual le fue negado y motivó la interposición del recurso de revisión número 397/2008, que resultó exitoso y culminó con la permanencia del magistrado en su cargo.⁶ Es importante citar también las tesis jurisprudenciales que a nuestro juicio son particularmente interesantes para la materia electoral, y que fueron invocadas por el correspondiente

⁵ Información brindada por la magistrada.

⁶ Información proporcionada por el magistrado.

Tribunal Colegiado para conceder el amparo a favor del revisionista: AMPARO CONTRA NORMAS ELECTORALES. PROCEDE EXCEPCIONALMENTE CUANDO SE AFECTAN GARANTÍAS INDIVIDUALES, COMO CUANDO SE PROHIBE LA RATIFICACIÓN O REELECCIÓN DE MAGISTRADOS DE JUSTICIA ELECTORAL. (Tesis 1002/2007), y MAGISTRADOS DE LOS PODERES JUDICIALES LOCALES. SU SEGURIDAD ECONÓMICA ES UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL QUE GARANTIZA LA INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA JUDICIAL (Tesis P/J 18/2006).

En el juicio de amparo promovido por la magistrada María de Jesús García Ramírez el correspondiente juzgado de Distrito invocó, entre otras, la tesis jurisprudencial emitida por el Pleno de la Corte, bajo el rubro: INDEPENDENCIA Y AUTONOMÍA JUDICIAL. EL ARTÍCULO 111, FRACCIÓN III, INCISO D), SEGUNDO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO ELECTORAL DEL ESTADO DE MICHOACÁN, VIOLA AQUELLOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. (Tesis P/J 122/2007).

Finalmente en el recurso de revisión número II- 460/2008, promovido por el magistrado Jorge Alberto Zamacona Madrigal,⁷ el Tribunal Colegiado resolvió favorablemente su petición de amparo, con apoyo, entre otras, en la tesis aislada del Pleno de la Corte, bajo el rubro: INDEPENDENCIA JUDICIAL, ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL (Tesis 1/2005).

Los casos prácticos antedichos han sido citados con el fin de enriquecer el tema relativo a los medios de defensa de las garantías jurisdiccionales, limitándose a los ejemplos apuntados en razón de la brevedad del presente ensayo. Sin embargo, cabe mencionar que seguimos en la tarea de recabar los diferentes casos que se han suscitado en diversos órganos jurisdiccionales locales, información que daremos a conocer oportunamente al público interesado.

⁷ Información facilitada por el magistrado.

Situación del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Hidalgo

El ejercicio de la función jurisdiccional en el estado de Hidalgo está conferida al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la entidad, que fue creado por decreto del 6 de septiembre de 1993, adquiriendo la calidad de órgano administrativo con funciones jurisdiccionales en materia electoral, personalidad jurídica y patrimonio propio.

Características:

1. Es la máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral.
2. Es un órgano permanente y especializado.
3. Está dotado de plena autonomía.
4. Pertenece al Poder Judicial del Estado de Hidalgo.
5. Garante que los actos y resoluciones de las autoridades electorales, se sujeten al principio de legalidad.

Integración:

1. Cuatro magistrados. Es el único Tribunal electoral cuyo pleno cuenta con número par por lo que en caso de empate en la toma de decisiones, se resolverá con el voto de calidad del magistrado presidente.
 - Plazo de nombramiento: seis años en su cargo, pudiendo ser ratificados.
 - Serán nombrados: por el Congreso del estado o por la diputación permanente.
 - Son propuestos por los partidos políticos.
 - Remoción. Juicio político, por responsabilidad civil o como servidores públicos.
2. Un secretario general (propuesto por el presidente con aprobación del pleno).
3. Dos secretarios de acuerdos (propuestos por el secretario general).

4. Secretarios proyectistas (propuestos por los magistrados).
5. Actuarios (propuestos por el secretario general con aprobación de presidente).
6. Oficial de partes (propuesto por el secretario general).
7. Un jefe de la unidad administrativa (propuesto por el presidente).
8. Personal administrativo y de informática (propuesto por el presidente).

El personal es permanente, pero durante los procesos electorales aumenta la plantilla (no existe permanencia de los secretarios de estudio y cuenta).

Situación actual:

Acción de inconstitucionalidad 149/2007 y su acumulada 150/2007.

1. El número de magistrados fue discutido el 6 de agosto de 2007 por los partidos políticos Convergencia y PT, primordialmente.
2. La SCJN determinó por mayoría que la existencia de órganos colegiados integrados por miembros en un número par no elimina su capacidad de decidir, y el hecho de que el presidente tenga la facultad para decidir en última instancia un empate no viola los principios de certeza, autonomía e independencia que señala la Constitución federal. Sin embargo, se trata de un tema que puede ser materia de un nuevo examen por parte del Congreso local.

Acción de inconstitucionalidad 80/2009 y sus acumuladas 81 y 82/2009.

1. Promovida por PRD, PT y diversos diputados de la LX Legislatura del estado.
2. Acto de invalidez reclamado: decreto 209 publicado el 6 de octubre de 2009, que contiene las reformas hechas al artículo 29 y los transitorios 5º, 7º y 9º de la Constitución local, mediante los cuales se establece el empate de elección del gobernador y de los 18 diputados por el principio de mayoría relativa y de los 12 diputados electos por representación proporcional.

3. Resolutivos:

- a) Son procedentes pero infundadas las acciones de inconstitucionalidad.
- b) Se desestima la acción de inconstitucionalidad en cuanto al artículo 29 de la Constitución del Estado de Hidalgo.
- c) Se reconoce la validez de los artículos 5º, 7º y 9º del decreto 209.

Conclusiones

- 1. Los principios constitucionales de independencia y autonomía judicial son relevantes en la justicia electoral local, dentro del contexto de un Estado que pretende ser reconocido como constitucional de derecho.
- 2. La observación de estos principios ha coadyuvado en el fortalecimiento gradual de nuestro sistema democrático. En este esfuerzo la justicia electoral local ha contribuido a hacer realidad estas promesas constitucionales.
- 3. En este contexto la protección y defensa de las garantías jurisdiccionales es imprescindible si queremos garantizar el cumplimiento de los principios constitucionales en la materia comicial local. Ello permitirá la conformación de un sistema más justo y democrático, que satisfaga las necesidades político-electorales de los ciudadanos y fortalezca nuestras instituciones, lo cual es una demanda de primer orden y en cuyo cumplimiento todos tenemos un compromiso ineludible.

Fuentes consultadas

- Armienta Calderón, Gonzalo N. 2003. *Teoría General del Proceso*. México: Porrúa.
- CADH. Convención Americana sobre Derechos Humanos. 1969. Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre. Art. 23.
- CEPDH. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. 1998. Entrada en vigor el 1 de noviembre.
- CICDPM. Convenio Interamericano sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer. 1952. Art. I y II. Art. 10 y 11.
- Corona Nakamura, Luis Antonio. 2009. *La justicia electoral en el sistema constitucional mexicano*. México: Tribunal Electoral del Estado de Jalisco.
- CPEUM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2008. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- DADDH. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 1948. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia. Art. IV, XX, XXI, y XXIV.
- DDHC. 1789. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Art. 11.
- DUDH. Declaración Universal de los Derechos Humanos. 1948. 10 de diciembre. Art. 21.
- Fix-Zamudio, Héctor y Héctor Fix-Fierro. 1996. *El Consejo de la Judicatura*, Cuadernos para la Reforma de la Justicia 3. México: UNAM.
- . 1997. *Breves reflexiones sobre el Consejo de la Judicatura*. México: Consejo de la Judicatura Federal.
- . y Salvador Valencia. 2007. *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 5ª ed. México: Porrúa.
- Gutiérrez Posse, Hortencia D.T. 1988. *Los Derechos humanos y las garantías*. Editorial Zavalia.
- Melgar Adalid, Mario. 1997. *El Consejo de la Judicatura Federal*, 2ª ed. México: Porrúa.

Montero Aroca, Juan. 1984. "Del derecho procesal al derecho jurisdiccional". *Revista Uruguaya de Derecho Procesal I*, número 2: 19-47.

—. 1992. *Introducción al derecho procesal*, tomo I. Madrid: Tecnos.

Ovalle Favela, José. *Teoría General del Proceso*, 2ª ed. México: Harla.

PIDCP. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. 1966. 16 de diciembre. Art 25.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época.

SNCJME. Sistema Nacional de Consulta Jurisprudencial en Materia Electoral. Página Oficial de Tribunales Electorales de México. <http://www.juriselectoral.org.mx>

Tesis 1º XXXVIII/2001, del rubro: "MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ELECTORAL DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA. LOS ARTÍCULOS 57, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA, Y 256 DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, AMBOS DE DICHA ENTIDAD, QUE PERMITEN LA DISMINUCIÓN DE SU REMUNERACION DURANTE LOS AÑOS NO ELECTORALES, VIOLAN EL ARTÍCULO 5º CONSTITUCIONAL"; consultable en la página 241 del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XIII, junio de 2001.

Tesis 2a. XLVI/2008. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Segunda Sala, XXVII, mayo de 2008, 223, 169753, IUS 2007. Amparo en revisión 1022/2007. Armando Bejarano Calderas. 20 de febrero de 2008. Cinco votos; el Ministro José Fernando Franco González Salas votó con salvedades. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Arnulfo Moreno Flores. Amparo en revisión 105/2008. Elva Regina Jiménez Castillo. 2 de abril de 2008. Mayoría de cuatro votos. Disidente y ponente: José Fernando Franco González Salas. Secretaria: Sofía Verónica Ávalos Díaz.

Tesis CLVI/2009. MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES ELECTORALES AUTÓNOMOS. LE SON APLICABLES LAS GARANTÍAS CONSTI-

TUCIONALES DE REELECCIÓN O RATIFICACIÓN PREVISTAS EN EL ARTICULO 116 FRACCIÓN III DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Tesis P/J 101/2000 “PODERES JUDICIALES DE LOS ESTADOS. MARCO JURÍDICO DE GARANTÍAS ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 116, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Semanario Judicial de la Federación*, 9a. época; Pleno S.J.F y su gaceta; XII, octubre de 2000; 32.

Tesis P. XIV/2006. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Pleno, XXIII, febrero de 2006, 24, 175918, IUS 2007. Controversia judicial federal 1/2005. Noé Corzo Corral y otros. 11 de octubre de 2005. Mayoría de siete votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Genaro David Góngora Pimentel y Juan N. Silva Meza. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo; en su ausencia hizo suyo el asunto el señor ministro presidente Mariano Azuela Güitrón. Secretarios: José Alberto Tamayo Valenzuela y Rafael Coello Cetina.

Tesis P/J 122/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Pleno, XXVI, diciembre de 2007, 990, 170724, IUS 2007, acción de inconstitucionalidad 138/2007. Procurador General de la República. 30 de abril de 2007. Mayoría de ocho votos. Ausentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Martín Adolfo Santos Pérez.

Tesis P/J 18/2006. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Pleno, 1449, 175894, IUS 2007. Controversia constitucional 4/2005. Poder Judicial del Estado de Tlaxcala. 13 de octubre de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Laura Patricia Rojas Zamudio.

Tesis P/J 7/2002. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época. Pleno, XV, febrero de 2002, 593, 187662, IUS 2007. Acción de inconstitucionalidad 30/2001 y su acumulada 31/2001. Partido de la Revolución Democrática y Convergencia por la Democracia, Partido Político Nacional. 28 de enero de 2002. Mayoría de diez votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Tesis P/J 7/2002. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, XV, febrero de 2002, 593, 187662, IUS 2007. Acción de inconstitucionalidad 30/2001 y su acumulada 31/2001. Partido de la Revolución Democrática y Convergencia por la Democracia, Partido Político Nacional. 28 de enero de 2002. Mayoría de diez votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Tesis P/J 9/2002. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Pleno, XV, febrero de 2002, 592, No. de registro 187778, IUS 2007. Acción de inconstitucionalidad 30/2001 y su acumulada 31/2001. Partido de la Revolución Democrática y Convergencia por la Democracia, Partido Político Nacional. 28 de enero de 2002. Mayoría de 10 votos. Disidente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer Mac Gregor Poisot.

Bases para la individualización de sanciones conforme a la legislación electoral del Estado de México

Normative bases for individualization and jurisprudential of penalties by Electoral Institute of Mexico State

Arturo Bolio Cerdán*

RESUMEN

El presente trabajo pretende analizar las bases tanto normativas como jurisprudenciales que toda autoridad administrativa electoral debe tomar en cuenta para una adecuada individualización de sanciones. El trabajo se divide principalmente en dos temas torales, a saber: principios generales del *ius puniendi* y etapas en el procedimiento de individualización de sanciones. En lo que respecta al primero, se explica por qué se ha considerado pertinente aplicar los principios del *ius puniendi* al derecho administrativo sancionador y cuáles de éstos se han aplicado con mayor pertinencia.

En lo que se refiere al segundo tema, se divide para su estudio en tres etapas: etapa de individualización legislativa, individualización administrativa o jurisdiccional e individualización ejecutiva. En la primera, que corresponde al legislador, se establecen los catálogos de infracciones y sanciones dados por el mismo; en la segunda, que corresponde a la autoridad administrativa, se detallan cuáles son los elementos subjetivos y objetivos, así como los elementos para establecer la gravedad de la falta, el grado de responsabilidad y los agravantes para imponer una sanción para el caso

* Maestro en Derecho. Consejero Electoral del Instituto Electoral del Estado de México.

en concreto; y por último se establece en qué consiste la última fase de este procedimiento, llamada etapa de individualización ejecutiva, misma que versa en la real privación o restricción de los derechos del sancionado.

PALABRAS CLAVE: Individualización de sanciones, *ius puniendi*, autoridades administrativas.

ABSTRACT

This paper analyzes both normative and jurisprudential bases that all administrative authority elections and specifically the Electoral Institute of Mexico State must take into account for adequate individualization of sanctions. The work is mainly divided into two transverse themes, namely: general principles of the penalizing and stages in the process of individualization of sanctions. Regarding the first issue explains why it was considered appropriate to apply the principles of administrative law penalizing authority and which of these penalties have been applied with greater relevance.

As regards the second issue for consideration, it is divided into three stages: the legislative individualization, administrative or judicial individualization and executive individualization. In the first, which corresponds to the legislature, it arise the catalogs of violations and sanctions given by the same, in the second phase, which corresponds to the administrative authority detailing what the subjective and objective elements, as well as the elements to establish the seriousness of the offense, the degree of responsibility and aggravating to impose a penalty for the particular case are. Finally executive individualization is detailed.

KEYWORDS: Individualization of sanctions, *ius puniendi*, administrative authority.

Introducción

En 1764, en su obra *De los delitos y de las penas*, César Beccaria expuso: “Las penas deben ser tan leves y humanas como sea posible mientras sirvan a su propósito, que no es causar daño, sino impedir al delincuente la comisión de nuevos delitos y disuadir a los demás ciudadanos de hacerlo” (Beccaria 2006, 23).

Más allá de cualquier duda, el procedimiento administrativo sancionador en materia electoral es una variante del *ius puniendi* o potestad sancionadora que asiste al Estado para castigar la infracción a las normas de orden público que conforman la normatividad en la materia, misma que no puede quedar al arbitrio del juzgador, sino sujetarse invariablemente a los principios y garantías que en materia de privación de derechos históricamente ha reconocido nuestra Carta Magna y protegido celosamente el Poder Judicial de la Federación, como único encargado del control de constitucionalidad de los actos de autoridad.

El poder sancionador de las autoridades administrativas electorales, tanto federales como locales, se ha convertido en un tema de vital importancia y relevancia para el derecho electoral actual, dada su marcada complejidad; lo anterior en virtud de la aparente discrecionalidad que la ley le da a las autoridades electorales para la determinación y graduación de la sanción para cada caso en concreto, puesto que ésta se delimita por un catálogo de faltas y sanciones, y aunque si bien las disposiciones reglamentarias son más específicas en su contenido, sigue siendo una tarea difícil de resolver.

Sin embargo, es muy importante puntualizar el significativo avance que esta materia ha tenido en los últimos años, lo cual de manera indudable se ha visto materializado en el fortalecimiento de la autoridad administrativa electoral, facilitándole la obligación de vigilar que todos los actores electorales se sujeten a la ley, razón por la que se considera pertinente seguir reforzando las reglas mediante las cuales se desarrolla este procedimiento, pues esto no sólo se verá reflejado en el robustecimiento de las insti-

tuciones electorales, sino que propiciará la prevención de conductas que puedan poner en duda los procesos democráticos.

Es por lo anterior que se pretende analizar las bases tanto normativas como jurisprudenciales que toda autoridad administrativa electoral, y en específico el Instituto Electoral del Estado de México, debe tomar en cuenta para una adecuada individualización de las sanciones.

Principios generales del ius puniendi

Las autoridades electorales, en el afán de encontrar el hilo conductor en esta compleja tarea, han hecho uso de los principios generales del Derecho, así como de la doctrina, para sentar criterios objetivos en la imposición y graduación de una sanción. Tal es el caso del criterio sustentado en la tesis con clave de publicación S3EL 045/2001, emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, cuyo rubro es: DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. LE SON APLICABLES LOS PRINCIPIOS DEL *IUS PUNIENDI* DESARROLLADOS POR EL DERECHO PENAL, que señala que tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador son expresiones del *ius puniendi* del Estado; en este sentido, el derecho penal es una rama más antigua y por lo mismo más desarrollada y estudiada, por lo que es un referente muy importante, razón por la cual sus principios le son aplicables al derecho administrativo sancionador *mutatis mutandis*.

Con base en lo anterior, tenemos que la autoridad sancionadora electoral puede tomar los principios establecidos en la dogmática penal, pero sólo los que para el caso sean útiles y pertinentes, es decir, no todos y no en todos los casos. En este sentido, el artículo 4 del Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Electoral del Estado de México recoge esta idea señalando que lo no previsto en dicho reglamento, o bien en el Título Segundo del Libro Sexto del Código Electoral mexiquense, se estará, en lo conducente, a lo dispuesto por los principios aplicables del derecho penal.

En efecto, y como lo ha sustentado la Sala Superior, es importante resaltar que cuando se trate del *ius puniendi*, que no es otra cosa que la potestad o poder sancionador del Estado, por parte de cualquier organismo público —en este caso el Instituto Electoral del Estado de México—, o bien cuando se trate concretamente de restringir, suspender o privar de cierto derecho a un ente jurídico, la actividad de dicho órgano sancionador debe ceñirse estrictamente al principio de legalidad. Como para el caso en concreto lo señala el artículo 12, último párrafo, de la Constitución mexicana, el cual dispone que la ley tipificará los delitos y determinará las faltas en materia electoral, establecerá los procedimientos aplicables y las sanciones que deben imponerse, es decir, debe ponderarse el principio general de derecho *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta et stricta*, lo cual implica que en el régimen administrativo sancionador electoral existe:

- a) Un principio de reserva legal (lo no prohibido está permitido), así como el carácter limitado y exclusivo de sus disposiciones, esto es que sólo las normas jurídicas legislativas determinan la causa del incumplimiento o falta, en suma el presupuesto de la sanción.
- b) El supuesto normativo y la sanción deben estar determinados legislativamente en forma previa a la comisión del hecho.
- c) La norma jurídica que prevea una falta o sanción debe estar expresada en una forma escrita (abstracta, general e impersonal), a efecto de que los destinatarios (tanto ciudadanos, partidos y agrupaciones políticas, como autoridades administrativas y jurisdiccionales, en materia electoral) conozcan cuáles son las conductas ordenadas o prohibidas, así como las consecuencias jurídicas que provocan su inobservancia, lo cual da vigencia a los principios constitucionales de certeza y objetividad.
- d) Las normas prohibitivas requieren de una interpretación y aplicación estricta (*odiosa sunt restringenda*), porque mínimo debe ser

el ejercicio de este poder correctivo estatal, siempre acotado y muy limitado, por cuanto los requisitos para su puesta en marcha deben ser estrechos y restrictivos (Régimen administrativo sancionador electoral. Principios jurídicos).

Asímismo, dicha Sala Superior en la tesis del rubro ANALOGÍA Y MAYORÍA DE RAZÓN. ALCANCES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL, se ha manifestado en el sentido de que la prohibición contenida en el artículo 14, párrafo III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —de imponer por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata—, también rige para aquellas disposiciones de las que se derive la posibilidad de imponer una sanción de naturaleza administrativa en materia electoral.

Lo anterior encuentra su base en el carácter sancionador del procedimiento administrativo, que justifica la extensión de las garantías típicas del proceso penal, como lo explica la tesis citada al principio de este estudio, pues con ello se impide que sufran menoscabo las garantías constitucionales y procedimentales constitucionalmente establecidas (Tesis S3EL 045/2001).

Para la determinación de las sanciones y en la medida que el caso lo requiera, es dable adherirse también a los principios generales del Derecho resumidos en los aforismos latinos *In poenis, benignior est interpretatio facienda* (en la aplicación de las penas hay que atenerse a las penas más benignas) y *Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur* (las leyes han de interpretarse en el sentido más benigno donde se conserve su disposición). Tal y como lo sustenta la Sala Superior en la parte considerativa de la sentencia recaída al recurso de apelación SUP-RAP-025/2002.

Lo anterior se basa en que esta benéfica regla de interpretación ha sido sostenida por prácticamente todos los tribunales de nuestro país, co-

mo lo demuestran los criterios sostenidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, a saber:

Duda sobre la responsabilidad del reo. La dubitación sólo puede fundar un fallo absolutorio cuando la duda surge en la mente del juzgador o existe insuficiencia en la prueba, ya que entonces se debe aplicar a favor de los imputados el principio jurídico de *in dubio pro reo*.

Duda absolutoria. Alcance del principio *in dubio pro reo*. Este aforismo no tiene más alcance que el consistente en que en ausencia de prueba plena debe absolverse al acusado.

Duda sobre la responsabilidad administrativa aplicación del principio *in dubio pro reo*. Multas. Al no ser razonable que una infracción se haya cometido, tratándose de multas por violación a las disposiciones administrativas legales resulta aplicable el principio *in dubio pro reo*.

Así las cosas, y con respecto a lo anterior, la Sala Superior sostiene que el principio *in dubio pro reo* es un derecho subjetivo de los gobernados, y tiene su fundamento en que en caso de generar duda la redacción de preceptos relativos a la imposición de sanciones, las normas se deben interpretar en el sentido que resulte más favorable al reo, mismo que puede extender su ámbito de aplicación no sólo al ámbito del proceso penal, sino a cualquier materia, tanto administrativa como de otro género que tenga que ver con la imposición de sanciones, como es el caso de la electoral (véase SUP-RAP-025/2002).

Etapas en el procedimiento de individualización de sanciones

Sentado lo anterior y con el fin de hacer más ágil el presente estudio, se dividirá este procedimiento en tres etapas o fases, tal y como lo hace para tales efectos la dogmática penal, a saber:

1. Etapa de individualización legislativa
2. Etapa de individualización administrativa o jurisdiccional
3. Etapa de individualización ejecutiva

En cuanto a la primera fase o individualización legislativa, tenemos que corresponde al legislador, la cual consiste en que éste publica en la norma las conductas violatorias, el catálogo de las sanciones aplicables, así como los parámetros para fijar el *quantum* de las mismas. Esto es lo que en derecho penal suele denominarse punibilidad, la cual así vista es abstracta y representa la individualización de las sanciones desde el punto de vista legislativo, y persigue esencialmente la prevención general, ya que produce intimidación en la sociedad para que sus miembros no violen las normas jurídicas (Tejada 2003, 585).

Lo anterior se encuentra en la ley electoral, al establecerse catálogos de infracciones y sanciones que sirven de base a la autoridad administrativa electoral, para conocer cuándo se encuentra ante una acción u omisión que sea violatoria de las disposiciones contenidas en los ordenamientos electorales, así como los parámetros mínimos y máximos para la graduación de las sanciones.

En estos términos, se considera oportuno puntualizar los catálogos básicos aplicables dados por el legislador local y por las autoridades electorales competentes:

Legislación aplicable:

- a) Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México.

- b) Código Electoral del Estado de México, en específico el Título Segundo del Libro Sexto.
- c) Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Electoral del Estado de México.
- d) Jurisprudencia y tesis relevantes.
- e) Principios aplicables del *ius puniendi*.

Órganos competentes del Instituto Electoral del Estado de México para intervenir en el procedimiento administrativo sancionador electoral:

- a) Consejo General.
- b) Junta General.
- c) Secretaría Ejecutiva General.
- d) Órgano Técnico de Fiscalización.
- e) Dirección Jurídica Consultiva.
- f) Consejos distritales.
- g) Consejos municipales.¹

Sujetos de responsabilidad:²

- a) Ciudadanos (observadores) y organizaciones a las que pertenecen.
- b) Partidos políticos.
- c) Dirigentes partidarios, candidatos y precandidatos.

¹ Los órganos señalados en los incisos anteriores tendrán las atribuciones que el Código Electoral del Estado de México y el Reglamento aplicable determinen: artículo 5 del Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Electoral del Estado de México.

² El artículo 6 del reglamento de quejas y denuncias señala que son sujetos de responsabilidad los notarios públicos, extranjeros, ministros de culto, agrupaciones políticas y funcionarios electorales; sin embargo el Código Electoral no le concede al Consejo General atribuciones para sancionarlos, sino sólo de informar lo conducente a la autoridad que corresponda.

Infracciones:

- a) Incumplimiento de obligaciones.
- b) Inducir al electorado a votar a favor o en contra de un candidato, o a la abstención.
- c) Realización de conductas prohibidas.
- d) Omisión de conductas ordenadas.³

Sanciones:

- a) Cancelación de acreditación como observador electoral.
- b) Multa.
- c) Reducción de ministraciones (financiamiento).
- d) Suspensión de ministraciones (financiamiento).
- e) Suspensión de registro como partido político o agrupación política.
- f) Cancelación del registro de los partidos políticos locales.⁴
- g) Cancelación de la constancia de mayoría.⁵

La segunda fase de la individualización de las sanciones —que conforma la parte toral del presente estudio— consiste en la fijación concreta de la sanción en cada caso en particular, realizada por la autoridad (administrativa o jurisdiccional) en atención al principio de legalidad; es decir, una vez que la autoridad administrativa estableció con base en los hechos pre-

³ La lista sugerida es de carácter enunciativo, mas no limitativo.

⁴ El artículo 48 fracción III del Código Electoral del Estado de México señala que un partido político local podrá perder su registro en el caso de que, a juicio del Consejo General, incumpla de manera grave o sistemática las obligaciones que le marca la ley.

⁵ El artículo 61 fracción IV, inciso e) del Código Electoral del Estado de México, establece que en el caso de que un partido político rebase el tope de gastos de campaña, oculte o mienta con dolo o mala fe respecto de los datos o informes sobre el origen, monto o gastos realizados en la campaña en que se apliquen, el Consejo General, previa información al partido y satisfecha la garantía de audiencia del candidato o candidatos que hubiesen obtenido la constancia de mayoría en el proceso electoral respectivo, aplicará las penas que en derecho procedieran, las que podrán incluir la cancelación de la constancia de mayoría.

sentados, analizados y probados, ante qué tipo de infracción se encuentra, debe calificar la gravedad de la misma para posteriormente aplicar la sanción correspondiente, así como en el caso de que exista una mínima y una máxima, estipular la graduación correcta.

Para poder cumplir con lo referido, la autoridad administrativa en el marco del arbitrio que le es concedido, debe obrar conforme a las reglas que para la individualización de sanciones se derivan del artículo 12 de la Constitución Política del Estado, el Título Tercero del Código de la materia —referente a las infracciones y a las sanciones administrativas—, así como a lo establecido en los artículos 19, 20, 21 y 22 del Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Electoral del Estado de México, los cuales tomará como lineamientos rectores; sin dejar de lado, por supuesto, y como se menciona al inicio del presente ensayo, los principios generales del Derecho que sean aplicables y la jurisprudencia emitida al respecto.

De los artículos mencionados así como de las jurisprudencias y tesis relevantes emitidas al respecto, que se analizarán detalladamente más adelante, se desprende que para la adecuada selección de la sanción y posterior individualización de la misma, se deben tomar en cuenta tanto los elementos objetivos como subjetivos que tuvieron lugar al momento de la comisión de la infracción, a saber:

Elementos objetivos

- a) Gravedad de la falta: que ha de analizarse a partir de dos extremos:
 - La trascendencia de la norma jurídica que fue violada.
 - Los efectos de la violación general respecto de los objetivos de la norma (*ratio legis*).
- b) Circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Elementos subjetivos

- a) Grado de responsabilidad.
- b) Reincidencia o reiteración.

En este sentido, tenemos lo señalado por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la tesis S3ELJ 24/2003 con el rubro SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA ELECTORAL. ELEMENTOS PARA SU FIJACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN, la cual sostiene que la imputación a una persona de un hecho establecido y sancionado por la ley como falta no puede tener sólo un carácter objetivo, es decir, tomar en cuenta únicamente los hechos y las consecuencias materiales, sino también debe considerar los matices que rodearon la conducta del infractor; por lo que para fijar la sanción que corresponda, la autoridad administrativa debe analizar la gravedad de los hechos o sus consecuencias; el tiempo, modo y lugar de ejecución, así como el grado de intencionalidad, negligencia o reincidencia que rodean la contravención de la norma. Una vez acreditada la infracción cometida y su imputación subjetiva, la autoridad electoral debe, en primer lugar, determinar si la falta fue levisima, leve o grave y, en este último supuesto, precisar si se trata de una gravedad ordinaria, especial o mayor, para saber si alcanza o no el grado de particularmente grave, así como dilucidar si se está en presencia de una infracción sistemática, y con todo esto debe proceder a localizar la clase de sanción que legalmente corresponda, entre las previstas por la ley. Esto es, para la precisa individualización de la sanción resulta imprescindible la correcta calificación de la falta.

Ahora bien, con entera independencia de la gravedad de la falta y específicamente por lo que respecta a las sanciones derivadas de la fiscalización a los recursos de los partidos políticos, cabe mencionar que la Sala Superior⁶ ha hecho la distinción entre faltas formales y faltas sustanciales. En las primeras “no se acredita plenamente la afectación de valores sustanciales protegidos por la legislación, como podrían ser los principios rectores de la función electoral, sino su puesta en peligro. Estas faltas se detectan generalmente a partir de los instrumentos de control directos y, eventualmente, de los indirectos”; mientras que

⁶ SUP-RAP-062/2005.

“las faltas sustantivas sí vulneran principios rectores, como la equidad, y generalmente no son detectados en los procesos rutinarios de revisión de informes, sino por medio de investigaciones *ad hoc* que deberán llevarse a cabo mediante procedimientos administrativos en los que se garantice el derecho de audiencia de los implicados”.

A partir de esta noción, en concepto de algunos doctrinarios “...la tendencia tendría que ser a sancionar con mayor severidad las faltas sustantivas que las formales” (Agíss 2005, 42).

En ese tenor, el Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Electoral del Estado de México establece, en su artículo 19, que para la acreditación de la falta deberán quedar claramente establecidos los hechos, la disposición o disposiciones que se estiman violados, así como la clasificación de la falta (leve, regular o grave).

En cuanto a dicha clasificación, el artículo citado realiza una descripción de lo que debe considerarse una falta leve, regular o grave. Se considera que existe falta leve cuando la vulneración a la normatividad no afecta bienes jurídicos que impliquen un daño a la vida cotidiana democrática, a la estructura constitucional y legal o a las instituciones pilares del Estado, así como que no trasciendan en daños a terceros. Se estará en presencia de una falta regular cuando se causa daño a terceros y se afecta la normatividad electoral, de tal manera que implique, aunque sea como riesgo, una violación a cualquiera de los bienes jurídicos establecidos anteriormente. Y ante una falta grave, cuando las violaciones sean en forma sistemática y reiterada, se afecte alguno de los principios rectores en la materia electoral, se afecte en forma sustancial el desarrollo del proceso electoral o su preparación, se compruebe que la comisión de una falta fue propiciada por el propio denunciante, se preconstruyan falsamente pruebas para afectar a terceros o a instituciones, y, en general, cuando con los elementos probatorios correspondientes se constate que se involucró a terceros inocentes en la comisión de una falta.

Por tanto, es dable establecer que el ejercicio sancionador queda limitado por el arbitrio razonado y fundado de la autoridad y por los lineamientos

normativos, los cuales señalan que para la calificación de las faltas que se consideren demostradas se deben seguir minuciosamente una serie de directrices, que para el caso recoge la normatividad electoral del Estado de México en el artículo 20 de su Reglamento de Quejas Y Denuncias, regulando que para la individualización de las sanciones, y una vez acreditada la existencia de una infracción y su imputación al sujeto correspondiente, la autoridad electoral deberá tomar en cuenta las circunstancias que rodean la contravención de la norma administrativa, que son:

- a) El grado de la responsabilidad en que se incurra y la conveniencia de suprimir prácticas que infrinjan, en cualquier forma, las disposiciones del Código en atención al bien jurídico tutelado, o a las que se dicten con base en él.
- b) Si se trata de un bien jurídico protegido expresamente en la legislación o si se desprende del contenido de algún precepto.
- c) Las circunstancias detalladas de modo, tiempo y lugar de la infracción.
- d) Las condiciones socioeconómicas del infractor, al momento de cometer la falta.
- e) La capacidad económica del infractor, para efectos del pago correspondiente de la multa, cuando así sea el caso.
- f) La afectación o no al financiamiento público, si se trata de partidos políticos o coaliciones.
- g) Las condiciones externas o los medios de ejecución.
- h) La reincidencia en el incumplimiento de obligaciones.
- i) El monto del beneficio, lucro, daño o perjuicio derivado del incumplimiento de la obligación.

Respecto al grado de responsabilidad, es oportuno establecer que diversas corrientes del derecho penal hacen referencia a que el eje central de la culpabilidad (responsabilidad) es el sujeto activo, o bien persona física, por lo que es importante establecer si esto aplica igual a

las personas jurídicas que en la materia electoral asumen la forma de partidos políticos.

Por un lado, de la dogmática penal se desprende el principio *societas delinquere non potest*, es decir, que la persona física es la única capaz de delinquir y, por tanto, la única capaz de ser culpable. Principio que ha quedado claramente superado por las teorías finalistas y posteriormente las funcionalistas, cuyo exponente, Günther Jakobs, establece que

“desde un punto de vista normativo, no es necesario que el sujeto de imputación tenga que estar siempre compuesto por un sistema de psique y cuerpo, es decir, de los mismos elementos de los que se compone una persona física. El sistema de imputación también puede estar determinado por otros elementos: el estatuto y los órganos de una persona jurídica. El estatuto o los órganos de esa persona jurídica se pueden definir como un sistema, en el que los elementos internos no son relevantes” (Bacigalupo 1998, 154).

Ahora bien, tomando como base que en la materia electoral se acepta la responsabilidad jurídica y en concreto la imputabilidad de los partidos políticos, su tratamiento se hace de manera distinta, ya que al carecer de psique y cuerpo, o bien, elementos cognoscitivo y volitivo como el de las personas físicas, se debe establecer la intención generalizada de sus órganos e integrantes para fijar el grado de responsabilidad. Es decir, si la intención generalizada era la de realizar la acción u omisión de que se trate (infracción dolosa), o bien, si sólo se debió a una imprudencia o falta de un deber de cuidado (infracción culposa).

En este sentido, la Sala Superior, en el caso Amigos de Fox,⁷ realizó un estudio pormenorizado de lo anterior, precisando primero cómo se aplican estos conceptos (dolo y culpa) a las personas físicas, para establecer posteriormente si resulta aplicable a los partidos políticos y bajo qué modalidades.

⁷ SUP-RAP-050/2002, así como SUP-RAP-098/2003 y acumulados.

Los temas relativos al dolo y a la culpa se ubican en el ámbito de la responsabilidad subjetiva, que consiste en la necesidad de examinar si la persona de que se trate tenía la intención de infringir la ley. Para ese efecto, en el derecho penal se ha considerado que la conducta de las personas físicas es dolosa cuando se conocen los hechos constitutivos de la infracción y se quiere o acepta su realización y su resultado; y es culposa cuando el resultado no se prevé, siendo previsible, o habiéndose previsto se confía en que no ocurrirá.

Esta sentencia señala que dichos conceptos se han diseñado para las personas físicas, por lo que su base y explicación racional radica en el modo en que se produce la voluntad en dichos entes naturales, de manera que su aplicación lisa y llana para otras entidades no sería posible, porque en los sujetos distintos a las personas físicas no se presentan las condiciones físicas, psíquicas y biológicas que conduzcan a procesos idénticos en la toma de decisiones, sino que los mecanismos para ese efecto existen, pero son completamente diferentes.

Sin embargo, los magistrados manifestaron que esto no impide que en el derecho administrativo sancionador se admita la responsabilidad de las personas jurídicas, derivada de acciones u omisiones tomadas deliberadamente, y aunque si bien ese principio se aplica en forma distinta, ya que éstas operan a través de diversos órganos cuyas funciones se establecen estatutariamente, las decisiones y acciones se tienen que tomar y asumir a través de las personas físicas que las integran, y con esto se forma la voluntad societaria.

El órgano colegiado también señaló que la mayor dificultad radica en distinguir los casos en que las faltas en que se ven involucradas personas jurídicas sólo son atribuibles a las personas físicas que integran alguno de sus órganos, o cuándo esa decisión o su aceptación puede atribuírse a la entidad colectiva.

Esta disyuntiva se resuelve teniendo presente que, por lo general, la conducta recae en la persona física, porque difícilmente en las decisiones

y acciones de una persona jurídica intervienen simultáneamente todos sus miembros; sin embargo, cuando la decisión de un órgano fue tomada o aceptada expresa o tácitamente, sea por sus representantes, por los órganos de mayor jerarquía o, en su caso, por la generalidad de sus asociados, se puede considerar que la decisión no es producto individual de quienes la asumieron, sino de la comunidad con la que se integra la persona jurídica y, por tanto, se trata de una participación societaria.

Otro elemento indispensable para establecer el grado de responsabilidad de los partidos políticos consiste en diferenciar si existió una intervención directa por medio de una aceptación societaria, como se mencionó anteriormente, o bien se trata de *culpa in vigilando*. La omisión de cumplir con el deber de garante genera responsabilidad sancionable, porque precisamente la infracción se hace posible por la conducta omisiva, lo cual hace que el vigilante se torne en propiciador del ilícito administrativo. La conducta de omisión se puede producir por la inactividad dirigida con un propósito o cuando no tiene un fin predeterminado, obedece a descuido, falta de precaución o cuidado, por no adoptar las medidas que tenía a su alcance a efecto de evitar la infracción.

Otra singularidad en el establecimiento del grado de responsabilidad e individualización de la sanción se encuentra en el artículo 21 del Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Electoral del Estado de México, el cual señala que, cuando se imponga a una coalición, en la resolución correspondiente deberán quedar claramente expresadas —cuando el caso lo permita— las circunstancias particulares en las que cada uno de los partidos políticos participó u omitió los hechos constitutivos de la falta, ya sea por participación directa o corresponsabilidad. Tocante a ello, la Sala Superior señaló que es dable utilizar la distinción que sirve de base fundamental al *ius puniendi* para determinar el grado de participación de las personas en los actos ilícitos, para distinguir la responsabilidad y culpabilidad que les recae, es decir, si fue producto de una decisión o si sólo se produjo por un incumplimiento a su deber de cuidado, y para establecer sanciones considerablemente diferentes respecto de unos y otros.

En estos casos, al momento de graduar la sanción, se debe tomar en cuenta si fue una infracción culposa, ya que no puede ser igual o cercana la sanción a la de aquel que con intención cometió la falta.

Asimismo, es importante señalar lo que sucede si se detecta y acredita la comisión de faltas por parte de una coalición (si se aplica la sanción a la coalición en su conjunto o a cada uno de los partidos políticos que la integran); en este caso el artículo 22 del multicitado reglamento estipula que para efecto de la correspondiente individualización de la sanción, si se trata de coaliciones o candidatura común, se deberá hacer la individualización por cada uno de los partidos políticos.

Lo anterior es así con base en lo que ha sustentado reiteradamente la Sala Superior, en razón de que las coaliciones no constituyen personas jurídicas distintas a sus integrantes, puesto que se trata sólo de uniones temporales de partidos con el propósito de contender para una elección, por lo que las infracciones cometidas por los partidos que integran dicha coalición deben ser sancionadas de manera individual, atendiendo al grado de responsabilidad de cada uno de ellos.

A mayor abundamiento, dicho órgano colegiado manifestó que esto es congruente con el principio dado por el derecho penal, referente a la coautoría, en el que las sanciones respectivas resultan aplicables a cada uno de los partícipes en la medida de su responsabilidad, de modo que si las coaliciones son la unión de entes políticos coordinados a un fin común, cuando en esta interacción cometen una infracción, deben considerarse coautores y, por tanto, las sanciones resultan aplicables individualmente con base en el grado de responsabilidad y situación personal que corresponda a cada uno de ellos.

Cabe resaltar que interpretar la ley de manera contraria vulneraría el principio de equidad que debe prevalecer en las actuaciones de la autoridad sancionadora, pues si se tomara como un solo partido, la sanción se dividiría en partes iguales entre todos los partidos que integran la coalición, lo que lleva implícito el riesgo de que la sanción impuesta a cada par-

tido no sea proporcional a su grado de responsabilidad. Además, en este supuesto, no podrían tomarse en cuenta, para efectos de individualizar la sanción, las circunstancias particulares de cada partido, como la reincidencia (Tesis S3EL025/2002).

En otro orden de ideas, es importante establecer que al momento de la imposición de una sanción se debe tomar en cuenta si existe alguna atenuante o agravante en la comisión de la infracción, que pudiera disminuir o aumentar la sanción respectiva. Esta facultad discrecional que ejerce la autoridad administrativa debe basarse en las circunstancias de cada caso y contar con la fundamentación lógica que lo sustente, pero, sobre todo, no puede afectar la esfera jurídica de sujetos distintos a aquel que realizó la conducta que merezca ser agravada o atenuada (como puede ser el caso de las coaliciones).

En este sentido las conductas agravantes son una serie de circunstancias modificativas que determinan una mayor gravedad de la culpabilidad, puesto que ponen de manifiesto un riesgo mayor del sujeto o ente que las ejecuta y las clasifican en:

- a) Objetivas, las que denotan peligrosidad del hecho, bien sea por la facilidad de comisión en atención a los medios, sujetos, circunstancias, o por la especial facilidad para resultar impune.
- b) Subjetivas, las que incluyen la premeditación o la reincidencia, mismas que revelan una actitud aún más reprochable en el ejecutante.

Las conductas atenuantes, son igualmente circunstancias modificativas de la responsabilidad, que son definidas necesariamente por el efecto sobre la determinación de la sanción, puesto que son aquellas que inciden en el grado en que finalmente se impondrá dicha sanción, y que lo hacen en sentido reductor o atenuatorio de la misma, sin llegar al extremo de excluirla (Tesis S3EL133/2001).

Ejemplo de lo anterior es el hecho de que al momento de la fiscalización de los recursos de los partidos políticos se localice el ingreso de dinero en efectivo obtenido de manera ilícita, pues como se advierte del texto de la tesis emitida por la Sala Superior con el rubro DINERO EN EFECTIVO. SU INGRESO A UN PARTIDO POLÍTICO DE MANERA ILÍCITA AGRAVA LA INFRACCIÓN, ello genera que se agrave la infracción cometida, pues al no contar con la documentación comprobatoria conducente, obstaculiza notablemente la función de la autoridad fiscalizadora electoral.

Como se ha dicho, la imposición de las sanciones no debe ser una función arbitraria y caprichosa de la autoridad, sino que se debe atender fundamentalmente al principio de legalidad, así como a la calidad y cantidad del daño causado al bien jurídico protegido por la norma y las circunstancias subjetivas que asistieron al agente a la hora de la realización del hecho (Tejada 2003, 586).

Por esta razón se ha señalado en diversas sentencias que para la individualización de la sanción, consecuencia directa de la calificación de la falta, la autoridad electoral deberá considerar, además de los datos ya examinados para tal calificación, una serie adicional de elementos que le permitan asegurar, en forma objetiva, conforme a los criterios de justicia y equidad, el cumplimiento de los propósitos que impulsan la potestad sancionadora que le ha sido conferida. siendo estos los siguientes:

1. La calificación de la falta o las faltas cometidas.
2. La calidad de la lesión o los daños o perjuicios que pudieran generarse con la comisión de la falta.
3. La condición de que el ente infractor haya incurrido con antelación en la comisión de una infracción similar (reincidencia).

Lo anterior se fundamenta en la ponderación de principios que rigen la potestad punitiva: justicia, equidad, proporcionalidad y legalidad; así como los fines que rigen al sistema de sanciones, por lo que la impuesta debe ser:

- Adecuada. Considerar la gravedad de la infracción y las circunstancias en que se realizó el ilícito, así como las condiciones particulares de los infractores.
- Proporcional. Tomar en cuenta para la cuantificación e individualización el grado de participación de cada uno de los infractores, así como la gravedad de la falta y las circunstancias de modo, tiempo y lugar.
- Eficaz. En la medida en la que se acerca a un ideal de consecuencia mínima necesaria para asegurar la vigencia de los bienes jurídicos que fueron puestos en peligro o, en su caso, lesionados con las conductas irregulares y, en consecuencia, restablecer la preeminencia del Estado constitucional democrático de derecho.
- Ejemplar. Porque coadyuva a la prevención general de esos ilícitos por parte de todos los partidos políticos y demás sujetos que se encuentren obligados a realizar conductas que estén de acuerdo con el ordenamiento jurídico electoral y abstenerse de efectuar aquellas otras que lo vulneren.
- Disuasiva. En la medida en que inhibe a los sujetos infractores y demás destinatarios para cometer conductas similares, que vulneren el ordenamiento jurídico electoral, y los persuade a que deben cumplir con sus obligaciones.⁸

Con respecto a los fines de la sanción, es importante destacar que en materia electoral ésta se distingue en razón de que su naturaleza es fundamentalmente preventiva, no retributiva; es decir, lo que se busca es que en lo sucesivo se evite —en la medida de lo posible— la comisión de nuevas conductas ilícitas.

La última etapa en este procedimiento, llamada individualización ejecutiva, consiste en la real privación o restricción de los derechos del sancio-

⁸ Véase SUP-RAP-O50/2001, así como SUP-RAP-098/2003 y acumulados.

nado, de tal manera que es en esta etapa cuando se tiene una verdadera, real y concreta merma de su esfera jurídica (Tejada 2003, 585).

Para el caso del Estado de México, conforme al artículo 95 fracciones IX y XXXV del Código Electoral local, corresponde al Consejo General del instituto ordenar el inicio del procedimiento de liquidación de bienes y recursos remanentes de los partidos políticos cuando sean sancionados con la pérdida de su registro, así como aplicar las sanciones que correspondan a quienes infrinjan las disposiciones que dicha normatividad electoral establece.

En ese contexto, el artículo 357 de este ordenamiento regula que las multas impuestas por el Consejo General del instituto a los partidos políticos, que no hubiesen sido recurridas, o bien que fuesen confirmadas por los tribunales, deberán ser descontadas de sus ministraciones en los plazos establecidos en la resolución respectiva por la Dirección de Administración, y enteradas en un plazo improrrogable de 15 días hábiles a partir de su retención a la Secretaría de Finanzas del gobierno del estado.

En los casos de multas a candidatos, precandidatos o dirigentes partidistas, el instituto notificará a la Secretaría de Finanzas para que proceda a su cobro en términos de la normatividad aplicable. Al respecto, el artículo 55 del Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Electoral del Estado de México dispone que las multas se pagarán en la caja de recaudación de la Secretaría de Finanzas del Estado, en un plazo de 15 días contados a partir de la notificación de la resolución. En caso de que el infractor omita hacer el pago, se podrá solicitar a la autoridad competente la aplicación del procedimiento económico coactivo.

En síntesis, es oportuno destacar que la búsqueda por establecer bases normativas cada vez más sólidas en el procedimiento de imposición de sanciones en materia electoral, tiene como finalidad preponderante garantizar que la autoridad administrativa se sujete invariablemente al principio de legalidad, pues como lo establece el profesor Michele Taruffo (2003, 11)

la discrecionalidad y la libertad tienen en la arbitrariedad un grave peligro que siempre está presente, por lo que empleando como arma el principio de legalidad se le impone a la autoridad un deber fundamental vinculante; lo anterior no implica que la autoridad se convierta en un aplicador pasivo de las directrices establecidas, sino que al mismo tiempo tiene la responsabilidad de elegir, pues estamos hablando de la norma y el hecho así como la vinculación que se da entre una y otra, y entre varias hipótesis tomar la decisión más idónea, la mas justa.

Conclusiones

La individualización de las sanciones en materia electoral es un tema de suyo complejo, dada la cantidad de aspectos que hay que considerar para su correcta aplicación, sin embargo, a manera de conclusión, se establecen las siguientes consideraciones:

1. Al derecho administrativo sancionador le son aplicables, *mutatis mutandis*, los principios generales del *ius puniendi*.
2. El órgano sancionador administrativo debe ceñirse estrictamente al principio de legalidad.
3. Queda prohibido imponer por simple analogía, y aun por mayoría de razón, sanción alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable a la infracción de que se trate.
4. Para la determinación de la sanción se debe aplicar el principio *in dubio pro reo*.
5. El procedimiento de individualización de sanciones en materia electoral consta de tres fases o etapas: la etapa de individualización legislativa, la administrativa o judicial y la ejecutiva.
6. La fase de individualización legislativa consiste en que el propio legislador publica en la norma las conductas violatorias, el catálogo de sanciones y los mínimos y máximos aplicables.

7. La segunda fase o individualización administrativa consiste en la fijación correcta de la sanción que para cada caso en concreto realiza la autoridad administrativa.
8. Para la adecuada elección de la sanción y posteriormente la individualización de la misma, se deben tomar en cuenta tanto los elementos subjetivos como los objetivos que rodean a la comisión de la falta.
9. Para poder calificar la gravedad de la falta correctamente, se deben tomar en cuenta el grado de responsabilidad, la afectación al bien jurídico tutelado, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, la capacidad económica del infractor y la reincidencia o reiteración.
10. Para la individualización de la sanción, consecuencia directa de la calificación de la falta y con el fin de privilegiar los criterios de justicia y equidad, la autoridad administrativa deberá considerar de manera adicional la calificación de la falta, la calidad de la lesión, así como los daños y perjuicios y la reincidencia.
11. La naturaleza de las sanciones en materia electoral es fundamentalmente preventiva.
12. La última etapa en el procedimiento para la individualización de sanciones es la individuación ejecutiva, que consiste en la real privación o restricción de los derechos del sancionado.

Fuentes consultadas

- Agíss Bitar, Fernando. 2005. *Una reflexión sobre la aplicación Efectiva de las normas de Fiscalización*. Temas Selectos de Derecho Electoral. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Bacigalupo, Silvina. 1998. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Beccaria, César. 2006. *De los delitos y las penas*. Madrid: Alianza.
- CEEM. Código Electoral del Estado de México. 2010. México: Instituto Electoral del Estado de México.
- CPELSM. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México. 2010. Tribunal Electoral del Estado de México.
- CPEUM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2008. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial De la Federación.
- Reglamento de Quejas y Denuncias del Instituto Electoral del Estado de México. 2010. México: Instituto Electoral del Estado de México.
- Sentencia SUP-RAP-025/2002. Actor: Partido del Trabajo. Autoridad Responsable: Consejo General del Instituto Federal Electoral. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm>
- Taruffo, Michele. 2003. *Cinco lecciones mexicanas. Memoria del taller de derecho procesal*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Tejada Vergara, Moisés. 2003. *Manual de Derecho Penal*. México: Ángel Editor.
- Tesis S3EL 025/2002 COALICIONES. LAS FALTAS COMETIDAS POR LOS PARTIDOS POLÍTICOS COALIGADOS DEBEN SANCIONARSE INDIVIDUALMENTE. *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, páginas 427-429.
- Tesis S3EL 054/2002. ANALOGÍA Y MAYORÍA DE RAZÓN. ALCANCES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELEC-

TORAL. *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, páginas 346-347.

Tesis S3EL 133/2001. SANCIONES. EN SU DETERMINACIÓN, LAS AGRAVANTES O ATENUANTES DERIVADAS DE UNA CONDUCTA IMPUTABLE A UN PARTIDO POLÍTICO, NO PUEDEN AFECTAR LA ESFERA JURÍDICA DE OTROS SUJETOS O ENTES DISTINTOS A AQUÉL, AUN CUANDO INTEGREN UNA COALICIÓN. *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, páginas 919-920.

Geografía electoral del estado de Aguascalientes

Electoral geography of the Aguascalientes state

Juan Antonio Rodríguez González*

RESUMEN

Todo sistema político está conformado por diversos y complejos subsistemas; entre los subsistemas que lo componen sobresale el subsistema de partidos. Dentro de este sistema de partidos se encuentra inmerso otro componente del sistema político: el sistema electoral. En este trabajo nos dimos a la tarea de localizar un patrón de diferenciación espacial en el sistema electoral del Estado de Aguascalientes. Para tal efecto, se eligieron los procesos electorales para las presidencias municipales en el periodo 1950-2007. A partir del análisis de variables electorales y su relación con variables sociodemográficas.

Haciendo la geografía electoral de los municipios que componen al estado de Aguascalientes, este tipo de estudio es concebido como “una rama de la ciencia política que estudia la distribución territorial de los sufragios (...), bajo el supuesto de que revela pautas sociodemográficas y económicas de distribución de las preferencias electorales” (Emmerich 1993); bajo la hipótesis de que las características sociodemográficas condicionan a las características electorales.

PALABRAS CLAVE: competitividad electoral, nivel social, geografía electoral, método ecológico

* Profesor-investigador de la Universidad de Guanajuato, Campus León.

ABSTRACT

Every political system is made up of diverse and complex subsystems. Among the subsystems that compose it, emerges the party subsystem. Within the party system, another component is immersed in the political system: the electoral system. In this work we took on the task of locating a pattern of spatial differentiation in the electoral system of the State of Aguascalientes. To this end, we chose the electoral process for the municipal presidencies in the period 1950-2007. From the analysis of electoral variables and their relationship to socio-demographic variables.

Making the Electoral Geography of the municipalities that make up the State of Aguascalientes, this type of study is conceived as “a branch of political science that studies the spatial distribution of the votes (...), under the assumption that demographic and economic patterns reveal the distribution of voter preferences” (Emmerich, 1993), under the hypothesis that socio-demographic characteristics, determine the election’s particularities.

KEYWORDS: electoral competitiveness, social level, electoral geography and ecological method.

Introducción

En los estados modernos ningún fenómeno es tan común como el de las elecciones, es decir, la designación de representantes a través del voto del electorado. Asimismo, no hay fenómeno cuya significación real varíe tanto como el de las elecciones.

Dieter Nohlen

En los últimos cuatro lustros, el estudio de las elecciones en México ha retomado una notable importancia, sobre todo para los analistas políticos y demás estudiosos del tema. Las funciones específicas de las elecciones en un sistema democrático dependen de las condiciones sociales, institucionales y políticas del país de referencia (Nohlen 1996). Las investigaciones sobre los procesos electorales se basan en cuatro ejes básicos:

- a) Estructura, ideología, acción y militancia de los partidos políticos.
- b) Marcos legales e institucionales de las elecciones.
- c) Preferencias y motivaciones de los electores.
- d) Distribución territorial y sociodemográfica de los sufragios y la abstención.

Sobre el último de estos ejes enfocaremos nuestro esfuerzo para la realización de la geografía electoral de los municipios del estado de Aguascalientes.

Entendemos por geografía electoral a una rama de la ciencia política “que estudia la distribución territorial de los sufragios... bajo el supuesto de que dicha distribución esconde y a la vez revela pautas sociodemográficas y económicas de distribución de las preferencias electorales” (Emmerich 1993). Para ello, utiliza lo que el propio Emmerich (1993) denomina método

ecológico o método de la geografía electoral, que tiene como finalidad relacionar cuantitativa o cualitativamente la conducta electoral con características sociodemográficas, bajo la hipótesis de que las características sociodemográficas condicionan a las características electorales. El método ecológico comienza por realzar los resultados electorales, generalmente a lo largo de un periodo dado de tiempo –y no sólo de una elección en particular–, en zonas delimitadas en términos jurisdiccionales o administrativos.

Se busca relacionar los resultados electorales con los perfiles sociodemográficos del área en cuestión, manejando el mencionado supuesto de que los segundos determinan a los primeros. Nuestra intención no es establecer tal relación determinista o de causalidad, pues sabemos de las limitantes que implica el manejo de datos electorales, ya que la única forma de recopilarlos en forma individual es a través de las boletas electorales, pero en estos instrumentos de recolección de información no se obtiene ningún referente de las características sociodemográficas del votante. Es debido a lo anterior que partiremos de un nivel de análisis descriptivo, para después establecer el grado de relación que observan las variables electorales y las sociodemográficas. En primera instancia se analizará el sistema de partidos, para lo cual se debe medir la fuerza electoral de los partidos políticos que contienden en las elecciones, y con base en los resultados, se evaluará la competitividad que presenta el sistema. Esto se intentará a través del índice del número de partidos propuesto por Douglas Rae.

Es la competencia lo que hace al sistema algo más que una simple suma de partidos, “ese ‘algo más’ es la lucha democrática por el derecho a gobernar” (Valdés 1993). Al tipificar las elecciones según el grado de competitividad que permiten, podemos extraer conclusiones acerca de la estructura de un sistema político partiendo de las elecciones. “A grandes rasgos podemos establecer: a) elecciones competitivas (sistemas democráticos); b) elecciones semicompetitivas (sistemas autoritarios) y c) elecciones no competitivas (sistemas totalitarios)” (Nolhen 1996). En nuestros días, el fenómeno de la competitividad electoral comienza a aparecer como una realidad:

... las elecciones competitivas, en las democracias occidentales, se efectúan siguiendo diferentes principios (procedimientos) formalizados. La garantía de esos principios constituye el presupuesto esencial para que se reconozcan las decisiones sobre personas postulantes y contenidos políticos a través de las elecciones, que son vinculantes para el electorado, por parte de los propios electores. (Nohlen 1996).

La presente investigación evaluará la competitividad del sistema de partidos de los municipios del estado de Aguascalientes, a partir de la exploración de los procesos electorales para las presidencias municipales efectuados en el periodo comprendido entre 1950 y 2007. Posteriormente, se pretende hacer geografía electoral homologando los resultados electorales con los sociodemográficos de los municipios (que se obtendrán de los ejercicios censales VII, VIII, IX, X, XI y XII levantados de 1950 a 2000). Para hacer posible la medición de las características sociodemográficas de los municipios en la temporalidad establecida nos daremos a la tarea de la elaboración de un índice de nivel social (INS), que abordará sólo algunos indicadores censales que tengan la continuidad a través de la delimitación temporal y espacial establecida (procesos electorales para las presidencias municipales, comprendidos entre 1950 y 2007). Posteriormente se intentará establecer el grado de relación de los resultados arrojados por ambos índices.

La medición de las variables sociodemográficas en la geografía electoral

Existe un serio conflicto entre los estudiosos de la geografía electoral con respecto a las variables socioeconómicas al tratar de definir qué se entiende por desarrollo, bienestar humano, bienestar social, calidad de vida, etcétera. Se ha intentado la combinación de los más diversos indicadores a través de índices compuestos, que faciliten o permitan su medición. Pero además de estos problemas conceptuales existe carencia de datos, datos incompletos o no disponibles, así como “tensiones políticas nacionales e internacionales que han contribuido también a las dificultades para la recopilación de datos,

como también las preocupaciones, no completamente irracionales, de los gobiernos respecto al mal uso potencial que se pueda dar a esta información sobre bienestar social, políticamente sensible” (Sánchez 2000). La anterior problemática nos llevó a una exhaustiva discriminación de datos censales, hasta localizar las variables e indicadores pertinentes para la elaboración de un INS. Para los fines de la creación de dicho índice, se retomaron sólo algunos indicadores de los propuestos por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y otros organismos internacionales especializados —cobertura de servicios, características de vivienda, variables educativas, económicas y poblacionales—.

Dicho lo anterior, se denominará de nivel social, ya que sólo pretende observar algunos aspectos sociales y económicos del desarrollo. El conjunto de variables sociodemográficas intentaría ayudar a explicar la relación entre la participación electoral y el contexto social en que se desarrollan los individuos; asimismo, permite analizar la influencia de los grupos sociales en el desarrollo de las preferencias electorales. Según Bahena, “las variables sociodemográficas más estudiadas en la geografía electoral son: nivel de ingresos, edad, sexo, lugar de residencia, educación y ocupación” (Bahena 1999), algunas de las cuales pretendemos abarcar en nuestro INS.

Descripción de los indicadores que cumplen con las delimitaciones del índice de nivel social

- Población de cada municipio.
- Población urbana.
- Cobertura de servicios (luz, agua y drenaje).
- Tipo de combustible que utilizan para cocinar.
- Alfabetización.
- Población de 12 años y más con instrucción media básica.
- Tenencia de vivienda.

- Características de la vivienda (piso, techo y paredes).
- PEA ocupada mujeres.
- PEA por sector.
- Razón de dependencia.

Población de cada municipio: En lo que se refiere a la importancia de la proporción de población que representa cada municipio, se consideró para establecer la relación entre este indicador y la proporción de votos emitidos en el municipio en cuestión, así como una posible tendencia histórica en la preferencia por algún partido.

Población urbana: Numerosos estudios han encontrado que existen comportamientos políticos diversos entre los habitantes rurales y los urbanos. Para Conway (1986) los primeros tienen orientaciones políticas más conservadoras como producto de su arraigo a su lugar de origen, la vinculación con su comunidad y sus menores necesidades de servicios públicos. Así, a la población urbana se le consideraría más dinámica y participativa, siendo proclive a movimientos políticos radicales. Según la clasificación de Luis Unikel (1950), entendemos por población urbana la que habita en localidades con más de 2,500 habitantes.

Cobertura de servicios: Aquí se consideran la prestación de tres servicios básicos a la población: agua, luz y drenaje —cabe hacer mención que para el censo de 1950, sólo se cuenta con la información referente a la cobertura de agua, la del drenaje aparece hasta el censo de 1960, y la de luz, hasta el ejercicio censal de 1980—.

En lo que concierne a la ponderación del componente de servicios en el INS, el indicador al que mayor valor se le dio fue el agua, por referencias teóricas encontradas en la elaboración de índices de desarrollo de carácter internacional. A este indicador se le considera como uno de los más trascendentales del INS, ya que según las propuestas de campaña de los diversos contendientes a las presidencias municipales analizadas, aparece en forma por demás recurrente —junto con algunos de salud, educación y

empleo—. De igual manera, es uno de los indicadores que con mayor frecuencia han sido mencionados por la población en los diversos acercamientos con los candidatos.

Tipo de combustible que utilizan para cocinar: Este indicador pareció importante retomarlo, ya que, según la ONU (en el Congreso sobre Indicadores de Bienestar, en Buenos Aires, Argentina, septiembre de 2001), es uno de los 49 indicadores de bienestar social con mayores posibilidades de ser medido y comparado.

Población alfabeta: Se considera como alfabetas a las personas que manifestaron saber leer y escribir. A este indicador se le dio un mayor peso (junto con el agua —el más alto— y los pisos de cemento) en la ponderación del INS.

La tesis clásica entre educación y participación electoral es positiva; es decir, que a mayor nivel educativo mayor participación electoral. La explicación de tal relación, se basa en la consideración de que la educación brinda al individuo conocimientos sobre el funcionamiento de la sociedad y por lo tanto de la política, permite la adquisición y desarrollo de capacidades y habilidades que facilitan la comprensión de la actividad política: lectura, análisis, disertación, etc. (Conway 1986).

Población de 12 años y más, con educación media básica: Este indicador se integró debido a que el hecho de que una persona tenga bajo índice de analfabetismo no siempre indica que el grado de escolaridad de los habitantes del municipio sea elevado; por lo tanto se consideró la creación de un indicador compuesto que evidenciara lo anterior. Así, se extrajo de la población total de municipio la perteneciente al grupo de edad de 12 años y más; a esta última se le extrajo la proporción de la población con educación media básica. La relación con la participación política es similar a la de los alfabetos, sólo que se considera más específica,

ya que se espera mayor participación política en personas con un mayor grado académico.

Tenencia de la vivienda: El ser dueño de un bien raíz —independientemente de las características de éste— proporciona una tranquilidad que contribuye a mejorar la calidad de vida de los individuos. Su pertinencia es importante, ya que representa uno de los principales atractivos en las promesas de campaña de los candidatos.

Características de la vivienda: Se refiere a características físicas, tales como materiales de muros, pisos y techos, siendo evidente que entre más durables resulten ser, más ayudarán a elevar la calidad de vida de sus habitantes, bajo la premisa de evitar enfermedades contraídas por los pisos de tierra. Otro programa es la entrega de materiales de construcción.

Población económicamente activa por sector: La ocupación define el estatus social general del individuo; así, la ocupación puede ser el origen de prestigio social, ya sea por el papel que desempeña o por el monto de los ingresos que percibe. “La ocupación puede determinar el grado en el que el individuo se vincula a aspectos como el poder político, el desarrollo tecnológico, la comunidad, el nivel educativo, la capacitación, etcétera” (Conway 1986).

Población económicamente activa ocupada femenina: La proporción de la población económicamente activa ocupada femenina apareció como importante en el INS, ya que conforme se ha ido incluyendo la mujer en el sector productivo, ha significado un mayor contacto con un entorno diferente al vecindario o el hogar, y un mayor conocimiento de procesos en las decisiones políticas.

Razón de dependencia: Con esta medición conocemos cuántos dependientes existen por cada habitante con posibilidades de trabajar. Al igual que los otros indicadores, éste se consideró pertinente, ya que entre menor sea el número de dependientes en cada hogar, mejor debería de ser su situación económica, y, por ende, mejor su calidad de vida.

Clasificación del sistema de partidos

Los enfoques específicos de la teoría democrática determinan las funciones principales de las elecciones competitivas, que pueden ser interpretadas como instrumentos para expresar la confianza del electorado en los candidatos electos, constituir cuerpos representativos funcionales y controlar el gobierno. Según Nohlen, “los sistemas de partidos se analizan según su estructura, considerando características tales como el número de partidos, su tamaño, fuerza política, posición y la constelación estratégica que forman entre ellos” (Nohlen 1994). Así, para García, una de las preocupaciones básicas de los teóricos es la distinción y clasificación del sistema de partidos, puesto que no todos los partidos cuentan igual dentro de un sistema, por lo tanto, tienen fuerzas diferentes (García 1999).

Uno de los pioneros en abordar el estudio de la competencia en los sistemas de partidos fue Duverger, quien los clasifica según el formato numérico; es decir, toma en consideración el número de partidos que contienen en las elecciones y clasifica al sistema de la siguiente manera: monopartidista (cuando existe un solo partido); bipartidista (cuando contienen dos partidos), etcétera. Sartori construye una clasificación del sistema de partidos aún más elaborada, de acuerdo con un criterio numérico basado en la fuerza electoral de los partidos (votos que logra obtener o competitividad); según el anterior criterio, “el número de partidos indica inmediatamente, aunque sólo sea de modo aproximado, una característica importante del sistema político: la medida en que el poder político está fragmentado, disperso o concentrado” (Sartori 1982).

Así, según el criterio numérico, la clasificación de Sartori se presentaría de la siguiente manera:

1. **Partido Único:** donde el poder político lo monopoliza un solo partido, en el sentido preciso de que no se permite la existencia de ningún otro partido.

2. **Partido Hegemónico:** un partido “cuenta más” que todos los demás, pero de dos formas muy diferentes. Por un lado, el partido hegemónico que permite la existencia de otros partidos únicamente como “satélites”, o, en todo caso, como partidos subordinados; esto es, no se puede desafiar la hegemonía del partido en el poder. No se permite una competencia oficial del poder, ni una competencia de facto; se permite la existencia de otros partidos, pero como partidos secundarios, autorizados; no se les permite competir con el partido hegemónico en términos antagónicos y en igualdad.
3. **Partido Predominante:** se presenta como una configuración en el poder, en la que un partido gobierna solo, sin estar sujeto a la alternación de hecho, siempre que continúe obteniendo electoralmente una mayoría absoluta. Los partidos políticos deben ser antagonistas verdaderamente, independientes del partido principal.
4. **Bipartidista:** Existe un formato bipartidista siempre que la existencia de terceros partidos no impida que los partidos principales gobiernen solos, cuando las coaliciones resultan innecesarias.
5. **Pluralismo Limitado o Moderado:** Está enmarcado en una frontera, por los sistemas bipartidistas y, en la otra, por el pluralismo extremo y polarizado. La clase abarca básicamente de tres a cinco partidos importantes; por eso se trata de un pluralismo limitado. La principal característica es el gobierno de coalición. En general, este tipo de sistema se caracteriza por una distancia ideológica relativamente pequeña entre sus partidos importantes.
6. **Pluralismo Extremo o Polarizado:** el sistema se caracteriza por la presencia de partidos antisistema (aquellos que socavan la legitimidad de un régimen) y la existencia de oposiciones mutuamente excluyentes. Otra característica radica en una pauta política de superofertas o promesas excesivas.
7. **De Atomización:** Sistema atomizado de partidos.

Así como Sartori pretende establecer una clasificación del sistema de partidos, Molinar Horcasitas intenta adoptar un criterio que mida el número de partidos en un sistema de partidos, según su peso real en las preferencias electorales de la ciudadanía. Molinar revisa y critica

los índices de HH (Herfindahl y Hirschman, de 1950), cuyo propósito era medir el nivel de concentración en un sistema electoral; asimismo revisa el de Laakso y Taagepera (de 1979), quienes propusieron el número efectivo de partidos (N), el cual suponía una reformulación del HH. Posteriormente, Kesselman y Widgen aplicaron el índice de hiperfraccionalización que pretende medir especialmente el peso de los partidos minoritarios en un sistema (Molinar 1993).

Molinar llega a la conclusión de que ambos índices (HH y N), al intentar medir el grado de concentración en un sistema de partidos, sobreevalúan su peso, en el primer caso, al partido ganador y en el segundo, a los partidos minoritarios.

Los datos y las fuentes en el método ecológico

Para determinar la metodología a utilizar en la geografía electoral, tanto en la creación del INS, como en la competitividad electoral, debemos partir del tipo de datos que es pertinente y posible utilizar. Así, tenemos que son dos los tipos de datos con los cuales se pueden aplicar los procedimientos de análisis de la geografía electoral: los datos agrupados y los datos individuales.

Los primeros son las cifras de los resultados electorales oficiales, ya sea en el ámbito nacional, estatal, sectorial, distrital u otro, como es el caso, municipal; así como los datos que proporcionan información sobre características sociodemográficas o económicas de la población, derivadas éstas de documentos oficiales o de investigaciones académicas.

Según Bahena (1999), los principales datos agregados y sus fuentes son:

Datos electorales:

- a) Resultados electorales de diferentes tipos de comicios (federal, estatal, municipal, distrital o seccional).
- b) Cifras del padrón electoral y lista nominal a nivel federal, estatal, municipal, distrital (local o federal) y por sección.
- c) Cartografía electoral de la composición electoral de los distritos federales o locales y municipios.

Datos sociodemográficos: la principal fuente son los datos provenientes de los censos y conteos de población y vivienda, así como de los censos económicos que realiza el INEGI. Diversas dependencias públicas proporcionan información de los diferentes sectores económicos y ramas públicas (salud, educación, situación laboral, entre otras). Algunos organismos internacionales generan datos de relevancia, como el FMI, Banco Mundial, PNUD y la CEPAL, entre otros; sin embargo, por lo regular la información es general y no se desglosa por estados y municipios (Bahena 1999).

Lógica del método ecológico

De acuerdo con Emmerich (1993), la lógica del método de la geografía electoral se puede expresar de la siguiente manera:

$$x_1^i, \dots, x_n^i \Rightarrow y^i$$

donde $x_1^i, \dots, x_n^i$ son las diversas características sociodemográficas de las i regiones objeto de análisis, que se consideran variables independientes, y la y es la conducta electoral registrada en dichas regiones, considerada como variable dependiente. La lógica de la fórmula del método de la geografía electoral indica una medida de asociación o correlación, que debe elegirse con base en el nivel de medición de las variables y respecto de la explicación o predicción que se busca; es decir,

si se trata de explicar una variable dependiente, debe seleccionarse una medida asimétrica; si se indaga solamente la covarianza entre dos variables, se elegirá una medida simétrica.

Así, si se utiliza una medida de bajo nivel de medición de datos definidos a un nivel más alto, se perderá información apreciable, mientras que si se hace lo contrario... cometemos un error estadístico (García 1989).

Para los fines del presente proyecto se utilizó el coeficiente de correlación r de Pearson, para establecer el grado de relación entre variables. No se pretende alcanzar el nivel explicativo en dicha relación, dadas las limitantes en la recolección de información empírica electoral (a través de una boleta que contempla solamente las siglas o signo del partido), no se podría establecer una relación causal a nivel individual (Emmerich 1993).

Los conjuntos sociales están más o menos establecidos en territorios; así, según Duverger (1983), “la ecología, es la ciencia de las relaciones entre los hombres y su medio ambiente geográfico. Estas relaciones pueden ser consideradas en diversos campos. Hay una ecología biológica, una ecología psicológica y una ecología social”. Finalmente, el fenómeno ecológico más importante en política parece estar constituido por las desigualdades de las condiciones geográficas del desarrollo económico y social.

Nota técnica del índice de nivel social

El índice de nivel social es un índice compuesto que mide los logros relativos de las dimensiones básicas del bienestar social, bajo ciertas limitantes en la selección de sus indicadores. Su valor oscila entre 0 y 1; cuanto más cerca se esté del 1, mayor será el nivel social alcanzado. El INS se calcula como la sumatoria de cuatro dimensiones (vivienda, poblacional, económica y educativa), multiplicadas éstas por su ponderación correspondiente en cada caso. De acuerdo con patrones internacionales y a la observación empírica (siguiendo la técnica de Cornelius y Hedges: máximo y mínimo

histórico observados en el estado), se han definido los valores mínimos y máximos que pueden alcanzar cada uno de los indicadores. Esto permitió estandarizar la información y calcular el logro relativo de cada indicador, que oscila entre 0 y 1, mediante la siguiente fórmula:

$$\text{Logro relativo de indicadores} = \frac{x_i \text{ efectivo} - x_i \text{ mínimo}}{x_i \text{ máximo} - x_i \text{ mínimo}}$$

donde x_i es el valor de un indicador, obtenido en el año y municipio establecido.

Ponderación del índice de nivel social. Para establecer la ponderación de los componentes y dimensiones del INS, se recurre tanto a aspectos teóricos, como a referentes empíricos. En lo que se refiere a las orientaciones teóricas, y según lo sugerido por Silva, se parte de la selección de un indicador de partida —por ejemplo en la dimensión vivienda, o en la cobertura de servicios—, que tendrá un valor superior a los otros que compongan la dimensión (Silva 2001). Para cada indicador trazador se calculó con anterioridad el logro relativo en cada uno de los municipios y, posteriormente, estos resultados se utilizan para la ponderación adecuada en cada una de las dimensiones.

Así, el INS aplica una lógica muy similar a la propuesta de Emmerich en el método de la geografía electoral, y se puede expresar de la siguiente manera: sea un índice I integrado por n Dimensiones ($D_1, D_2, \dots, D_n$), cada uno con sus ponderaciones ($W_1, W_2, \dots, W_n$). El cálculo del INS viene dado bajo la siguiente fórmula:

$$INS = W_1 D_1 + W_2 D_2 + \dots + W_n D_n$$

Donde:

W = Valor asignado a la ponderación de la Dimensión i .

D = Valor efectivo de la Dimensión i .

Siendo:

$$D = W_1 C_1 + W_2 C_2 + \dots + W_n C_n$$

Donde:

W = Valor asignado a la ponderación del componente i.

C = Valor efectivo del componente i.

Asimismo, cada componente está conformado por las proporciones ponderadas del indicador i previamente estandarizadas.

Criterios:

- Cada dimensión tiene un peso proporcional al número de indicadores que la integran.
- La suma de las ponderaciones es igual a 1.

Estratificación del índice de nivel social. Después de correr el INS, se procedió a establecer una estratificación de los resultados obtenidos. Así, se consideraron los valores mínimo y el máximo históricos según la temporalidad dispuesta (1950-2000), adoptando la siguiente lógica:

$$E = \frac{Mh - mh}{N}$$

Donde:

Mh: Máximo histórico.

$$NP = 1 + N \left(\frac{\frac{n}{\sum_{i=1}^n P_i^2} - P_i^2}{\frac{n}{\sum_{i=1}^n P_i^2}} \right)$$

Mh: mínimo histórico.

N: número de estratos.

Estableciéndose 5 estratos para el INS: muy bajo (MB), bajo (B), medio (M), alto (A) y muy alto (MA)

Nota técnica del índice de número de partidos

Molinar (1993) llega a la conclusión de que los índices (HH y N), al intentar medir el grado de concentración en un sistema de partidos sobrevaloran su peso; en el primer caso, al partido ganador y en el segundo, a los partidos minoritarios. De ahí que, siguiendo los planteamientos de Sartori, propone un nuevo índice de número de partidos (INP), bajo la siguiente fórmula:

índice de número de partidos

$$\text{Donde: } N = \frac{n}{\sum_{i=1}^n P_i^2}$$

Siendo P_i^2 la proporción de votos del partido ganador al cuadrado.

Este índice evita los problemas de sobrevaloración de partidos grandes y sensibilidad excesiva a los pequeños. En ese sentido, el índice NP cuenta al partido ganador de manera diferente del resto, cuenta al partido como uno y las fracciones son la contribución de los partidos minoritarios.

Verbigracia, si en un sistema un partido obtiene casi el 100% de los votos, el índice NP arroja un valor igual a 1; en otro donde compiten dos partidos y los resultados obtenidos son proporciones más o menos iguales para cada partido, el índice NP sería igual a 2; si tres partidos obtienen cada uno aproximadamente el 33% de la votación, el formato del número de partidos será 3. Las fracciones que resulten en el índice muestran niveles de competitividad asociados con distintos grados de presencia regional de los partidos. De esta manera, un índice de 1.5 señala siempre al partido ganador (en este caso el 1) y la fracción, la existencia de uno o más partidos de oposición con ciertas posibilidades de triunfo. En todos los casos siempre es importante tomar en cuenta la distancia entre el partido ganador y el segundo con más votos.

Para conocer el formato del número de partidos en un sistema, Molinar (1993) establece los siguientes criterios:

1. Multipartidista al distrito que cumpla una de las dos siguientes condiciones: a) que su índice NP sea superior a 2.5; ó, b) que su índice NP sea mayor de 2.0 si la suma de los votos de los dos partidos mayores es menor a 80%.
2. Bipartidista al distrito que cumpla con una de las dos siguientes condiciones: a) que su índice NP esté entre 1.75 y 2.0 si la diferencia de votos entre el primer partido y el segundo es menor a 20 puntos porcentuales; ó b) que su índice NP esté entre 2.0 y 2.5 si la suma de votos de los dos mayores partidos es menor a 80%.
3. Partido y medio aquel que cumple alguna de las dos siguientes condiciones: a) índices NP con valores entre 1.3 y 1.75, y diferencia de votos entre el primero y el segundo partidos menor a 20 puntos porcentuales; o b) índices NP entre 1.75 y 2.0 pero con diferencia de votos entre el primero y el segundo partidos de más de 20 puntos porcentuales.
4. Partido dominante en el cual el índice NP varía entre 1.3 y 1.75, con diferencia de votos entre el primero y el segundo partidos de más de 20 puntos porcentuales.
5. Partido muy dominante aquel distrito cuyo índice NP es menor a 1.3.

Es a partir de estas propuestas de medición que estableceremos la competitividad electoral y el nivel social de cada uno de los municipios del estado de Aguascalientes, según la temporalidad establecida.

A partir del análisis, se observa el grado de relación entre los resultados de los dos índices (NS y NP) para todos los municipios en todo el periodo de estudio, presentándose un coeficiente de correlación $r=0.58$. Lo anterior nos indica una correlación positiva media entre las puntuaciones obtenidas de la aplicación de los dos índices, para los municipios que componen el

estado de Aguascalientes, en los años de elección para las presidencias municipales comprendidas en el periodo de 1950 a 2007.

Consideraciones finales

A través de la historia electoral del Estado de Aguascalientes, poca o nula ha sido la competitividad electoral. A partir del análisis del índice de número de partidos, se observa una nula fraccionalización partidista en los municipios de Aguascalientes, Jesús María y El Llano. Según la clasificación de Molinar, la competitividad en estos municipios es de un **Partido Muy Dominante**; misma que comienza a aparecer en forma incipiente hasta las elecciones de 1983, pero disminuye hasta volver a elevarse en las elecciones de 1995, 1998 y 2001, pero sin pasar de la categoría ya mencionada. En los casos expuestos no se comprueba la hipótesis propuesta por la geografía electoral, ya que no parece haber una relación tan importante como la surgida en el coeficiente de correlación entre el nivel social de los municipios en cuestión, con su competitividad electoral.

Se puede observar cómo el voto cautivo de los partidos realmente contendientes no ha podido asegurar la estancia en el poder de su partido en la mayoría de los municipios en disputa por más de un periodo, dándose la alternancia a partir de 1995 en estos municipios (PRI a PAN y viceversa).

El caso más paradójico es el del municipio capital, ya que en las últimas tres elecciones se ha podido observar cómo el voto de los indecisos pasa de favorecer a un partido en una elección para, en el siguiente proceso electoral, darle la espalda al partido en el poder, y fijar sus preferencias por el otro real competidor, en lo que algunos analistas políticos denominan voto de castigo; pues presumen que el partido ganador no ha podido cumplir con las expectativas puestas en él por la sociedad.

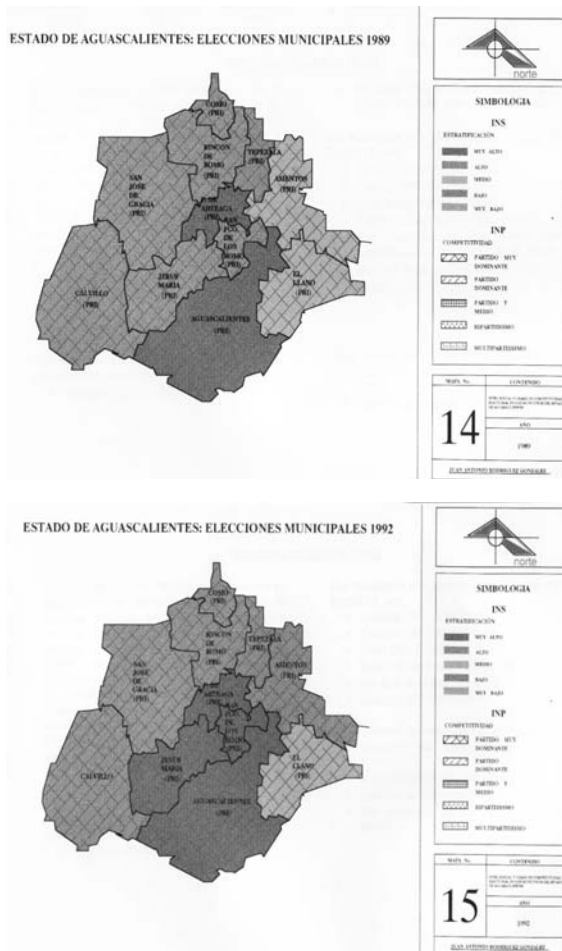
El municipio de Cosío pertenece al corredor industrial del estado (donde están ubicados los municipios con un mayor nivel social); pese a esto, no manifiesta características similares en su nivel social a los demás municipios que conforman dicho corredor (es el único que ha manifestado, en

más de una elección, multipartidismo). En Rincón de Romos se cumple la hipótesis planteada, ya que exhibe poca competitividad electoral (Partido Dominante), y es de los municipios con un menor nivel social. Pabellón de Arteaga y Calvillo ostentan un sistema de partidos denominado de Partido y Medio, pero con un nivel social diferente en cada caso, lo cual nos indica que tampoco se cumple con el precepto teórico de la geografía electoral.

Otro municipio con menor nivel social al promedio es Tepezalá, que también presenta características interesantes en la competencia partidista por el poder, se manifiesta Bipartidista. Caso contrario de San Francisco de los Romo, municipio Bipartidista, pero con uno de los niveles sociales más altos del estado; tampoco se comprueba la hipótesis en ambos municipios. Solamente en los municipios de Cosío y San José de Gracia se ha logrado el ideal competitivo, el Multipartidismo; pese a ser de los municipios con menor nivel social en la entidad, lo cual no permite hacer válida la hipótesis teórica. A partir de la aplicación del índice de nivel social pudimos darnos una idea de cómo ha sido su comportamiento en cada uno de los municipios, teniendo, en la gran mayoría de los casos, una conducta muy homogénea hacia el ascenso hasta 1992 y un marcado descenso a partir de 2001.

El patrón seguido de un mayor nivel social para los municipios pertenecientes al corredor industrial en el estado de Aguascalientes, no mantiene similares características para las variables electorales. Estos municipios no son los más competitivos. Esto es, que a pesar de manifestarse una importante correlación positiva en la aplicación del coeficiente r de Pearson para los municipios (a mayor nivel social del municipio, mayor será la competitividad electoral), esta relación no es directa; ya que, de serlo, municipios como Aguascalientes y Jesús María (los de mayor nivel social) serían los más competitivos, pero paradójicamente, se manifestaron con la menor competencia partidista. Asimismo, municipios como Asientos y San José de Gracia deberían de ser los menos competitivos electoralmente, y no es así, ya que a través de varios procesos electorales se han caracterizado como los procesos más competidos. A partir del análisis desarrollado en la aplicación de los índices NP y NS, se elaboró una

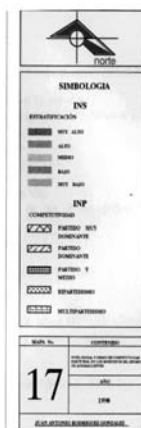
regionalización de los municipios que presentaron características homogéneas en lo referente a los resultados de dichos índices. Esto es, características similares en cuanto su nivel social, y la competitividad electoral en su sistema de partidos. La única constante que observamos es la volatilidad en las preferencias del electorado. El votante modifica su preferencia partidista de una elección a otra (ver mapas).¹



¹ El análisis georeferenciado completo, ver Rodríguez González, Juan Antonio (2002) *Geografía Electoral del estado de Aguascalientes, en los procesos electorales para las Presidencias Municipales (1950-2001)*; Tesis de maestría, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México.

Debido a lo mencionado, y a pesar de la importante relación resultante del análisis estadístico, no podemos afirmar que para los municipios del estado de Aguascalientes se cumpla la **Hipótesis de la Geografía Electoral**, donde **las características sociodemográficas condicionan a las características electorales**; específicamente para las elecciones del periodo comprendido de 1950 a 2007. Tal vez se deba a que al electorado ya no le interesan las propuestas de campaña en que los candidatos ofrecen mayor cobertura de servicios, pues comúnmente los municipios se encuentran resguardados con un alto porcentaje al respecto, o será porque las propuestas de campaña en el rubro de mejoras en las características de la vivienda tampoco parecen ser trascendentes en la selección de las futuras autoridades en los procesos electorales (Rodríguez 2007). El análisis es más evidente en los siguientes mapas:

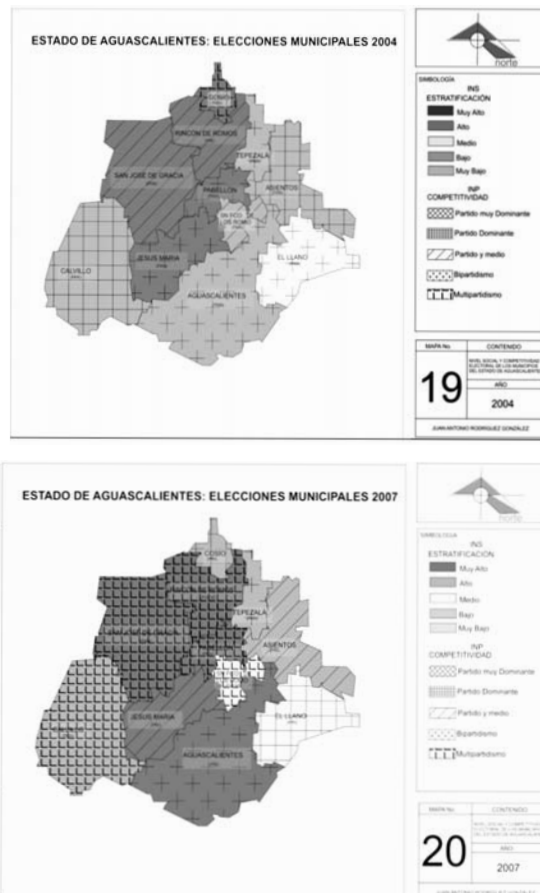
ESTADO DE AGUASCALIENTES: ELECCIONES MUNICIPALES 1998



ESTADO DE AGUASCALIENTES: ELECCIONES MUNICIPALES 2001



Tampoco parecen repercutir en las urnas las propuestas de erradicar el analfabetismo (escaso en el estado), etcétera. Evidentemente, los indicadores del índice del nivel social no son suficientes para establecer la relación deseada. Indudablemente, todo lo que aquí digamos no pasará de ser un mero acercamiento a las motivaciones que los electores consideren al momento de emitir su voto. Posiblemente eso explique en cierta medida lo diversificado de las elecciones dependiendo del municipio (véanse mapas):



Lo que sí podríamos sugerir a partir del análisis realizado, sobre todo para quienes aspiren a ser gobierno, es modificar el apego de las autori-

dades a la creación y aplicación de políticas sociales desde una perspectiva *Top-down* (decisiones tomadas unilateralmente desde la cúpula del poder). En la actualidad, rige una visión *Bottom-up* (decisiones compartidas a propuesta expresa de los afectados), donde se consulte a la ciudadanía sobre sus necesidades. Pero, desgraciadamente, por lo regular a la consulta ciudadana se le utiliza para legitimar lo que indefectiblemente habrá de realizar el gobierno en turno.

Fuentes consultadas

- Bahena, Fernando. 1999. "Geografía Electoral". *Apuntes Electorales*. (enero): 55-73. Publicación bimestral del Instituto Electoral del Estado de México.
- Consejo Estatal Electoral. 1995. *Proceso Electoral Aguascalientes 1995, Estadísticas*. Aguascalientes: Consejo Estatal Electoral.
- . 1998. *Memoria del Proceso Electoral, Aguascalientes 1998 y Anexo Estadístico*. Aguascalientes: Consejo Estatal Electoral.
- Conway, Margaret. 1986. *La Participación Política en los Estados Unidos*. México: Ed. Gernika.
- DANE. Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas de Colombia. 2001. *Necesidades Básicas Insatisfechas*. Colombia. www.col.ops-oms.org/sivigila/mortalidad/2metodo1.htm (consultado en septiembre de 2001).
- Emmerich, Gustavo Ernesto. 1993. Introducción a los estudios de la geografía electoral en México. En *Votos y Mapas. Estudios de la geografía electoral en México*, coord. Gustavo Ernesto Emmerich. México: Universidad Autónoma del Estado de México.
- García, Manuel. 1989. *Socio estadística: Introducción a la estadística en Sociología*. Madrid: Alianza Universidad Textos.
- García, Silvia. 1999. "Métodos para la Competitividad Electoral" en *Apuntes Electorales* (enero): 7-26. Instituto Electoral del Estado de México.
- Gobierno del estado de Aguascalientes. Cita enero-diciembre 1992-1998.

- . *Cifra* (enero-diciembre 1999-2001).
- Instituto Cultural de Aguascalientes. 1992. Elecciones 1992 en Aguascalientes. Aguascalientes: Instituto Cultural de Aguascalientes.
- INEGI (Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática). Anuario Estadístico del Estado de Aguascalientes (1980-2002).
- . VII, VIII, IX, X, XI y XII Censos de Población y Vivienda.
- Molinar, Juan. 1993. "El Tiempo de la Legitimidad" en *Elecciones, Autoritarismo y Democracia en México*. México: Cal y Arena.
- Nohlen, Dieter. 1966. *Sistemas Electorales y Partidos Políticos*. México: Fondo de Cultura Económica-UNAM.
- OCDE. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (1977^a y 1977^b, 1982, 1983 y 1984).
- . Informe Anual (1977-1984). http://www.oecd.org/findDocument/0,3354,en_2649_34489_1_119687_1_2_1,00.html (consultado en enero de 2002)
- ONU. Organización de la Naciones Unidas. Constitución de 1954 y 1999. En Protocolo de la Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado 1954, 14 de mayo de 1954, La Haya, y Segundo Protocolo La Haya, 26 de marzo 1999.
- PNUD. Metodología para el Cálculo de Índices de Desarrollo Humano (Nicaragua, 2000). <http://www.undp.org.ni/dh/nacionales> (consultado en septiembre de 2001).
- . Índice de Desarrollo Humano y Equidad (Cuba, 1999). www.onv.org.cu/uunn/unda (consultado en septiembre de 2001).
- Rodríguez González, Juan Antonio. 2002. Geografía Electoral del estado de Aguascalientes, en los procesos electorales para las Presidencias Municipales (1950-2001). Tesis de maestría, Universidad Autónoma de Aguascalientes, México.
- . 2009. Geografía política de los empresarios. El caso de Aguascalientes. *Revista Espiral*, 45, vol. XV (mayo-agosto): 163-89. México: Universidad de Guadalajara.

- Sánchez, Adolfo. 2000. *Marginación e Ingresos en los Municipios de México*. México: Instituto de Investigaciones Económicas UNAM.
- Sartori, Giovanni. 1982. *Partidos y Sistemas de Partidos*. 2a ed. ampliada. Madrid: Alianza Universidad.
- Silva, Rocío. 2001. "Aguascalientes 2001: Crónica de la Elección". *Tiempo de Aguascalientes* 115 (agosto).
- Valdés, Leonardo. 1993. Los Sistemas Electorales y de Partidos. En *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática* 7. Instituto Electoral del Estado de México.

Elección de rector de las universidades públicas autónomas por ley. El caso Guerrero. ¿Elección impugnabile?

*Election of rector of Public Universities Autonomous. Case
Guerrero. Contested election?*

Fernando Xochihua San Martín*

RESUMEN

La renovación de los gobiernos de elección popular directa es característica de nuestro sistema democrático. En principio, todas las elecciones deben ser libres auténticas y periódicas, las cuales deben ser el resultado del ejercicio del sufragio universal, libre, secreto y directo de los ciudadanos; elecciones organizadas y vigiladas por organismos electorales especializados, cuya función debe regirse por los principios rectores de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, objetividad y equidad. Para garantizar lo anterior, se debe establecer un sistema de medios de impugnación para efecto de que todos los actos y resoluciones de las autoridades se sujeten a los principios de constitucionalidad y de legalidad.

Bajo este sistema, todos los procesos electorales para renovar los poderes de elección popular, así como de los organismos autónomos como la elección de rector de la Universidad Autónoma de Guerrero, deben estar sujetas a los principios de constitucionalidad y legalidad, y sometidas a la jurisdicción de los Tribunales Electorales.

PALABRAS CLAVE: Guerrero, elección de rector, universidades autónomas.

* Magistrado supernumerario del Tribunal Electoral del Estado de Guerrero.

ABSTRACT

The renewal of the Governments of direct popular election is characteristic of our democratic system. In principle, all elections should be free, genuine and periodic. Such, shall be the result of the exercise of universal, secret and free suffrage, directly by citizens; elections organized and supervised by specialized electoral bodies, whose role should be guided by the principles of certainty, legality, independence, impartiality, objectivity and fairness. To ensure this, is necessary to establish a system of legal remedies to the effect that all acts and decisions of the authorities subject to the principles of constitutionality and legality.

Under this system, all elections to renew the powers of elected and autonomous bodies like the election of the rector of the Universidad Autónoma de Guerrero, should be subject to the principles of constitutionality and legality, and subject to jurisdiction of the Electoral Tribunals.

KEYWORDS: Guerrero, election of rector, autonomous university.

Introducción

El proceso democrático de este país debe permear en todas las instituciones, como son la de renovar los gobiernos de elección popular, los cuales deben ser el resultado de una elección democrática, libre, auténtica y periódica, mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo, principios y calidades que se encuentran mandatadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que todos estamos obligados a respetar y hacer cumplir.

Aunado a este mandato constitucional, todas las elecciones en el país se han regulado mediante procedimientos democráticos. Estas reglas se reflejan desde la elección de presidente de la República, diputados y senadores al Congreso de la Unión, hasta la elección de los gobernadores de las entidades federativas, diputados locales y ayuntamientos.

Al ser estos procedimientos de elecciones democráticas la forma más adecuada para elegir a las autoridades, en el país muchos procedimientos de elecciones no constitucionales, pero sí legales, contemplan estas reglas, como son las elecciones de los dirigentes de los partidos políticos, los sindicatos y las universidades públicas; empero, no todas las elecciones legales establecen los principios constitucionales de elección con sufragio universal, libre, secreto y directo, pues algunas son electas mediante convenciones, delegados, o asambleas públicas; sin embargo, lo que interesa en el presente análisis son aquellas elecciones de autoridades regidas bajo el principio del sufragio libre, secreto y directo, toda vez que cuando reúnen estas características, estos procesos electorales resultan ser similares a las elecciones constitucionales; es decir, hay registro de candidatos, campaña electoral, preparación de la elección por una autoridad electoral interna, jornada electoral, y sobre todo, medios de impugnación internos para la solución de conflictos electorales antes y después de los comicios.

Todos estos aspectos hacen que dicha elección sea de interés público, y como consecuencia, considero que el Estado debe intervenir con la

función jurisdiccional para la solución de conflictos electorales como última instancia o instancia externa. Lo curioso de este asunto es que en las elecciones de las dirigencias de los partidos políticos y de los sindicatos, el Estado sí puede intervenir en la solución de conflictos electorales, mientras que en las universidades públicas no es así. Tal es el caso de la elección de rector de la Universidad Autónoma de Guerrero (tema en análisis) y como otras universidades del país que han recurrido a las autoridades jurisdiccionales mediante el juicio de amparo y otros medios legales sin lograr la protección de la justicia.

A continuación estudiaremos la naturaleza jurídica de la Universidad Autónoma de Guerrero, así como la competencia del Tribunal Electoral del Estado de Guerrero y la viabilidad de impugnar una elección universitaria a través del juicio electoral ciudadano.

Naturaleza jurídica de la elección de rector de la Universidad Autónoma de Guerrero

La Universidad Autónoma de Guerrero (UAG) se rige por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guerrero, la Ley de la Universidad Autónoma de Guerrero, expedida por el Congreso del estado, por el Estatuto, el Reglamento y demás disposiciones normativas aprobadas por el Honorable Consejo Universitario de dicha institución.

El artículo 3º, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que las universidades y demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas, realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo, respetando la libertad de cátedra e investigación, de libre examen y discusión de las ideas; asimismo, establece que determinarán sus planes y programas, fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico, y que las relaciones laborales

del personal académico y administrativo se normarán por el apartado A, del artículo 123, de esta Constitución, en los términos y modalidades que establezca la Ley Federal del Trabajo conforme a las características propias de un trabajo especial, de manera que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines de las instituciones a que esta fracción se refiere.

El artículo 47, fracción XVI, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guerrero contempla que el Congreso del Estado tiene la atribución para dictar las leyes necesarias en el ramo de la educación pública que no sean competencia de la Federación. Por otro lado, el artículo 108 de la Constitución en comento dispone que la educación que proporcione el Estado será gratuita y lo puede hacer por sí mismo, por mecanismos de colaboración con la Federación, o bien por conducto de los particulares con capacidad reconocida, mediante la autorización e incorporación al sistema estatal.

De conformidad con los artículos 1, 3, 4, 11, 13, 14, 16, 17, 19 fracciones I, IV, V y VII, artículos 20 y 23 de la Ley de la Universidad Autónoma de Guerrero, número 343, Publicada en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado el día 28 de agosto de 2001 (UAG s. a., 7), la Universidad es una institución pública de educación media y superior, de interés social, con autonomía, personalidad jurídica y patrimonio propio. Tiene autonomía para gobernarse, organizarse, definir sus fines, atribuciones, estructura y funciones académicas, así como fijar los términos de ingreso, promoción y permanencia de sus trabajadores y estudiantes; se constituye como una institución innovadora, moderna, democrática, crítica, propositiva, pertinente, humanista y socialmente comprometida, se rige por los principios de equidad, educación integral y libertad académica, entendida ésta como libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas.

Por otro lado, se establece que el gobierno estatal proveerá a la universidad, con regularidad y oportunidad, de los recursos necesarios para el desempeño de sus actividades, para lo cual la universidad tiene la

obligación moral y legal de aplicar todos sus recursos con probidad, eficiencia y exclusivamente para los fines que les son propios.

La universidad tiene la facultad de autogobernarse a sí misma, la cual cuenta con órganos de gobiernos como son:

- a) El **H. Consejo Universitario**, que es el máximo órgano de gobierno de la institución, siendo sus resoluciones obligatorias para éste y para la comunidad universitaria y no podrán ser revocadas o modificadas sino por el propio Consejo. Está integrado por: el rector, un académico y un estudiante por cada Unidad Académica; el decano del personal académico de la universidad; seis estudiantes designados por la Federación Estudiantil; dos representantes de la administración designados por el rector, y dos representantes de los trabajadores, uno por cada sindicato. Todos estos consejeros duran en su encargo dos años, con excepción del rector.
- b) El **rector y los funcionarios de la administración**: el rector es el funcionario ejecutivo de la Universidad, su representante legal y presidente del Honorable Consejo Universitario. Es **electo democráticamente** mediante un proceso amplio, participativo y transparente de la comunidad universitaria. Dura en su encargo cuatro años.

El H. Consejo Universitario tiene facultades para elaborar, abrogar, derogar, reformar y adicionar el Estatuto, el Reglamento y demás disposiciones relativas a la estructura, organización y funcionamiento de la Universidad; asimismo, tiene facultad para **organizar, desarrollar y calificar** la elección del rector y hacer la declaratoria de rector electo, así como para remover al rector por causa grave, y calificar la elección de directores de unidades académicas y designar a los directores de los colegios en los términos que establezca el Estatuto y el reglamento respectivo.

De conformidad con el artículo 3º, párrafo segundo, del Estatuto de la Universidad Autónoma de Guerrero (UAG s. a., 32), esta institución velará por el respeto irrestricto de su autonomía contra los actos que la lesionen en sus fines, patrimonio, recintos y derechos o en la integridad física, moral e intelectual de los universitarios, ya sea que aquellos provengan de personas ajenas a la institución o de los propios miembros de la comunidad universitaria.

Ahora bien, por cuanto hace a la elección de rector de la Universidad Autónoma de Guerrero, y de un análisis hecho al Estatuto en comento, establece las bases siguientes:

1. Que el rector de la UAG, es el presidente del H. Consejo Universitario, por lo que tiene derecho a voz y voto, pero no tiene voto de calidad, ni derecho a veto.
2. Que para el estudio y dictamen de los asuntos que se sometan al pleno del H. Consejo Universitario, para su aprobación o sanción, este máximo órgano de gobierno cuenta con las siguientes comisiones: a) Legislación Universitaria; b) Honor y justicia; c) Financiera y de patrimonio universitario; d) Grados y Revalidación de estudios; e) Becas y condonaciones de pago; f) **Comisión Electoral**; g) Asuntos académicos; h) Planeación y desarrollo universitario, e i) de Reforma universitaria.
3. Que el Consejo Universitario requiere de mayoría especial para calificar la elección de rector y declararlo electo.
4. Que la comunidad universitaria en pleno uso de sus derechos, elige al rector de la UAG cada cuatro años, por mayoría relativa, mediante el voto **universal, directo, secreto, libre y sin coacción de ninguna especie**.
5. Que la Comisión Electoral del H. Consejo Universitario se encarga de organizar, desarrollar y vigilar el proceso de elección de rector, la cual actuará en forma independiente, autónoma y con presupuesto propio para el desempeño de sus funciones.

6. Que la Comisión Electoral emite en la primera semana de enero la convocatoria respectiva, señalando un sólo día y horario para el registro de aspirantes.
7. Que una vez aprobada la convocatoria para este proceso electoral, el Consejo Universitario debe declarar instalada la **Comisión de Garantías y de Vigilancia**, misma que se integrará por: la Comisión de Legislación Universitaria y la Comisión de Honor y Justicia, **quien conocerá de las impugnaciones que la Comisión Electoral no haya resuelto durante el proceso de elección de rector.**
8. Que la Comisión Electoral, con el objeto de garantizar la legalidad, transparencia e imparcialidad, debe elaborar y turnar el dictamen del proceso de elección de rector a la Secretaría del H. Consejo Universitario, dentro de los ocho días naturales siguientes a las votaciones, para su respectiva calificación.
9. Que la Comisión Electoral tiene la facultad de nombrar auxiliares electorales, con el fin de que colaboren en la jornada electoral.
10. Que el periodo de campaña debe ser de 30 días hábiles, tiempo durante el cual los candidatos, a través de la Comisión Electoral, darán a conocer a la Comunidad Universitaria su programa de trabajo, estrategias y políticas que aplicarán en caso de resultar electo(a); asimismo, se establece la prohibición de todo acto de campaña abierta como pintas, carteles y saloneo (sic), previos a la publicación de la convocatoria.
11. Que la Comisión Electoral definirá el tope de gastos de campaña, quedando estrictamente prohibido la promoción de categorías, el uso del patrimonio universitario o coacciones de todo tipo, de parte de funcionarios, trabajadores y estudiantes, que tengan como fin una labor proselitista.
12. Que la elección de rector se debe llevar a cabo en la segunda semana de marzo del año de la elección.

13. Que a los siete días hábiles siguientes a las elecciones, el Consejo Universitario sesionará de manera especial para calificar el proceso electoral.
14. Que en caso de empate numérico en las elecciones para rector, el pleno del H. Consejo Universitario designará rector encargado y convocará a nuevas elecciones.
15. Que el rector electo tomará protesta y posesión del cargo en sesión solemne del Honorable Consejo Universitario, el mismo día en que el rector en funciones termine su mandato legal.

Además de las disposiciones que establece la Ley de la Universidad y el Estatuto sobre el proceso de elección de rector de la máxima casa de estudios, existe un Reglamento Electoral,¹ el cual regula de forma específica sobre los requisitos de elegibilidad, las atribuciones de la Comisión Electoral, el procedimiento para la formación del padrón electoral, la regulación de las campañas electorales, el procedimiento para la integración de las mesas directivas de casilla, del material electoral, de la jornada electoral, de los resultados electorales, y lo más importante, el sistema de medios de impugnación y de las nulidades.

Por cuanto hace al sistema de medios de impugnación que establece el Reglamento Electoral de la Universidad Autónoma de Guerrero, se desprende lo siguiente:

1. Que los medios de impugnación pueden interponerse por los miembros de la comunidad universitaria a partir de la publicación de la convocatoria hasta el dictamen del proceso electoral, teniendo como objetivo la revisión de las irregularidades respecto de violaciones a los derechos político-electorales.
2. Que los órganos encargados de conocer y resolver los recursos

¹ Aprobado en la sesión del H. Consejo Universitario del día 18 de marzo de 2004 y publicado en la Gaceta Universitaria del mes de abril del mismo año.

- previstos son: la Comisión Electoral y la Comisión de Garantías y Vigilancia, en el ámbito de sus respectivas competencias, cuyas atribuciones se regirán por los principios de certeza, legalidad, equidad, independencia, imparcialidad y objetividad.
3. Que los medios de impugnación son: el **recurso de inconformidad**, el cual procede contra actos, omisiones y resoluciones de la Comisión Electoral que se consideren violatorios de derechos político-electorales en la etapa de la preparación de la elección; asimismo, se contempla el **recurso de revisión**, el cual procede contra los resultados consignados en las actas de escrutinio y cómputo de las casillas, en la etapa de resultados de la elección y para invocar la nulidad de las votaciones en una o más casillas.
 4. Que el plazo para interponer los recursos es de 48 horas a partir de que sucedieron los hechos, considerándose como hábiles todos los días del proceso electoral, y que la resolución que recaiga a los recursos deberá emitirse en un plazo de 72 horas a partir de que se interponga.
 5. Que los recursos se tramitarán ante la Comisión Electoral y en caso de que ésta no resuelva el recurso interpuesto en el plazo legal de las 48 horas o la resolución dictada no fuere conforme a derecho, el quejoso podrá presentar los agravios de su recurso dentro de las 24 horas siguientes ante la Comisión de Garantías y Vigilancia, a efecto de que ésta emita su dictamen sobre la controversia suscitada.

Como se puede verificar, el desarrollo de la elección de rector de la Universidad, así como sus medios de impugnación, tiene similitud respecto a las reglas establecidas para la elección de los integrantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado, cuya elección se realiza mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo.

Es importante señalar que en dicha elección no todos los que votan son ciudadanos, pues hay miembros de la comunidad universitaria de ni-

vel medio superior que tienen como mínimo 15 años de edad, sin embargo, considerar que una elección en la que participan menores de 18 años no puede ser objeto de tutela judicial electoral nos podría llevar a una argumentación carente de fundamento, pues las leyes y los reglamentos de la UAG establecen las calidades por las que sus miembros pueden votar y ser votados, caso similar que se da con las elecciones de los sindicatos y las elecciones internas de los partidos políticos, específicamente del Partido de la Revolución Democrática, que en su estatuto contempla la posibilidad de votar a los menores de 18 y mayores de 15 años que cuenten con credencial del partido y aparezcan en la lista nominal del mismo (EPRD, artículos 3:1; 4 y 13.1).

*Naturaleza jurídica y competencia
del Tribunal
Electoral del Estado de Guerrero*

De conformidad con el artículo 25 (de los párrafos 25 al 36) de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guerrero, artículos 1, 2, 3 y 4, de la Ley Orgánica del Tribunal Electoral del Estado de Guerrero, número 145, el Tribunal Electoral del Estado, es un **órgano autónomo en su funcionamiento e independiente en sus decisiones, con carácter permanente, personalidad jurídica y patrimonio propio y máxima autoridad jurisdiccional en materia electoral local**, con excepción de lo dispuesto por la fracción IV del artículo 99 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este Órgano Jurisdiccional funciona en pleno, con una Sala de Segunda Instancia y cinco Salas unitarias, integrado con cinco magistrados numerarios y dos supernumerarios, los cuales para el ejercicio de la función jurisdiccional cuentan con cuerpo de jueces instructores y personal jurídico necesario, los que deberán ser independientes y responder sólo al mandato de la ley. Los magistrados son electos por el Congreso del Estado, mediante procedimiento de selección establecido por la ley.

El Tribunal Electoral tiene competencia para resolver en forma firme y definitiva, en los términos de la Constitución local y la ley, las impugnaciones que se presenten en materia electoral local, como son las elecciones de gobernador, diputados y ayuntamientos, así como de actos y resoluciones de las autoridades locales y partidos políticos que violen los derechos político-electorales de los ciudadanos de ser votado, de asociarse individual, libre y pacíficamente para tomar parte de los asuntos del Estado. Estos derechos político-electorales del ciudadano podrán hacerse valer mediante el juicio electoral ciudadano, de acuerdo con las reglas y plazos aplicables.

Llama la atención lo dispuesto por el artículo 4, fracción III, inciso a) de la Ley Orgánica del Tribunal Electoral del Estado, pues establece que el Tribunal es competente para resolver en forma firme y definitiva las controversias que se susciten por “actos y resoluciones de los órganos electorales **distintos** a los señalados en la fracción I, que violen normas constitucionales o legales”. La fracción I de referencia establece que el Tribunal es competente para resolver de manera firme y definitiva, las impugnaciones sobre las elecciones de gobernador, diputados y ayuntamientos, es decir, en contraste con lo dispuesto en la fracción III, se pueden impugnar actos o resoluciones de las autoridades electorales distintas a las elecciones constitucionales.

Es oportuno señalar que el Tribunal Electoral del Estado ya es competente para conocer y resolver sobre elecciones de comisarios municipales, a pesar de que en su acuerdo general TEE/SSI/JEC/005/2010, sostuvo que no era competente para conocer y resolver de dicha elección, toda vez que se trataba de una elección que la Ley de Medios de Impugnación en Materia Electoral no contemplaba como acto posible de ser impugnado mediante el juicio electoral ciudadano; sin embargo, la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación con sede en el Distrito Federal, estableció en su sentencia SDF-JDC-83/2010 que el Tribunal Electoral del Estado de Guerrero sí es competente para conocer

mediante el juicio electoral ciudadano la elección de comisarios municipales, porque dicho juicio está dado para tutelar los derechos fundamentales de votar y ser votado frente a actos y resoluciones que lo afecten, sin posibilidad de limitar su eficacia, pues de una interpretación del artículo 25 de la Constitución Política del Estado de Guerrero, la Sala Regional del TEPJF consideró que

se prevé como supuesto de procedencia, la impugnación de actos y resoluciones violatorios de los derechos político-electorales del ciudadano de votar, ser votado y de afiliación, **sin establecerse algún límite sobre el tipo de elección en la cual serán objeto de tutela ese tipo de derechos**, pues se trata de derechos fundamentales, lo cual exige la búsqueda de su más amplia protección y optimización.

Sin duda alguna, los medios de impugnación establecidos por la ley son para efectos de que todos los actos y resoluciones electorales se sujeten invariablemente al principio de legalidad y así hacer respetar la voluntad del electorado.

Considero que sería un paso importante en la vida democrática de nuestro país la propuesta de que el Tribunal Electoral tenga competencia para conocer y resolver sobre los conflictos que se susciten con motivo de las elecciones de **autoridades autónomas** que por ley eligen a sus autoridades, concretamente de la elección de rector de la Universidad Autónoma de Guerrero, dado que las elecciones en la universidad han sido muy cuestionadas por cuanto hace a sus resultados electorales. Existen órganos a nivel institucional que pueden conocer ciertas impugnaciones de las irregularidades que se cometen en el proceso electoral de rector, sin embargo, estos órganos no son competentes para resolver un conflicto jurisdiccional, toda vez que los órganos con los que cuenta la Universidad Autónoma de Guerrero son: la Comisión Electoral, que se encarga de

organizar y vigilar las elecciones de rector; y la Comisión de Garantías y de Vigilancia, que dependen del Consejo Universitario, quien conoce de las impugnaciones que la Comisión Electoral no haya resuelto durante el proceso de elección de rector. Ante tal situación, cabe señalar que estos órganos son meramente administrativos y no jurisdiccionales como para conocer y resolver un conflicto de intereses sobre determinada elección, toda vez que tanto la Comisión Electoral como la Comisión de Garantías y de Vigilancia están integradas de forma paritaria. La Comisión Electoral integrada por: cuatro consejeros académicos y cuatro consejeros estudiantes; la Comisión de Garantías y de Vigilancia por: las Comisiones de Legislación Universitaria y de Honor y Justicia (UAG s. a., 46), comisiones que también son integradas por estudiantes y académicos, autoridades que difícilmente reúnen el perfil profesional que se requiere para la resolución de medios de impugnación en materia electoral.

Autonomía universitaria

No podemos afirmar, en primer término, de una violación a la autonomía universitaria cuando una autoridad distinta a la universidad conozca y resuelva la elección de rector, por las siguientes consideraciones.

El reconocimiento de las universidades autónomas en nuestro país, se dio con la reforma al artículo 3º de la Carta Magna, mediante iniciativa de decreto enviada por el entonces presidente de la República, José López Portillo, al Congreso Permanente, de fecha 10 de octubre de 1979 (LV Legislatura 1994, 420). Dicha reforma fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de junio de 1980, de modo que en la exposición de motivos de esta reforma constitucional se precisa que es compromiso permanente del Estado respetar irrestrictamente la autonomía de las instituciones de cultura superior para que se organicen, administren y funcionen libremente.

Sin embargo, como se sostiene en los cuadernos de Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que tratan sobre

la autonomía universitaria, jamás se concibió (a la autonomía) como una fórmula que pudiera implicar el otorgamiento de un derecho territorial por encima de las potestades del Estado, pues el principio constitucional de igualdad ante la ley sigue presente, y que contra el pueblo no caben fueros ni privilegios derivados de una falsa jerarquía social (SCJN 2005, 19 y 20) como erróneamente se concibe a la autonomía universitaria, pues el Estado, en pleno uso de la soberanía popular, puede otorgar, limitar o restringir tales facultades (SCJN 2005, 20), respetándose siempre el principio de la supremacía constitucional, régimen donde no cabe otro Estado dentro del Estado mexicano, por tanto, “la autonomía no es sinónimo de impunidad” (SCJN 2005, 20).

Por otro lado, es necesario señalar lo que estableció la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con la autonomía universitaria en el Amparo en Revisión 337/2001 (SCJN 2005, 79 y 80), amparo que solicitó Alejandro Echeverría Zarco, por haber sido expulsado de la Universidad Nacional Autónoma de México. El criterio que sostuvo el máximo Tribunal del país, en relación con la autonomía universitaria, fue el siguiente:

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. SU ALCANCE.- El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis P. XXVIII/99, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo V, febrero de 1997, página 119, determinó que conforme al artículo 3º, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las universidades públicas son organismos públicos descentralizados con autonomía especial, que implica autonormación y autogobierno, en atención a la necesidad de lograr mayor eficacia en la prestación del servicio que les está atribuido y que se fundamenta en su libertad de enseñanza, sin que ello signifique su disgregación de la estructura estatal, ya que se ejerce en un marco de principios y reglas predeterminadas por el propio Estado, restringida a sus fines. En congruencia con este cri-

terio, y en virtud de la autonomía que el dispositivo constitucional citado le concede a la Universidad Nacional Autónoma de México, ésta se encuentra facultada para gobernarse a sí misma, a través de sus propios órganos, así como para auto normarse o autorregularse, es decir, aprobar las normas que habrán de regir a su interior, lo que se traduce necesariamente en la aprobación y emisión de su propia legislación, así como en la creación de sus propios órganos de gobierno, entre ellos los encargados de resolver las controversias que se deriven del incumplimiento de su propia normativa.

1ª. XI/2003

Amparo en revisión 337/2001.- Alejandro Echeverría Zarco.-30 de enero de 2002.-Cinco votos.- Ponente: Humberto Román Palacios.- Secretario: José de Jesús Bañales Sánchez.

Otra de las tesis que sostiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que llama la atención respecto a la autonomía universitaria, es la que se derivó del amparo en revisión 317/2001, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XVI, octubre de 2002, página 396, bajo el rubro siguiente:

AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. NO SE VIOLA POR LA VERIFICACIÓN QUE HAGA LA ENTIDAD DE FISCALIZACIÓN SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN (ANTES CONTADURÍA MAYOR DE HACIENDA) DE LOS SUBSIDIOS FEDERALES QUE OTORGAN A LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS.- El artículo 3º, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el principio de autonomía universitaria como la facultad y la responsabilidad de las universidades de gobernarse a sí mismas, de realizar sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios consignados en el propio precepto, con libertad de cá-

tedra e investigación y examen y discusión de ideas, de formular sus planes de estudio y adoptar sus programas, así como de fijar términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico y de administración de su patrimonio, pero dicho principio no impide la fiscalización, por parte de dicha entidad, de los subsidios federales que se otorguen a las universidades públicas para su funcionamiento y el cumplimiento de sus fines, por que tal revisión no significa intromisión a su libertad de autogobierno y auto administración sino que la verificación de que efectivamente las aportaciones económicas que recibe del pueblo se destinaron para los fines a que fueron otorgados y sin que se hubiera hecho un uso inadecuado o incurrido en desvío de los fondos relativos.

La anterior conclusión deriva, por una parte, por la voluntad del órgano reformador expresada en el proceso legislativo que dio origen a la consagración, a nivel constitucional, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el nueve de junio de mil novecientos ochenta, tanto del principio de autonomía universitaria, como de la responsabilidad de las universidades en el cumplimiento de sus fines ante sus comunidades y el estado, su ejecución a la ley y la obligación de rendir cuentas al pueblo y justificar el uso correcto de sus subsidios que se les otorgan.

2ª. CXXI/2002

Amparo en revisión 317/2001.-Universidad Autónoma de Tamaulipas.-30 de agosto de 2002.-Cinco votos.- Ponente: Mariano Azuela Güitrón.- Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot.

Los anteriores criterios son orientadores para afirmar que la autonomía universitaria no es un obstáculo para los justiciables, es decir, no puede ni debe impedir a los órganos del Estado que intervengan en la solución de los conflictos electorales que se susciten con motivo de la elección de sus

autoridades. Si bien es cierto que la Universidad tiene la facultad de auto-gobernarse a sí misma, ello no significa que sus miembros hagan de sus leyes lo que ellos quieran, pues las normas que rigen a la máxima casa de estudios del estado de Guerrero forman parte del sistema y orden jurídico mexicano. Por tal razón, todos los actos y resoluciones de las autoridades universitarias deben sujetarse a los principios de legalidad y constitucionalidad, respetando los derechos fundamentales que consagra nuestra Carta Magna.

Consideraciones finales

El presente planteamiento no pretende reemplazar la función que tienen los órganos administrativos encargados de impartir justicia dentro de la universidad, pues éstos de alguna forma realizan sus actividades que la propia legislación universitaria les encomienda. Aun cuando existan tribunales universitarios, éstos no dejan de ser tribunales internos de carácter administrativos.

Por todos los anteriores argumentos, concluyo: que el Tribunal Electoral del Estado puede conocer y resolver a través del juicio electoral ciudadano sobre la elección de rector de la Universidad Autónoma de Guerrero, para efectos de ampliar la justicia electoral, fortaleciendo la seguridad jurídica del justiciable, asimismo, para que los actos y resoluciones de las autoridades electorales universitarias se sujeten invariablemente a los principios de constitucionalidad y legalidad.

Fuentes consultadas

- EPRD. Estatuto del Partido de la Revolución Democrática. Partido de la Revolución Democrática. Estatuto. Instituto Federal Electoral. <http://www.ife.org.mx/docs/IFE-v2/DEPPP/DEPPP-DocumentosBasicos/DEPPP-DocumentosBasicos-pdfs/PRD/ESTATUTO-PRD.pdf> (consultada el 30 de noviembre de 2010).
- LV Legislatura de la H. Cámara de Diputados. 1994. Derechos del pueblo mexicano. *México a través de sus constituciones*, Tomo I Artículos constitucionales 1º y 4º. Cuarta edición. México: Miguel Ángel Porrúa/Libreto-Editor.
- SCJN. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2005. Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 3. *Autonomía Universitaria*. México: SCJN.
- Tesis: 2ª. CXXII/2002 **AUTONOMÍA UNIVERSITARIA. NO SE VIOLA POR LA VERIFICACIÓN QUE HAGA LA ENTIDAD DE FISCALIZACIÓN SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN (ANTES CONTADURÍA MAYOR DE HACIENDA) DE LOS SUBSIDIOS FEDERALES QUE OTORGAN A LAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS**. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XVI, octubre de 2002, p.396.
- UAG. s. a. Universidad Autónoma de Guerrero, s. a. Legislación Universitaria. s.l.i: Programa Institucional de Fomento a la Investigación FOMES/PIFI/2001-13-F0-02.

Sección
Entrevista

Entrevista a Alan Knight*

(agosto de 2010)

Enrique Ochoa Reza**

Independencia, Juárez y el Porfiriato

Enrique Ochoa (EO): ¿Cuáles fueron las fortalezas y debilidades del Estado mexicano al lograr su independencia?

Alan Knight (AK): Como muchos otros historiadores, diría que hubo muchas debilidades y pocas fortalezas. Resumiría esta situación tan compleja enfatizando el problema mediante dos debilidades: por un lado había problemas coyunturales relacionados con la insurgencia y la destrucción, por tanto, una coyuntura política-económica con indicios de corrupción y abundancia de problemas económicos.

Esas debilidades se hubieran podido superar. Sin embargo, existían al mismo tiempo problemas estructurales, principalmente la falta de legitimidad por parte del nuevo régimen. Creo que la Corona Española fue perdiendo legitimidad desde la segunda mitad del siglo XVIII, entonces la falta de legitimidad del gobierno no era un fenómeno nuevo.

A pesar de ello, la insurgencia, al contrario de lo que algunos historiadores dicen, sufrió una crisis de legitimidad. El problema fue que el nuevo gobierno, inicialmente de Iturbide y después republicano, no podía afianzarse construyendo una nueva legitimidad. Entonces se

* Profesor de la Academia de Historia de América Latina en la Universidad de Oxford.

** Director del Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

dieron una serie de conflictos ideológicos entre grupos: federalistas contra centralizadores, después liberales contra conservadores, Estado contra Iglesia y conflictos territoriales entre la Ciudad de México y provincias lejanas como Texas y Yucatán.

Creo que fue muy difícil para el gobierno en la situación coyuntural de falta de impuestos y falta de ingresos, afianzarse para gobernar una sociedad muy heterogénea, en un país muy extenso sin tener este cimiento de la legitimidad.

(EO): ¿Cuál fue la razón por la cual el Estado mexicano pierde Texas con los texanos, la mitad de su territorio con los Estados Unidos, casi pierde la Península de Yucatán en un levantamiento maya, y también pierde la independencia durante un corto periodo con el segundo imperio francés?

(AK): En parte tiene que ver con que la extensión del nuevo país, era enorme. Las provincias más lejanas, especialmente en el norte, estaban escasamente pobladas. Hubo un flujo de migrantes no sólo americanos, sino de todos lados, por lo que la población texana era muy diversa.

Los texanos tenían interés en su autogobierno. Tal vez hubiera sido posible implantar un sistema federalista en donde Texas pudiera gozar de autonomía, pero la presión centralizadora del gobierno de Santa Anna y otros factores generaron dificultades. El poder del gobierno central mexicano no fue suficiente para contrastar estas fuerzas centrífugas.

Una vez más, el problema fue la falta de legitimidad y la falta de ingresos. El gobierno mexicano, durante gran parte del siglo XIX, antes del Porfiriato, tuvo un presupuesto muy limitado, entonces no podía armar un gobierno fuerte.

En Yucatán el problema fue otro. No era una provincia escasamente poblada, la tensión se manifestó entre las clases y las etnias, o la mezcla. El conflicto fue en parte étnico y en parte clasista. Ello desembocó en la guerra de castas y la demanda secesionista de las élites yucatecas. Eso

el gobierno lo pudo solucionar, quizá no de una manera muy satisfactoria, pero al menos Yucatán no se separó de la República.

(EO): ¿Cuál cree que fue la relevancia histórica de Benito Juárez?

(AK): No es un tema que haya estudiado muy a fondo, pero creo que Juárez es una persona clave no sólo en México sino en América Latina, incluso en el mundo, como una figura que luchó en parte por el liberalismo, es decir, un sistema de gobierno más civil, con mayor representación, más secular, incluso con la separación del Estado-Iglesia.

Hoy en día en Europa tenemos varios problemas que tienen que ver con la relación entre la religión y el Estado. Problemas que pensamos que se habían superado pero que están vigentes.

El ejemplo de Juárez es muy importante porque considero que es muy positivo; habrá opiniones en contra. Juárez también destaca como una figura patriótico-nacionalista que mantuvo la solidaridad en México en tiempos muy difíciles. Durante la intervención francesa armó una lucha que uno podría llamar de liberación nacional. Hay gente que utiliza esta etiqueta para la Revolución Mexicana, para mí no fue así, creo que la guerra de Juárez contra los franceses y contra el imperio de Maximiliano sí fue una suerte de guerra de liberación nacional que dejó una herencia muy importante.

Considero que un aspecto importante de la historia de México ha sido el patriotismo e incluso el nacionalismo, quizá a veces un poco exagerado pero bien establecido, sobre todo si uno compara a México con otros países de América Latina como Perú o Bolivia. Por ejemplo, en Bolivia la idea de nación boliviana está en tela de juicio.

En México, la idea de nacionalismo, no en sentido agresivo o expansionista, sino en la idea de compartir ciertas tradiciones e historia, se encuentra bastante bien establecida. Es por ello que no coincido con la idea de que México va a ser absorbido por Estados Unidos o que con la suscrip-

ción del NAFTA (*North American Free Trade Agreement*) haya una pérdida de la nacionalidad mexicana. Creo que la cultura y la historia mexicanas siguen muy fuertes y la lucha de Juárez ha contribuido a ese proceso de formación nacional y patriótica.

(EO): Lo que comenta sobre el Estado mexicano es muy interesante, la evolución del Estado independiente al Estado liberal con Juárez, luego el revolucionario y posteriormente el Porfiriato.

Es la evolución de un Estado que ha pasado por un proceso de construcción; partimos de un Estado muy débil y parece que estamos consolidando parte del mismo Estado. Aun con estos vacíos de influencia territorial que bien no acaban, ¿considera usted que el Estado mexicano ha estado evolucionando hacia su fortalecimiento, es un Estado fuerte, es un Estado blanco, es un Estado con pies de barro, es un Estado con problemas de *Estado fallido*? ¿Cómo percibe la evolución del Estado-nación?

(AK): Creo que hay que distinguir entre Estado y nación. Mi argumento en cuanto a Juárez es más bien por la idea de nación y patria. La idea de mantener como nación-patria independiente a México fue en cierto sentido el gran triunfo de Juárez y los demás liberales, y eso ha contribuido a la formación del sentido de una nación mexicana.

Hay otras versiones que no son liberales ni juaristas, incluso hay una versión católica muy fuerte. Ejemplo de ello es la virgen de Guadalupe y toda una serie de simbolismos también muy importantes. Pero en su conjunto, en cuanto al nacionalismo, México es una nación bastante fuerte, bien construida comparada con otras naciones. Hemos visto en la historia reciente del mundo que hay naciones que se han disgregado completamente.

El Estado es otra cosa. Es un pacto diferente que obviamente necesita nación, y una nación necesita un Estado, es una relación muy complicada. En cuanto al Estado, yo veo más bien ciertos cambios, altibajos en relación con la historia. Usualmente el Estado mexicano es menos débil de lo que la gente supone.

La investigación reciente sobre la Revolución en el periodo de Cárdenas y Calles demuestra —a mi modo de ver— que el Estado nunca fue tan fuerte, incluso en la época dorada del PRI en la década de 1950 y 1960.

En la idea del *Leviatán* y del presidente todopoderoso, siempre había grupos de choque en la sociedad, ya fuera de derecha, de los empresarios, la Iglesia, o de afuera, como Estados Unidos; entonces había muchos problemas y obstáculos. Por tanto, yo nunca vi al Estado mexicano tan fuerte como a veces se imagina.

(EO): ¿Cuáles fueron los beneficios del Porfiriato?

(AK): Yo creo que en toda situación histórica, cuando hablamos de beneficios, hay que pensar un poco en *qui bono*, la frase en latín “el beneficio para quién”.

Sí hay beneficios para algunos grupos, sin duda. El Porfiriato fue un periodo de auge económico, de estabilización política, un nuevo círculo virtuoso al menos en ojos de varias personas en México, las élites, pero también algunos miembros de la clase media. Hubo crecimiento urbano, en los medios de comunicación con ferrocarriles y telégrafos. Fueron los comienzos de una nueva etapa de industrialización.

Entonces, en términos económicos fue un periodo de crecimiento, algo positivo y con ciertos beneficiarios, especialmente en las ciudades; no solamente los dueños de las fábricas o los hacendados en el campo, sino también grupos de la clase media.

El problema fue que también hubo muchas víctimas desde el punto de vista tradicional. Pero creo que fue un proceso de desarrollo desigual con muchos perdedores, más que nada la población campesina que era todavía la mayoría del país, casi 80%.

Esta población sufrió en ciertos casos la pérdida de sus tierras —un caso muy conocido fue el de Morelos— y también una caída en el nivel de vida en cuanto ingresos para peones y aparceros, especialmente después de la

década de 1890. Es decir, hubo un parteaguas en el Porfiriato, más o menos a la mitad, cuando los salarios reales comenzaban a decaer, entonces el número de perdedores comenzaba a aumentar frente a los beneficiados.

Orígenes de la Revolución Mexicana

(EO): ¿Cuáles fueron las principales causas de la Revolución Mexicana?

(AK): Es una cuestión muy interesante y he escrito bastante sobre el tema. Para redondear la respuesta yo vería dos aspectos del problema. Por un lado, una demanda más que nada política para una apertura igualmente política. Una distensión de un sistema que a principios del Porfiriato fue muy funcional para establecer estabilidad, pero que al final se volvió muy estático, oligárquico, esclerótico si se quiere.

Se observaba una falta de circulación de las élites. El poder estaba muy concentrado en manos de una pequeña oligarquía, y obviamente la persona central, Díaz, ya tenía casi 80 años. Entonces, el sistema en términos políticos tenía que cambiar; el problema era cómo. Ya había una demanda para una apertura política, no sólo por parte de la clase urbana y la media urbana que estaba en auge, sino también de otros grupos más rurales.

Por otro lado, tenemos todas las consecuencias de este proceso de desarrollo muy desigual que hemos mencionado. En el campo se presentó una situación de despojo de tierras y demandas de los campesinos. En la ciudad, lo que se denomina la cuestión social: qué hacer con los nuevos sindicatos, con los obreros, huelgas, protestas como Cananea o Río Blanco, que también pusieron mucha tensión en esta cuestión.

Yo creo que fue en combinación, por un lado la política y por otro las crecientes tensiones socio-económicas, que condujeron a la crisis de 1910 y lo que siguió después.

(EO): ¿Por qué en México sí hubo Revolución, mientras en otros países de América Latina, como Perú, no?

(AK): Es una pregunta muy importante y muy acertada. Sería muy fácil decir que México tuvo una revolución debido a determinada causa, pero si las mismas causas se ven en otros países, hay que hacer una mirada más comparativa.

Yo diría que muchas de las causas que se vieron en México también se dieron en otros países, Perú es un buen ejemplo, un país también de la llamada Indoamérica, con mucha tensión tanto de clase como de etnias. Creo que lo que pasó en México fue una suerte de aceleración del problema o un proceso de desarrollo muy rápido, porque había estado postergado debido a la inestabilidad del país a mediados de siglo.

México no podía crecer gradualmente, como Brasil, por ejemplo, y por tanto el proceso de cambio y de crecimiento fue más rápido, pero en cierto sentido más dramático. Esto tiene que ver en parte con el crecimiento de Estados Unidos, que dio un gran ímpetu al crecimiento económico de México, que obviamente no existía en otros países de América del Sur. Entonces, creo que en el caso de México tanto los problemas políticos y más que nada socio-económicos se deben a causas raras o insólitas, porque como México no hay dos, no.

Se ven los mismos problemas en otros países, pero en México el proceso fue más rápido, más comprimido. Posiblemente con más tiempo y más habilidad, el régimen porfirista hubiera podido quizá solucionar, manejar o suavizar los problemas, pero por varias razones no podía o no quería, y por lo tanto hubo una conflagración o revolución, que en otros países obviamente no se presentó.

(EO): ¿La Revolución Mexicana fue una revolución o solamente una guerra civil?

(AK): Yo creo firmemente que fue una revolución verdadera, o si se quiere una revolución social. Una gran revolución comparada con otras en la historia del mundo como la rusa, francesa, china, etcétera. Este es

un punto de vista algo tradicional, porque ha habido varios historiadores, digamos revisionistas, que niegan que la Revolución fuera una gran revolución social; que fue nada más una guerra civil, un motín, un caos de oportunismo.

Creo que fue una revolución en dos sentidos. Primero, hubo un compromiso de mucha gente, es decir, fue un movimiento de masas verdadero, no fue nada más un conflicto de varias élites una contra otra, más bien hubo un reclutamiento masivo. Y segundo, obviamente es esencial para hacer una revolución un resultado revolucionario, es decir, un nivel de cambio suficiente para llamarlo una revolución.

Podemos discrepar sobre qué tanto cambió y qué suerte de cambio resultó, pero creo que se experimentaron grandes transformaciones en la política: el nuevo régimen revolucionario de las décadas de 1920 y 1930, las reformas económicas y ciertos cambios informales en la sociedad mexicana. Ello nos permite comparar la década de 1910 y la de 1940 y notar que el cambio es muy profundo, por tanto merece llamarlo revolucionario.

Consecuencias de la Revolución Mexicana

(EO): Ahora, en ese mismo sentido ¿fue la Revolución un cambio en la “trayectoria” histórica de México frente al Porfiriato y frente al resto de América Latina?

(AK): Yo diría que las dos cosas. Claro que fue un cambio frente a la trayectoria porfiriana. No podemos decir exactamente “qué hubiera pasado si...”, pero como sugerí hace un momento, quizá si Porfirio hubiera manejado la situación con un poco más de tino, me podría imaginar un *neoporfiriato*, quizá con Bernardo Reyes, alguien que hubiera introducido alguna reforma como las que se veían en otros países de América Latina: apertura política, pero sin tener el gran cambio, el trastorno de la revolución.

Para mí la Revolución fue una revolución y, por tanto, hubo cambios importantes tanto políticos como socio-económicos, incluso culturales en

cierto sentido, que no se vieron en otros países de América Latina durante ese periodo.

Obviamente después, en la década de 1950, hubo revoluciones en Bolivia y en Cuba, quizá ésta más radical que la de México. Pero las revoluciones así, grandes e importantes, no son tan comunes en la historia. México tuvo la buena o la mala fortuna de experimentar una verdadera revolución que cambió su trayectoria de una manera importante.

(EO): En términos específicos ¿cuáles cree que hayan sido los logros de la Revolución Mexicana?

(AK): Por el lado político, el régimen revolucionario, no obstante sus muchos problemas y debilidades, construyó un régimen con más penetración social. Es decir, si uno compara el régimen de la década de 1920 y 1930 con el régimen porfiriano, puede notar que había una red de intereses y una suerte de representación no muy democrática, lo que algunos historiadores llaman una nueva sociedad de masas, reflejada en los sindicatos, la Reforma Agraria, los ejidos y las escuelas. El asunto de la educación federal fue muy importante para establecer una relación más estrecha entre el Estado y la sociedad.

Creo que un aspecto muy importante fue la incorporación de gente a la sociedad civil en el proceso de gobierno, hecho que no se dio en el Porfiriato. Este tipo de gobierno estuvo muy ligado a un proceso de reforma social, más que nada con la reforma agraria que tuvo que ver con la educación rural. Un cambio en el sentido de generar prosperidad. Obviamente los gobiernos no pueden introducir prosperidad de la noche a la mañana, pero sí un proceso de crecimiento.

Si uno mira las cifras de crecimiento entre la década de 1920 y 1930, podrá encontrar que no son mucho mayores que en otros países de América Latina, pero sí son bastante consistentes y exitosas. Tiene que ver también con el establecimiento de un régimen más estable y con mayor penetración social.

(EO): Permítame profundizar un poco en este término. ¿Qué explica la distancia entre los logros alcanzados en el texto constitucional de 1917 que profundizan en reconocer derechos sociales, y por otro lado una realidad social menos afortunada que la redacción propia del texto constitucional?

(AK): Creo que es muy importante para entender la Revolución en su totalidad pensar no solamente en el texto constitucional, porque había aspectos en la Constitución que nunca fueron implementados, aspectos de la democracia, por ejemplo, o aspectos de la Reforma Agraria más exitosos.

Por otro lado, ocurrieron cambios mucho más informales, por ejemplo, no puedo ofrecer cifras pero en el Porfiriato se observa una sociedad bastante estratificada, muy diferenciada; los peones tenían que saludar al maestro, al amo, al terrateniente y al cura. En la década de 1920 y 1930 vemos una sociedad mucho menos diferenciada, con los sindicatos, las huelgas, las tomas de tierras; a veces es un proceso violento, hay aspectos corruptos, sin duda, pero yo creo que se trataba de una sociedad en donde había más presión de abajo, más capacidad de que la gente común, campesinos u obreros pudieran expresar sus intereses.

Eso se ve claramente reflejado en las cartas, por ejemplo, de los empresarios, de los terratenientes e incluso los extranjeros, quejándose de la gente mexicana que estaba tan sumisa en el pasado con don Porfirio y posteriormente estaban reclamando y pidiendo otras cosas. Había demandas y huelgas por todos lados. Entonces, creo que en términos no formales eso no es un aspecto de la Constitución en sí, pero la idea de un pueblo movilizado que tiene la voluntad, la capacidad para hacer sus demandas, aunado a la Constitución, ofreció una serie de posibilidades que contribuyeron al progreso político de México en el periodo que va de la promulgación de la Constitución hasta la década de 1940.

(EO): ¿Qué tan determinantes fueron Álvaro Obregón y Plutarco Elías Calles en la reconstrucción del Estado mexicano? o bien ¿qué tanto sim-

plemente supieron coordinar un nuevo “balance de poder” surgido de la Revolución Mexicana?

(AK): El gran debate entre los historiadores se encuentra entre los que ponen mayor atención a los grandes hombres —usualmente son hombres, a veces mujeres— y los que ponen más atención a las fuerzas generales, la sociedad. Personalmente me inclino por la segunda, es decir, creo que tanto en México como en otras partes hay ciertas corrientes socioeconómicas, políticas globales incluso, que son muy importantes.

Los individuos pueden manejar e influenciar, pero no creo en estos grandes genios de la historia. Sin embargo, me parece que Obregón y Calles, y agregaría a Cárdenas también, son los tres grandes presidentes de la Revolución; fueron hombres de mucha capacidad, mucha habilidad, y creo que eso tiene que ver con la Revolución como una suerte de proceso meritocrático. Es decir, para sobrevivir, subir, tener éxito como general, caudillo o político se tiene que ser muy hábil, y los tres, muy diferentes en su carácter, muy interesantes, fueron hombres de mucha capacidad.

No fueron licenciados que estudiaron en la universidad —no tengo nada en contra de eso— pero creo que fueron tres personas que hicieron su propia fortuna dentro de la Revolución y tuvieron una gran habilidad. Me cuesta trabajo ver en toda la historia de México, precisamente del siglo XX, tres hombres de la misma generación con tanta capacidad política. No quiero decir que los demás son malos políticos, pero creo que esa generación, y esos tres individuos en particular, realmente pudieron utilizar la situación y aprovecharse de toda la coyuntura para llevar a cabo políticas.

(EO): ¿Acaso el cardenismo fue un proyecto político distinto al obregonismo-callismo, o fue una intensificación y profundización del mismo proyecto revolucionario?

(AK): Es una combinación de los dos obviamente, sin haber tenido la estabilidad que Obregón consiguió tanto política como económicamente, los proyectos de Calles fueron muy importantes en cuanto a establecer nuevas instituciones como el partido, el Banco de México, el mejoramiento de la educación.

Entonces Cárdenas tuvo una base sobre la cual podía construir nuevas políticas. El hecho más importante del periodo de Cárdenas fue la gran depresión. Calles como “jefe máximo” no podía reaccionar, o reaccionó quizá de una manera demasiado conservadora, pero con Cárdenas —y no sólo con él, incluso con varios de sus colaboradores, como por ejemplo Alberto Pani como ministro de Hacienda— y otros reaccionaron a la gran depresión y a los problemas económicos que se veían en todas partes del mundo de una manera bastante imaginativa, en parte aumentando el papel del gobierno, porque no era un gobierno enorme.

Hay algunas ideas erróneas sobre que el gobierno con Cárdenas era como el *Leviatán*, no fue así, pero fue un gobierno con más capacidad de intervención en la economía para aumentar la demanda y con eso también las reformas sociales, más que nada la Reforma Agraria. También contribuyó a aumentar la demanda interna y por tanto con Cárdenas vemos un proyecto económico exitoso, incluso para la burguesía. La burguesía industrial de Monterrey, por ejemplo, prosperó bastante durante estos años.

Con Cárdenas hay en cierto sentido continuidad en cuanto al fortalecimiento del Estado revolucionario, para seguir con la construcción de instituciones que Calles había comenzado, pero también hay una serie de políticas que fueron creativas y exitosas frente a la gran depresión.

(EO): ¿La Revolución Mexicana ha terminado o “sigue viva”?

(AK): Como proceso histórico terminó hace décadas, la Revolución principalmente es la obra de una generación revolucionaria que comienza con la Revolución y termina más o menos en la década de 1940.

A finales del gobierno de Cárdenas y principios del de Ávila Camacho, pensando en sexenios presidenciales, obviamente surgen otras maneras de verlo, pero en este sentido sencillo fue la obra de una generación, porque después de la década de 1940 vemos una nueva generación política, la generación más técnica-civil de Alemán y otros jóvenes que no habían luchado en la Revolución y armaron un nuevo proyecto, como sabemos más industrial, más capitalista y, en cierto sentido, un gobierno de la guerra fría.

Se habla de la Revolución de la década de 1950 y 1960, aunque a mí no me convence en el sentido de un proceso histórico real. Obviamente había dentro de toda la retórica del PRI —que era todavía el partido revolucionario, pero quizá más institucional que revolucionario— esa inspiración que se ve en varios movimientos de protesta, por ejemplo, de Rubén Jaramillo, o después con los estudiantes del 68, o incluso con los zapatistas de 1990. La Revolución todavía estaba viva, en el sentido de una serie de recursos ideológicos exclusivos, pero yo creo que como proceso histórico real la Revolución se terminó poco a poco más o menos a principios de la década de 1940.

Democratización y temas actuales

(EO): ¿Cuáles fueron las razones para que se estableciera en México un sistema político de partido dominante? ¿Por qué se mantuvo tantas décadas?

(AK): Es algo insólito en la historia del mundo que un partido que surgió de una revolución se mantenga tanto tiempo en el poder. Obviamente hay ciertas comparaciones con Cuba, con la Unión Soviética, pero en el caso de México el partido de la Revolución se mantuvo durante poco más de 70 años.

Algo interesante es que el PRI no fue el único partido, fue un partido dominante y hegemónico, pero había otros partidos pequeños. Entonces, no fue un sistema totalitario; medio autoritario, quizá. Otro aspecto intere-

sante es que el sistema cambió no debido a otra revolución ni a una gran implosión o explosión social, sino con una serie de reformas, muy imperfectas quizá, pero que nos llevaron a la situación de hoy en día, que es una democracia también bastante imperfecta.

Ha habido un cambio muy importante, pero sin tener una gran explosión social-política. Recuerdo que en la década de 1980 en Estados Unidos se hablaba mucho del futuro de México con muchos escenarios muy llamativos al estilo movilización o revolución social. No ha habido ni uno ni otro, más bien un proceso de evolución muy sinuosa e imperfecta, pero que al fin llega a la situación en la que estamos hoy en día.

(EO): ¿Por qué el cambio político en México no fue violento?

(AK): Eso es muy difícil de explicar. Un factor —y esto ha sido explicado por diversos politólogos— es que la Revolución dejó, a mi modo de ver, varias herencias y memorias, algunas más progresivas-radicales. Una fue el sentimiento de protección contra otra congregación social.

El fenómeno del llamado voto de miedo del año 1994, fue en parte otra muestra de que los mexicanos, los votantes como gente bastante inteligente y con cierto sentido de la historia, están muy reacios a una política o unos políticos que pudiesen reintroducir conflictos y violencia en el sistema. Quizá sí sea un poco paradójico, pero parece que la experiencia de haber tenido una revolución y toda sus secuelas como la guerra de los cristeros, etcétera, introdujeron en el cuerpo político mexicano cierta renuencia a pensar en regresar a nuevas etapas de violencia.

Ha habido ciertos periodos de violencia pero no de gran escala, ni siquiera por parte del gobierno. El gobierno mexicano, no obstante su autoritarismo, nunca fue tan opresor, violento, represivo, como algunos gobiernos del cono sur de América, como en Argentina, o como Chile con Pinochet; yo creo que fue un sistema más suave, quizá un poco más discreto con su violencia, y eso ayudó a un proceso de democratización menos violento.

(EO): En esta lógica de control político del partido dominante, ¿qué incentivos tuvo la clase política tradicional en México para promover una democratización?

(AK): Estamos hablando del proceso en los últimos 20 o 30 años, entonces no es algo que los historiadores realmente hayan estudiado muy a fondo. Es algo muy reciente. Yo presumo que había cartas del PRI que querían mantener el sistema; había bastante inercia, como era de suponerse con un sistema así, que ha funcionado de una manera durante tanto tiempo. Como dicen en Estados Unidos *"if it aint't broke, why fix it?"*. Yo creo que probablemente la presión vino de afuera y tiene que ver en parte con la lógica del desarrollo económico.

No creo que una economía capitalista de mercado necesite la democracia. Hay a veces una equivalencia más sencilla: si se tiene economía de mercado entonces ayuda a la democracia. Creo que hay muchas excepciones como Escandinavia o Suecia, donde hay una economía en que el papel del Estado es muy importante.

Lo que sí pasó en México en la década de 1980 fue que con la crisis económica se desprestigió al partido en el poder, al PRI. Entonces hubo mucha crítica por su mala gestión, su corrupción, etcétera.

En segundo lugar, la nueva política neoliberal de Salinas —que fue muy importante como figura clave en la historia reciente de México— puso en muchos problemas al sistema tradicional, no porque pusiera en peligro a la democracia, pero sí porque rompió muchos pactos sociales en el sistema. Obviamente hubo la gran escisión en el PRI en el año de 1987 y la creación del PRD. Eso fue un gran problema, se estableció un sistema tripartidista.

Además, hubo ciertas rupturas con la empresa privada por la nacionalización de la banca en 1982, y creo que muchos de los pactos sociales que subyacieron en el antiguo sistema se estaban rompiendo por la crisis política y el nuevo proyecto neoliberal. Con eso fue mucho más difícil para el

PRI sobrevivir en su antigua forma, tuvo que cambiar. Porque el PRI existe y tiene posibilidades, pero es un PRI algo diferente porque ahora opera dentro de un ambiente político muy distinto.

(EO): En términos democráticos ¿México puede pensar en consolidar su democracia independientemente del partido político que gane en las elecciones presidenciales en 2012? es decir, en términos prácticos ¿es posible la democratización del país ganando el PRI las elecciones siguientes?

(AK): Como historiador no quiero meterme demasiado en el presente ni hablar del futuro, pero creo que el PRI ha tenido que ajustarse lentamente, quizá a regañadientes, con la nueva situación. Para ganar y ejercer el poder presidencial, tendría que obrar en el nuevo sistema. Obviamente sería muy difícil imaginar un regreso al pasado con un PRI del pasado dentro del sistema unipartidista o de partido hegemónico. La situación no permite un regreso. Entonces, el PRI para sobrevivir, para tener oportunidades, tiene que ajustarse quizá poco a poco. En consecuencia yo no veo un regreso del PRI como una amenaza a la democracia.

(EO): En el contexto de la democratización del país ¿Cuál es el valor que tienen, desde su punto de vista en términos históricos y quizá presentes, las instituciones electorales de México? El Instituto Federal Electoral en términos administrativos y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en términos jurisdiccionales.

(AK): Obviamente juegan un papel muy importante, porque México ha vivido un periodo de cambio en donde las elecciones se han vuelto más relevantes, más transparentes.

Siempre ha habido elecciones y a veces los politólogos pueden subestimarlas. Incluso en el periodo de la Revolución, en las décadas de 1920 y

1930, había elecciones y con cierto choque de intereses; no fueron elecciones que no contaron. Pero obviamente en los últimos años las elecciones se han vuelto más limpias, puede ser que no sean perfectas, pero no lo son en ningún país. Hay problemas actualmente en Gran Bretaña, por ejemplo, que no muestra un sistema muy perfecto.

Siempre hay problemas, y uno necesita ciertas instancias como el IFE y el TEPJF que puedan supervisar, manejar y recibir quejas y tratar de arbitrar. Es un tema muy complicado, técnico en cierto sentido. No soy experto en todo eso. Mi impresión es que en muchos casos ha servido bastante bien, aunque hemos tenido al menos una elección presidencial muy polémica, muy difícil. Fue malo en el sentido que haya habido tanta polémica. Pero por otro lado, por el lado más optimista, se puede decir que fue una elección donde hubo resultados que mucha gente respetó y al menos no había una protesta violenta.

Hubo protesta, sí, y entonces uno podría ver la elección de 2006 y lo subsecuente no como un gran fracaso, sino en parte como un éxito al haber superado esta crisis, y quizá en 2012 habrá una elección menos polémica y más limpia, donde el resultado va a ser mayoritario y menos controvertible por eso.

(EO): Desde su punto de vista como historiador, y viendo la evolución que ha tenido México, ¿cuáles son los retos más significativos para el Estado mexicano, pensando en su consolidación democrática?

(AK): En cuanto a las elecciones y la alternancia, México ha progresado. Ahora hay partidos que tienen posibilidades y las elecciones cuentan, son reales, el gran problema en cuanto a la vida política es la falta, como dicen, del *right state*, del Estado de derecho. Es decir, hay muchas regiones donde todavía existen huecos que también se observan en otros países —es necesario mencionar eso también—, en donde todavía se necesita reforma y mejoramiento.

Cambiando un poco el enfoque, el problema más sobresaliente es el del crimen. En parte es el crimen cotidiano, pero el más importante es el que tiene que ver con los narcos y la colisión entre el ejército, el Estado y los grupos narcos entre sí. Es un conflicto muy complicado en el que no se ve una solución.

Hoy en día hay varios debates con posibilidades más radicales acerca de la legalización de la droga. Pero creo que ese es el reto más importante que el Estado mexicano tiene que enfrentar, que también existe en muchos otros países, pero es más agudo en México debido a su ubicación y el lazo íntimo entre las dos economías, la norteamericana y la mexicana. México es un corredor del tráfico de drogas, lo que para el Estado mexicano es un problema de gran envergadura.

(EO): En 1810 y en 1910 dieron inicio las guerras de Independencia y Revolución. Ante las condiciones actuales de inseguridad pública, desaceleración económica, pobreza y desigualdad, ¿existe la posibilidad de un nuevo movimiento social armado en México? Sí o no y por qué.

(AK): Yo tengo mis dudas, porque la historia no avanza en estos ciclos tan numéricamente precisos, es pura coincidencia que se dieran dos revoluciones, una en 1810 y después 1910, ya estamos casi en la segunda mitad de 2010 y todavía no hay revolución —ni quiero ver avisos de alguna—. Obviamente hay problemas como los que hemos mencionado; problemas sociales que tienen que ver en parte con la coyuntura económica mundial y la desigualdad muy marcada en México.

No alcanzamos a platicar de eso, pero claro que hay un gran rezago social en cuanto a la igualdad en México; de vez en cuando ha ido mejorando algo, pero es todavía un problema muy importante. Entonces, el hecho de que haya brotes violentos y haya choques no es nada tan sorprendente. Me cuesta mucho trabajo pensar en una revolución porque la sociedad mexicana hoy en día no es la sociedad de 1910; en la actualidad es una

sociedad urbana, letrada, industrial, posindustrial en cierto sentido. Sin duda habrá protestas, movimientos sociales, y es importante tenerlos como válvulas de escape de la sociedad cuando hay problemas y tensiones.

Incluso, hay que recordar que en 1910 muy poca gente pensaba que habría una revolución. El pronóstico oficial de los diplomáticos extranjeros era que no, que la economía estaba bien, el Porfiriato estaba bien, y hubo una revolución sorprendente. Entonces, probablemente se abra una revolución, pero más bien cuando uno no espere ese desenlace.

Sección
Documental

Fallo de la Corte Constitucional Federal Alemana*

—2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07—

Axiomas de la sentencia del Segundo Senado del 3 de marzo de 2009

1. El principio de la publicidad de la elección del artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 2 ordena que todos los pasos esenciales de la elección están sujetos al control público, en la medida en que otros intereses constitucionales no justifiquen una excepción.
2. En la utilización de computadoras electorales o urnas electrónicas, el ciudadano debe poder controlar los pasos esenciales del acto electoral y la determinación del resultado de manera fiable y sin conocimientos técnicos especiales.

Corte Constitucional Federal

—2 BvC 3/07 - 2 BvC 4/07—

Pronuncia el 3 de marzo de 2009 en el proceso de Queja de Control Electoral contra la resolución del Bundestag alemán del 14 de diciembre de 2006. WP108/05 – (BTDrucks 16/3600)

La Corte Constitucional Federal —2° Senado— con el concurso de los jueces y juezas. Vicepresidente Voßkuhle, Broß, Osterloh, Di Fabio, Mellinghoff, Lübke-Wolff, Gerhardt, Landau.

* La traducción literal del presente texto de la sentencia estuvo a cargo de Manfredo Koessl, Magister en partidos políticos, CEA-UN Córdoba, Argentina; Máster en Ciencias Políticas en Iberoamérica, La Rabida-U.I. Andalucía, España; doctorando Universidad de Hamburgo, Alemania. Los párrafos en cursivas son un resumen del párrafo original, elaborado por el traductor. El texto completo en alemán puede ser consultado en el sitio oficial de la Corte Constitucional Federal Alemana: http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20090303_2bvc000307.html

En razón de la vista de causa del 28 de octubre de 2008 a través de Sentencia **reconoce por derecho:**

1. La prescripción sobre el empleo de aparatos electorales para las elecciones al *Bundestag* alemán y para los representantes de la República Federal Alemana ante el Parlamento Europeo (Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales [*Bundeswahlgeräteverordnung* – BWahlGV]) del 3 de septiembre de 1975 (Bundesgesetzblatt I p. 2459) en la versión de la prescripción para la modificación del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales y el Ordenamiento de Elecciones Europeas del 20 de abril de 1999 (Bundesgesetzblatt I p. 749) es incompatible con el artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental, en la medida en que no asegura ningún control acorde con el principio de la publicidad de la elección.
2. El empleo de los aparatos electorales de la N.V. Nederlandsche Apparatenfabriek (Nedap) del tipo ESD1, Versiones Hardware 01.02, 01.03 y 01.04 así como el tipo ESD2 Versión Hardware 01.01 en las elecciones para el 16° *Bundestag* alemán no fue compatible con el artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 2 de la Ley Fundamental.
3. En lo demás, se rechazan las quejas de revisión electoral.
4. La República Federal Alemana debe reembolsar los gastos de este proceso al primer litigante en su totalidad y al segundo litigante en tres cuartos.

Fundamentos:

1

Las Quejas de Control Electoral conciernen la admisibilidad del empleo de aparatos electorales guiados por ordenador, también llamados aparatos

electorales electrónicos o “computadoras electorales”, para las elecciones del 16° *Bundestag* alemán.

2

1. En las elecciones para el 16° *Bundestag* alemán, aproximadamente dos millones de electores de Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz y Sachsen-Anhalt dieron su voto por medio de los aparatos electorales guiados por ordenador, producidos por la empresa holandesa Nedap y distribuidas en Alemania desde 1999 como componente central del “Sistema electoral integral” (IWS) por la empresa H. GmbH. La denominación de los modelos de aparatos electorales se compone de un nombre para la generación de aparatos (ESD1 o ESD2) así como el número de versión para el hardware (HW) y el software (SW). En las elecciones para el *Bundestag* alemán se han utilizado hasta el momento los modelos ESD1 (HW 1.02; SW 2.02), ESD1 (HW 1.02; SW 2.07), ESD1 (HW 1.03; SW 3.08), ESD1 (HW 1.04; SW 3.08) y ESD2 (HW 1.01; SW 3.08).

3

Estas computadoras electorales son gobernadas por medio de un microprocesador y un software. Los votos emitidos se depositan exclusivamente en una memoria electrónica y al finalizar la jornada electoral son escrutados por medio de la computadora electoral. Luego de la determinación del resultado, la computadora electoral muestra los votos otorgados para cada propuesta electoral; los resultados pueden ser impresos por medio de una impresora integrada a la computadora. El software, que gobierna el registro del voto y la determinación del resultado, se encuentra en dos chips de memoria (llamados EPROMs, EPROM= Erasable Programmable Read-Only-Memory), instalados en el aparato debajo de un revestimiento atornillado y asegurados por medio de dos sellos montados por el fabricante. Los votos realizados en la computadora electoral —incluyendo el acoplamiento (primer voto y su correspondiente segundo voto)— son

depositados en una unidad de memoria extraíble en forma de cassette —el llamado módulo de almacenamiento de votos, también denominado “urna electrónica” (cfr. Schönau, *Elektronische Demokratie*, 2007, p. 53)—. En el módulo de almacenamiento de votos también se almacenan los datos de la boleta electoral, la coordinación entre cada tecla con las propuestas electorales así como la fecha de elección y local electoral.

4

Las computadoras electorales muestran un campo de teclado, sobre el que está cargado un papel con la imagen una boleta electoral oficial. Arriba del teclado hay un indicador LCD, que guía al elector con el procedimiento electoral y posibilita la comprobación de sus entradas. Teclado e indicador LCD están rodeados por dos tabiques como protección de privacidad. En la parte trasera del aparato electoral se encuentran la mencionada impresora, así como la conexión para el módulo de almacenamiento de memoria. Las computadoras electorales están conectadas con un cuadro de mandos sobre la mesa de la junta electoral. El cuadro de mandos le muestra a la junta electoral la emisión del voto de cada elector al aumentar en uno el indicador de electores. Una vez que el elector emitió su voto, la computadora electoral queda bloqueada para otras emisiones de voto, hasta que la junta electoral la activa para el siguiente elector.

5

El componente del “Sistema de elección integral” distribuido por la empresa H. es un aparato programador y lector, que le permite a la administración comunal, en conexión con una computadora personal, preparar los módulos de almacenamiento de votos antes de la elección, y después de la elección, leer de estos módulos la información electoral y ponerla a disposición para otras elaboraciones de datos. Los módulos de almacenamiento pueden ser leídos nuevamente al finalizar la jornada electoral. El software del “sistema electoral integral” también permite imprimir los votos emitidos como boleta electoral con sus correspondientes cruces.

6

La computadora electoral puede indicar e imprimir números de identificación individual en cada uno de ellos, también de los números de versión del hardware y software, así como de dos sumas de control conformadas por un algoritmo de suma de control incluido en el software del aparato electoral. Estos datos pueden ser comparados con la información contenida en la placa indicadora de tipo del aparato electoral y en la declaración de identidad estructural.

7

2. Ya en la década de 1950 se intentó en Alemania reemplazar el proceso electoral tradicional del conteo manual de boletas, por métodos más racionales y el empleo de urnas electrónicas. Según el artículo 35 párrafo 3 de la Ley Electoral Federal del 7 de mayo de 1956 (BGBl I S. 383 - BWG), el Ministro del Interior del Bund podía permitir que en lugar de boletas electorales se utilizaran aparatos de conteo electoral oficialmente autorizados. Sobre esta base se promulgó la prescripción sobre la utilización de aparatos de conteo electoral para elecciones para el *Bundestag* alemán del 24 de agosto de 1961 (BGBl I S. 1618)...

Párrafos 7 (segunda parte) hasta el 13:

Historia del empleo de aparatos desde 1961, propuestas de aparatos y las modificaciones legales realizadas hasta el presente en Alemania.

14

3. Para las elecciones del 16° *Bundestag* alemán estaba en vigencia el § 35 BWG en la versión de la publicación de la Ley Electoral Federal del 23 de julio de 1993 (BGBl I S. 1288, ber. S. 1594), modificada por última vez por la Octava Ordenación de Adaptación de Competencia del 25 de noviembre de 2003 (BGBl I p. 2304).

15

La prescripción tiene el siguiente texto:

16

§ 35

17

Votación con computadoras electorales.

18

(1) Para facilitar la emisión y contabilización de los votos pueden utilizarse urnas electrónicas en lugar de urnas electorales y boletas electorales.

19

(2) Las computadoras electorales en el sentido del inciso 1 deben garantizar el secreto de la votación. Su versión debe ser admitida oficialmente para la utilización en elecciones para el *Bundestag* alemán o en general. Sobre su admisión decide el Ministerio del Interior a solicitud del fabricante de la computadora electoral. La utilización de una computadora electoral admitida oficialmente debe ser autorizada por el Ministerio del Interior. La autorización se puede otorgar para una determinada elección o en general.

20

(3) Se autoriza al Ministerio del Interior, por medio de ordenamientos jurídicos que no necesitan de la ratificación del *Bundesrat*, dar prescripciones sobre:

21

1. las condiciones para la admisión oficial de las versiones de computadoras electorales, así como la retractación o revocación de la admisión,

22

2. el procedimiento para la admisión oficial de una versión,

23

3. el procedimiento para el examen de una computadora electoral en el modelo sobre la versión oficialmente admitida,

24

4. la prueba pública de una computadora electoral antes de su utilización,

25

5. el procedimiento para el permiso oficial de la utilización así como la retractación y la revocación del permiso,

26

6. de las particularidades implicadas en la utilización de computadoras electorales en relación con la elección.

27

El ordenamiento legal se realiza con el acuerdo del Ministerio de Economía y Trabajo en los casos 1 y 3.

28

(4) Para el accionamiento de un aparato electoral vale el § 33 párrafo 1, oración 1 y párrafo 2.

29-32. Competencia para dictar la reglamentación del uso de computadoras electorales. La decisión sobre el uso la realizan las comunas y ciudades, quienes ven en los aparatos electorales una manera de simplificar el trabajo de los auxiliares electorales.

33

1. Ambos recurrentes se dirigen contra la Ley Electoral Federal y la Ordenación Federal de Aparatos Electorales en la medida en que permiten la utilización de aparatos electorales guiados por ordenador. Objetan la autorización y utilización de estos aparatos. También impugnan la autorización oficial a los aparatos electorales de la empresa Nedap.

34

a) aa) El recurrente 1 objeta el resultado electoral de la elección para el 16° Bundestag alemán en 30 circuitos electorales en Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz y Sachsen-Anhalt. Solicita se reitere la elección en dichos circuitos. Señala que “la utilización de aparatos electorales guiados por ordenador atenta contra el principio de la publicidad de la elección y el principio de la oficialidad de la elección”.

35

El principio de publicidad debe garantizar una realización ordenada de la elección y garantizar la correcta integración del parlamento. El control debe hacer hincapié en el secreto del voto y que además el voto no se pueda modificar, que el resultado sólo debe contabilizar los votos emitidos. La utilización de los aparatos electorales impugnados impide un control efectivo por parte del público y la junta electoral, ya que la determinación del resultado se realiza en el interior del aparato electoral.

36

La publicidad de una elección con aparatos electorales sólo puede garantizarse con mecanismos de control como por ejemplo la impresión de un protocolo en papel del voto emitido.

37

“La confiabilidad de los software instalados en los aparatos electorales no son controlables por el público. El examen de la Oficina Federal Física-Téc-

nica y el permiso de la versión no se realizaron en público” tampoco se realizaron pruebas independientes. *Las fuentes del software no son abiertas y tampoco se puede verificar que las copias del software utilizados en los locales electorales son concordantes con los modelos probados y no han sido manipulados. Una autenticación por medio de una cadena de caracteres para el programa original y las copias no ha sido garantizada con seguridad. No se puede descartar una manipulación.*

38

“El especial peligro de los aparatos electorales guiados por ordenador consiste en que la manipulación de las elecciones puede ser realizada mucho más eficazmente que en elecciones con urnas”. *Estas manipulaciones pueden consistir en otorgar los votos a partidos independientemente de la decisión del elector, o repartirlos entre los partidos según una proporción previamente fijada. Estas manipulaciones pueden ser realizadas por los empleados como por terceros por vía de virus o troyanos, los que pueden resultar indetectables.*

39

El proceso de examinación del modelo por parte del Instituto Federal Físico-Técnico debe ser público, al ser una instancia preparativa de una elección; y “... eventuales intereses del fabricante para proteger sus secretos comerciales deben ser postergados frente al principio democrático”.

40

No resulta compatible con el principio de la oficialidad de la elección que el funcionamiento de los aparatos electorales sólo sea examinado por el fabricante (§ 7 Abs. 1 BWahlGV) y que se renuncie a un control de la ausencia de manipulación. *Los órganos electorales deben confiar en que no se realice una manipulación después de la examinación. Las pruebas realizadas en la preparación del acto electoral no son suficientes.*

41

Los aparatos electorales no están a la altura actual de la técnica ni son compatibles con los “lineamientos para las versiones de aparatos electorales” (Anexo 1au § 2 BWahlGV) ni el software es identificable claramente, como lo pide la Letra B Cifra 1 Punto 2.

42

“También es objetable que el § 35 BWG sólo exige el secreto de voto, pero no el cumplimiento de los otros principios constitucionales [...]”

43

bb) Argumentación del segundo impugnante:

44

El uso de aparatos electorales guiados por ordenador se opone al Principio de Democracia, al Principio del Estado de Derecho y los Principios de Publicidad y Oficialidad de las elecciones. Ni el § 35 BWG ni el Ordenamiento de Aparatos Electorales Federal bastan a los principios constitucionales sobre elecciones de la publicidad y la oficialidad.

45 y 46

Solicita la anulación y se reiteren las elecciones en los distritos en los que se usaron aparatos electorales. También solicita la publicación de la documentación sobre la que se autorizó el empleo de estos aparatos.

47

cc) El Ministerio del Interior solicitó el rechazo de los recursos.

48

“La publicidad del acto de votación es garantizada con el uso de aparatos electorales. El público puede controlar el que sólo electores autorizados

tengan acceso a la cabina de votación. La junta electoral puede controlar, por medio de la lectura de la unidad de funcionamiento, que cada elector sólo vote una vez”. *En general, el principio de publicidad no es ilimitado, ya que está en conflicto con el objetivo de conformar una representación popular con capacidad operativa en poco tiempo.* “La ley electoral Federal valoriza el objetivo de hacer que la elección se realice en el tiempo adecuado y se establezca el resultado electoral en un tiempo prudencial, en una importancia más grande que el minucioso control del público.”

49

La publicidad está garantizada, el público puede controlar la impresión del resultado electoral al finalizar el acto, y el observador electoral y la junta electoral pueden cotejar los resultados. Por otro lado, el Instituto Federal Físico-Técnico ha examinado detalladamente el aparato electoral. También se realizan controles exhaustivos por parte de las administraciones comunales y las juntas electorales. Por otro lado, al realizarse una determinación de los resultados de manera descentralizada, la manipulación a lo sumo afecta al respectivo circuito electoral.

51

“[...] El principio de publicidad de la preparación de una elección y del negocio electoral puede ser limitada con motivo de la protección de los datos privados o del secreto empresarial o de negocios [...]”

52

“[...] un protocolo así puede ser manipulado como cualquier otro producto de papel [...]” (se refiere al protocolo solicitado por el recurrente).

53

“[...] que personas privadas realicen hechos individuales, no debe ser objetable; en tal sentido los organismos estatales sólo deben realizar los con-

troles necesarios. Así, las boletas electorales son impresas por imprentas privadas, y la comunicación del llamado a elección y la documentación para el voto por carta enviados por correos privados [...]"

54

La identidad y autenticidad del software están garantizadas.

55

De todos modos, eventuales errores electorales no son relevantes para determinar mandatos. No se han planteado indicios concretos de alteración de resultados electorales por el uso de aparatos electorales.

56

dd) El Bundestag alemán rechaza las objeciones, con resolución del 14 de diciembre de 2006.

57

Falta de competencia del Bundestag para decidir sobre normas individuales del Derecho Electoral.

58

"[...] También en el voto por correo la publicidad de la emisión del voto está fuertemente limitado [...]"

60

Por sobre la protección de los secretos del fabricante de los aparatos electorales prevalece el interés del público respecto de la publicación del código fuente.

61-63

Se ha cumplido con las normas (Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales y las Directivas para los tipos de construcción de Aparatos Electora-

les). Es posible manipular los aparatos en teoría, pero en la práctica resulta muy difícil. No hay indicios de manipulación o modificaciones involuntarias en las elecciones impugnadas.

64

b) Ambos impugnantes recurren en Queja de Control Electoral ante la Corte Constitucional Federal.

65

aa) El reclamante 1 solicita abolir la resolución del Bundestag alemán del 14 de diciembre de 2006, declarar inválidas las elecciones objetadas y la repetición de la elección con boletas electorales y urnas.

66

Ampliación de agravios del reclamante 1:

68

La publicidad de la elección se lesiona también por el traslado del control a un procedimiento no-público y la negativa a publicar los resultados y documentación de los exámenes, así como de los caracteres de construcción y los códigos fuente de los aparatos.

69

Un problema grave es que el ordenamiento confía en que el software y hardware de los aparatos evaluados en la Oficina Federal Físico-Técnica son idénticos a los aparatos efectivamente utilizados. Éstos no son revisados.

70

El principio de oficialidad no permite que el control de todo el acontecimiento electoral, incluyendo los detalles técnicos, se escape de las manos de los órganos estatales. El Principio del Estado de Derecho y

el Principio de Democracia demandan que todo el acontecimiento, incluyendo sus ramificaciones, sean controlados por órganos estatales y por el pueblo.

71

Los problemas de seguridad de los aparatos electorales afectan los principios electorales de libertad, igualdad y secreto del voto. Si los votos pueden ser capturados, desviados o espiados, se vulnera el principio de libertad electoral. Si no se sabe si el voto será contabilizado efectivamente, se vulnera el principio de igualdad electoral. Estas manipulaciones también pueden afectar el principio del secreto del voto. Para lesionar estos principios electorales es suficiente que la utilización de las máquinas electorales permita la ocurrencia de tales errores.

72

El derecho constitucional que protege el secreto empresarial de la Empresa Nedap debe retroceder frente al interés informativo del público. También los beneficios de la utilización de estos aparatos (velocidad de determinación de resultados y aumento de la seguridad del proceso) no justifican la limitación de la publicidad de las elecciones.

73

Los errores electorales sí resultan relevantes para la determinación de mandatos. No corresponde la prueba al recurrente acerca de la posibilidad de la ocurrencia de un resultado electoral diferente si no se hubieran utilizado aparatos electorales.

74 – 77

Expresión de agravios del segundo recurrente.

78

Respuestas a la vista. Se notifica a todos los partidos políticos con representación en el *Bundestag*, al Director de elecciones y al Instituto Federal Físico-Técnico.

79

El Director de Elecciones Federales considera el empleo de aparatos electorales acorde a derecho.

80

b) Ministerio del Interior profundiza y completa argumentos, como se expone a continuación.

81

El principio de publicidad es exagerado, si se solicita que cualquiera deba poder comprender la totalidad del hecho electoral inclusive las preparaciones electorales hasta en las ramificaciones de los detalles técnicos y que la totalidad del accionar estatal en una elección, incluyendo los permisos de versiones de aparatos electorales así como que los demás preparativos de los órganos electorales y otras instituciones estén bajo control público.

82

La organización descentralizada es uno de los medios más importantes para evitar las manipulaciones. Cada Comuna decide cómo y dónde guardan las máquinas, lo que obliga al manipulador no sólo a poseer conocimientos técnicos, sino el saber dónde y cómo guardan las máquinas cada comuna.

83

El Instituto Federal Físico-Técnico describe el proceso de examinación y señala que los requerimientos de seguridad son los equivalentes al de las elecciones tradicionales, algo no tenido en cuenta por el recurrente.

84

3. a) El Chaos Computer Club e. V. toma en su posición referente a una investigación sobre la seguridad y manipulabilidad de las computadoras electorales Nedap, que en el año 2006 realizaron en conjunto con la iniciativa holandesa “Wij vertrouwen stemcomputers niet”¹. El software y el hardware de la versión holandesa ES3B, que en opinión del autor del estudio sólo tienen diferencias mínimas con las versiones alemanas ESD 1 y ESD, han podido ser manipuladas con un esfuerzo relativamente escaso. La investigación señala que el proceso analizado, a través de la reconstrucción del código fuente del software electoral, y los métodos de programación, son triviales y apenas corresponden al nivel de la técnica de principios de los 90.

85

Las manipulaciones pueden consistir en otorgar el voto a otro partido, en establecer una distribución porcentual fija para el escrutinio no posible de ser descubierto previamente. El cambio del software es viable sin grandes dificultades. Una persona con un breve entrenamiento puede cambiar las memorias en menos de cinco minutos, un especialista en menos de un minuto. También son posibles manipulaciones del hardware.

86

A diferencia de los métodos tradicionales, en cualquier momento se pueden desarrollar procesos que posibilitan el falseamiento electoral, el problema no es solucionable con tecnología, ya que el desarrollo de técnicas más complejas lleva necesariamente a sistemas aún más difíciles de verificar por la gente común.

87

b) El ministerio del Interior señala que existe aquí una sobre-valoración de los requisitos técnicos de seguridad. No se puede garantizar la seguridad

¹ Nota del traductor: en neerlandés equivale a “No confiamos en computadoras de sufragio”.

absoluta frente a falsificaciones electorales. Elecciones con urnas y el voto por correo también son teóricamente manipulables.

88

Las posibilidades de manipulación con computadoras no se diferencian de los peligros en elecciones tradicionales.

89

Se mencionan a los expertos invitados como peritos, y sobre qué temas expusieron.

B.

90

En cuanto a que el segundo recurrente se dirige contra el procedimiento ante el *Bundestag* alemán, su Queja de Control Electoral no tiene éxito.

91

Las Quejas de Control Electoral están fundadas, en la medida en que se oponen a que el Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales que permite la utilización de aparatos electorales controlados por ordenador que no garantizan un control efectivo del acto electoral y un control efectivo posterior del escrutinio. En tal sentido, hay una falta contra el Principio de Publicidad de la elección del artículo 38 de la Constitución en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 2. La utilización de los aparatos electorales guiados por ordenador de la empresa Nedap tampoco era compatible con el principio de la publicidad de la elección. Ambos errores electorales no llevan, empero, a la declaración de invalidez de la elección en los circuitos electorales señalados por los recurrentes.

92

Queda abierta la cuestión acerca de si los aparatos electorales cumplen con los requisitos del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales y las

guías del artículo 38 párrafo 1 frase 1° de la Constitución alemana. Lo mismo es válido acerca de la censura sobre un control oficial insuficiente de los aparatos electorales, de que la examinación del Instituto Federal Físico-Técnico no fuera realizado en público, y la ausencia de publicidad de la documentación y los códigos fuente del software.

I

93- 105

Rechazo del recurso interpuesto por el recurrente 2, que fuere fundado en cuestiones formales en el proceso ante el Bundestag alemán.

II.

104

Establece la competencia de la Corte Constitucional Federal tanto para el cumplimiento del Derecho Electoral Federal, como sobre la constitucionalidad del contenido de la Ley Electoral Federal.

105

El empleo de aparatos electorales guiados por ordenador debe ser examinado especialmente en relación con la publicidad de la elección (artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 2 de la Constitución alemana).

106

La publicidad de la elección es condición fundamental para una formación democrática de la voluntad política. Ella asegura el debido orden y la comprensión de los procesos electorales y logra con ello las condiciones para una confianza fundada de los ciudadanos en el correcto desarrollo de la elección. La forma de Estado de la democracia parlamentaria, en el que el poder del pueblo se mediatiza por medio de elecciones, es decir, no se ejerce constantemente de manera inmediata, exige que el acto

de la transferencia de la responsabilidad estatal hacia los parlamentarios esté bajo un control público especial. El mandamiento fundamental de la publicidad en el proceso electoral incluye el proceso de propuesta electoral, el acto electoral (respecto al voto atravesado por el secreto electoral) y la determinación del resultado electoral (cfr. BVerfG, Sentencia del Segundo Senado del 3 de julio de 2008 - 2 BvC 1/07, 7/07 -, NVwZ 2008, S. 991 <992> m.w.N.).

107

a) El fundamento de la publicidad de la elección lo conforman las decisiones fundamentales de derecho constitucional sobre Democracia, República y Estado de Derecho (artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 2 de la Constitución Alemana).

108

aa) La elección de la representación popular es, en una democracia representativa, el acto de legitimación fundamental. La votación para la elección del *Bundestag* alemán conforma un elemento esencial del proceso de formación de la voluntad del pueblo hacia los órganos estatales y con ello, al mismo tiempo, la base de la integración política. La observación de los principios electorales válidos para ello y la confianza en su observación son por ello condiciones de una democracia viable. Sólo la posibilidad de un control, acerca de si la elección se corresponde con los principios constitucionales electorales, puede asegurar que la delegación del poder del Estado a la representación popular, que es la primera y más importante parte de la cadena ininterrumpida de legitimación del pueblo hacia los oficiales públicos y órganos a los que se confían deberes estatales, no sufran de déficit. La legitimación democrática de la elección exige la capacidad de controlar el proceso electoral, para así poder excluir o corregir manipulaciones y refutar sospechas injustificadas. Sólo esto posibilita la confianza fundada en el debido orden de la conformación del órgano de representación.

La obligación del legislativo y el ejecutivo de ocuparse de que el proceso electoral se conforme acorde a la Constitución y se realice debidamente no alcanza, por sí misma, para transmitir la necesaria legitimidad. Sólo si el pueblo electoral se puede convencer por sí mismo de la legalidad del acto de transferencia, es decir, que la elección se realice “ante los ojos del público” (cfr. Schreiber, *Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag*, 7. Ed. 2002, § 31 Rn. 2) se puede garantizar la confianza del soberano en la ocupación del parlamento acorde a la voluntad del elector, necesaria para el funcionamiento de la democracia y de la legitimidad democrática de las decisiones estatales (cfr. NRW VerfGH, Sentencia del 19 de marzo de 1991 - VerfGH 10/90 -, NVwZ 1991, S. 1175 <1179>; Hanßmann, *Möglichkeiten und Grenzen von Internetwahlen*, 2004, p. 184).

109

bb) En la República la elección es cosa de todo el pueblo y asunto comunitario de todos los ciudadanos. A ello corresponde, que también el control del proceso electoral deba ser un asunto y tarea del ciudadano. Cada ciudadano debe comprender y entender de manera segura los pasos centrales de la elección sin conocimientos técnicos previos especiales.

110

cc) La publicidad de la elección también está apoyada en el principio del Estado de Derecho. La publicidad fundada en el Estado de Derecho sirve a la transparencia y controlabilidad del ejercicio del poder estatal. Ella presupone, que los actos de los órganos estatales pueden ser conocidos por los ciudadanos. Esto también es válido para el actuar de los órganos electorales.

111

b) El principio de publicidad de la elección manda que los pasos esenciales de la elección estén sujetos a la revisión pública, mientras otros in-

tereses constitucionales no justifiquen una excepción. Con ello tiene una especial importancia el control de los actos electorales y la determinación del resultado electoral.

112

Un proceso electoral en el que los electores no comprendan de manera confiable, si su voto se registra de manera no adulterada e incluido en la determinación del resultado electoral, y de cómo se cuentan y ordenan la totalidad de los votos, excluye del control público elementos procedimentales centrales de la elección, y por ello no bastan los requisitos de derecho constitucional.

113

c) No se incluyen todos los actos electorales para el requisito de la publicidad. Por ejemplo los actos del director del circuito electoral para preparar el escrutinio no son obligatoriamente públicos .§ 76 párrafo 1 BWO (cfr. BVerfG, Sentencia del Segundo Senado del 3 de julio de 2008 - 2 BvC 1/07, 7/07 -, NVwZ 2008, S. 991 <992>).

114

d) Los requerimientos de la supervisión del proceso electoral valen sin perjuicio de la responsabilidad de los órganos estatales encargados de la ejecución de la elección parlamentaria (cfr. BVerfGE 20, 56 <113>; 41, 399 <414>; Seifert, Bundeswahlrecht, 3. Ed. 1976, p. 130).

115

Es en primera línea, tarea del legislador regular cómo asegurar la comprensión de los pasos esenciales del proceso electoral. El artículo 38 párrafo 3 de la Constitución empodera y obliga al legislador a determinar las particularidades de la formación del derecho electoral (en especial del sistema electoral y el proceso electoral) y el cumplimiento de los principios del derecho

electoral (cfr. Magiera, en: Sachs, GG, 5. Ed. 2009, artículo 38 Rn. 106 ff., 113 ff.). En el mandato de regulación del artículo 38 párrafo 3 de la Constitución cae también la configuración de los aspectos técnicos del proceso electoral (cfr. Morlok, en: Dreier, GG, Bd. 2, 2. Ed. 2006, artículo 38 Rn. 127) y con ello, la decisión sobre el empleo de aparatos electorales y la determinación de condiciones detalladas para su utilización. Los detalles pueden ser regulados por un ordenamiento jurídico con base en un mandato legal (cfr. Magiera, en: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, artículo 38 Rn. 114).

116

El legislador se encuentra con un amplio margen de decisión en la concretización de los principios de derecho electoral, en el marco del cual él debe decidir si se justifican, y en qué medida, desviaciones a los principios de derecho electoral en interés de la unicidad de todo el sistema electoral y para asegurar los fines político-estatales con él perseguidos (cfr. BVerfGE 3, 19 <24 f.>; 59, 119 <124>; 95, 335 <349>). La Corte Constitucional Federal sólo examina si el legislador actúa dentro del margen de decisión otorgado por la Constitución para su conformación, o si se rebasa el límite de un principio de derecho electoral con fuerza constitucional. No es tarea del Tribunal determinar si el legislador ha encontrado soluciones prácticas o deseables desde el punto de vista jurídico-político, en el margen discrecional del que dispone (cfr. BVerfGE 59, 119 <125>).

117

3. La utilización de aparatos electorales, que pueden registrar el voto electrónicamente y pueden determinar el resultado electoral de manera electrónica, es según ello, sólo compatible con la ley fundamental bajo estrictas condiciones.

118

a) Al emplear aparatos electorales electrónicos, debe poderse revisar los pasos esenciales del acto electoral y la determinación del resultado de ma-

nera confiable y sin conocimientos técnicos especiales. En última instancia, en vista de la manipulabilidad y la propensión al error de los aparatos electorales electrónicos es que resulta la necesidad de un control de este tipo. En ellos la recepción de los votos y la contabilización de los resultados electorales se basan en un proceso de cálculo, que desde afuera y para personas sin conocimientos especiales de técnicas informáticas no son comprobables. Por ello es que errores en el software de los aparatos electorales son de difícil detección. Además, estos errores pueden afectar no sólo una computadora electoral, sino todos los aparatos utilizados. Mientras que en las elecciones tradicionales con boletas electorales resulta poco posible —o de cualquier manera sólo con un esfuerzo considerable y un riesgo de descubrimiento muy alto y de efecto preventivo— la manipulación y falsificación electoral bajo las condiciones marco de las prescripciones vigentes, a los que pertenecen también las reglas sobre publicidad; las intervenciones en los aparatos electorales dirigidos electrónicamente pueden, en principio, con un esfuerzo relativamente escaso, modificar los datos. Incluso alteraciones en una sola urna electrónica pueden influenciar no sólo votos individuales, sino todos los votos que fueron dados con ayuda de este aparato. Más grande es el alcance del error electoral que se ocasiona con las modificaciones y mal funcionamiento de un solo software que se extiende a todas las urnas electrónicas. El efecto de gran alcance de los posibles errores de las urnas electrónicas o las falsificaciones electorales mandan la realización de medidas precautorias especiales para proteger el principio de publicidad de la elección.

119

aa) El elector debe —también sin conocimientos detallados de computación— poder comprender si su voto es registrado como base del escrutinio o —si los votos primero se escrutan con apoyo técnico— de cualquier manera como base de un posterior recuento registrado verdaderamente. No alcanza una remisión a que confíe en ello, sin la posibilidad de examinar por sí mis-

mo el funcionamiento correcto del sistema. De allí que no alcance, si sólo es informado exclusivamente por un indicador electrónico de que su voto ha sido registrado. Eso no le posibilita un control suficiente por el elector. La misma comprensión también debe estar dada para los órganos electorales y los ciudadanos interesados.

120

De ello resulta que los votos no pueden quedar depositados exclusivamente en una memoria electrónica. El votante no puede ser remitido, luego de la votación electrónica, a confiar exclusivamente en la integridad técnica del sistema. Si el resultado electoral se obtiene por medio de la elaboración guiada por ordenador de los votos depositados en la memoria electrónica, no alcanza, si sólo se puede tomar conocimiento mediante un resumen impreso en papel o de un indicador electrónico. Porque de esta manera, electores y órganos electorales sólo pueden examinar si la urna electrónica ha procesado tantos votos como electores han sido autorizados a emplear ese aparato electoral. En estos casos no es reconocible fácilmente, si ha habido errores en la programación del software o de falsificaciones electorales intencionales por medio de la manipulación del software.

121

bb) El legislador no está impedido de utilizar aparatos electorales en elecciones, si se ha asegurado la posibilidad constitucional de un control de corrección confiable. Especialmente son imaginables aparatos electorales en los que los votos se registren, no sólo en la memoria electrónica. Esto es posible por ejemplo, en aparatos electrónicos que además del registro electrónico del voto imprimen un protocolo de papel visible, que puede ser controlado antes de la emisión del voto definitivo y que es recolectado para posibilitar una verificación. También es posible un control independiente del registro electrónico del voto, en el que los electores se-

ñalan una boleta electoral y la decisión del voto es registrada electrónicamente al mismo tiempo (eventualmente con un “lapiz digital” cfr. para ello Schiedermaier, JZ 2007, p. 162 <170>) o posteriormente (por ejemplo con un scanner de boletas electorales; cfr. para ello: Schönau, *Elektronische Demokratie*, 2007, p. 51 f.; Khorrami, *Bundestagswahlen per Internet*, 2006, p. 30), para que los mismos sean evaluados electrónicamente al finalizar la jornada electoral.

122

En todo caso debe quedar asegurado, que el elector domina su emisión del voto y los órganos electorales y ciudadanos interesados pueden verificar fiablemente el resultado electoral sin previos conocimientos técnicos especiales. No es necesaria aquí una decisión acerca de si existe alguna otra posibilidad técnica que permita una confianza en la corrección del proceso de determinación electoral basada en la comprensión, y que con ella se baste al principio de publicidad de la elección.

123

b) Las limitaciones a la controlabilidad ciudadana del proceso electoral no pueden ser compensadas con que los aparatos de muestra sean controlados en el marco del Procedimiento del Permiso de Versión, o que los aparatos utilizados concretamente en la elección sean controlados previamente por una institución oficial sobre su concordancia con determinadas exigencias de seguridad y su integridad técnica. El control de los pasos esenciales de la elección fomenta una confianza fundada en el debido orden de la elección sólo en la manera exigida, de que el ciudadano pueda comprender fiablemente el proceso electoral por sí mismo.

124

Por este motivo un amplio conjunto de otras medidas de seguridad (por ejemplo, controles sobre la consigna de aparatos electorales, poder compa-

rar los aparatos utilizados en cualquier momento con un modelo examinado oficialmente, punibilidad de fraudes electorales y organización descentralizada de la elección) tampoco son adecuados por sí mismos, para compensar la falta de control de los pasos esenciales del proceso electoral por parte de los ciudadanos.

125

Por consiguiente, ni una participación del público interesado en el proceso de evaluación o del permiso de aparatos electorales, ni la publicación de los informes de evaluación o caracteres de construcción (incluyendo los códigos fuente del software en el caso de aparatos electorales guiados por ordenador) contribuyen decisivamente en[1] asegurar el nivel exigido constitucionalmente de controlabilidad y comprensión del proceso electoral. Los exámenes técnicos y procesos oficiales de permiso, que de todas maneras sólo pueden ser apreciados con pericia por especialistas interesados, se refieren a un estado del proceso que se encuentra alejado del de la emisión del voto. La participación del público necesita por ello, para lograr la exigida supervisión fiable, medidas complementarias ulteriores.

126

c) El legislador puede permitir, en un alcance limitado, excepciones al principio de publicidad, para hacer valer otros intereses constitucionales, especialmente los principios de derecho electoral del artículo 38 párrafo 1 frase 1 CN. Así, se dejan fundamentar el control público del voto por correo (§ 36 BWG) con el objetivo de lograr una, en lo posible, amplia participación electoral (cfr. BVerfGE 21, 200 <205>; 59, 119 <125>). En el empleo de aparatos electorales guiados por ordenador no se reconocen principios constitucionales contrapuestos que justifiquen una extensa limitación de la publicidad de la elección y con ello la controlabilidad del acto electoral y la determinación del resultado.

127

aa) En la medida de que el empleo de aparatos electorales guiados por ordenador tengan por fin excluir el señalamiento inconsciente incorrecto de la boleta electoral, la emisión no deseada de votos inválidos, errores de contabilización no queridos o interpretaciones erróneas de la voluntad del elector en el escrutinio, que siempre vuelven a ocurrir en una elección tradicional con boletas electorales (cfr. Schreiber, *Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag*, 7. Ed. 2002, § 35 Rn. 2), sirve a la imposición de la igualdad electoral del artículo 38 párrafo 1 de la Constitución alemana. Cual es el peso de esta finalidad, queda por verse. En todo caso no justifica por sí mismo la renuncia a cualquier tipo de comprensibilidad del acto electoral. Porque el error de contabilización involuntario o la interpretación errónea de la voluntad del elector por medio de aparatos electorales también puede ser excluido, si además del registro electrónico y recuento de los votos, se posibilita un control complementario por parte de los electores, órganos electorales y al público en general. Un correspondiente control resulta por ejemplo posible en aquellos aparatos electorales electrónicos, que registran los votos no sólo electrónicamente en la computadora electoral, sino que también al mismo tiempo de manera independiente (véase arr. II. 3. a) bb). Aparte de ello, errores de manipulación —por ejemplo la utilización de la tecla “inválido” en la suposición de que así se corrige un error de ingreso— no están excluidos en las urnas electrónicas autorizadas para la elección del 16° *Bundestag* alemán.

128

bb) El principio del secreto del voto tampoco conforma un principio constitucional contrapuesto, que pueda ser traído como fundamento de una amplia limitación de la controlabilidad del acto electoral y escrutinio. No existe un “área de tensión” entre el principio del secreto del voto y el principio de publicidad que pudiera justificar estas limitaciones (BTDrucks 16/3600, Anexo 1, p. 20).

129

El principio del voto secreto garantiza que exclusivamente el elector tenga conocimiento del contenido de su decisión electoral y obliga al legislador a tomar las medidas necesarias para la protección del voto secreto (cfr. H.H. Klein, en: Maunz/Dürig, GG, artículo 38 Rn. 110 [Marzo 2007]; Pieroth, JuS 1991, p. 89 <91>). El secreto del voto conforma la protección mas importante de la libertad de elección (cfr. BVerfGE 99, 1 <13>). Históricamente el voto secreto puede haber sido una ruptura de la publicidad del proceso electoral, porque renuncia a la emisión pública del voto para proteger la libertad de la elección (cfr. Breidenbach/Blankenagel, *Rechtliche Probleme von Internetwahlen*, Berlin 2000, p. 34 f.). Pero, bajo el dominio de la ley fundamental que prescribe a la elección expresamente como secreta para proteger su libertad, de entrada el principio de publicidad no vale para el acto de la emisión del voto. Mientras que la publicidad de la elección no excluya la posibilidad de la observación de la creación del voto de manera inobservada, el proceso electoral está bajo el dominio del principio de publicidad (cfr. H.H. Klein, en: Maunz/Dürig, GG, artículo 38 Rn. 113 [März 2007]; Seifert, *Bundeswahlrecht*, 3° Edic. 1976, artículo 38 Rn. 35). El principio del secreto del voto origina por ello, ya desde el acto de votación, ninguna limitación al principio de publicidad. Tampoco se justifica una limitación del control público en la emisión del portador —previamente marcado en secreto— del voto o en el escrutinio. Esto ya se deduce, que nada se opone a las precauciones complementarias que le permitan al elector un control acerca de si su voto será registrado legítimamente como base de un recuento.

130

cc) Finalmente no justifica el objetivo de poder lograr en breve tiempo una representación popular con capacidad operativa, limitaciones al principio de la publicidad de la elección en el empleo de aparatos electorales guiados por

ordenador. La clarificación de la correcta conformación de la representación popular en un tiempo prudencial es un punto de vista que puede ser tenido en cuenta en la conformación de un proceso electoral y del proceso de control electoral (cfr. BVerfGE 85, 148 <159>). Pero el deseo de la reunión del nuevo *Bundestag* de manera oportuna (cfr. artículo 39 Abs. 2 Constitución) no se pone en peligro con disposiciones suficientes para asegurar la publicidad de la elección. Desde la Constitución no se exige que el resultado electoral deba estar a la vista apenas cierran los locales electorales. Además, las pasadas elecciones para el *Bundestag* han mostrado que también, sin la utilización de aparatos electorales, el resultado oficial provisorio se puede obtener en pocas horas. De allí que el interés de una determinación rápida de la conformación del *Bundestag* alemán no es un interés constitucional lo suficientemente adecuado para limitar la publicidad del proceso electoral.

131 -135

Acerca de la competencia para regular el empleo de aparatos electorales.

III

136

Según estos criterios, el empoderamiento normativo del § 35 BWG no se enfrenta a ninguna consideración constitucional radical.

137-139

La regulación del BWG es suficiente para la autorización y control de los aparatos electorales, en el §1 el legislador dio una definición básica favorable al uso de aparatos electorales.

140

2. § 35 BWG es compatible con el principio de publicidad de las elecciones.

141

a) No se encuentra frente a escrúpulos de derecho constitucional, que el § 35 párrafo 1 BWG permita aparatos electorales “en lugar de boletas electorales y urnas electorales”. Porque el § 35 Abs. 1 BWG no excluye con esta formulación el permiso y la utilización de aparatos electorales con dispositivos de control, que registren los votos suplementariamente de manera controlable por el elector, con el registro (electrónico) en el aparato electoral. Según la posición sistemática del § 35 Abs. 1 BWG las palabras “en lugar de boletas electorales y urnas electorales” toman referencia al proceso electoral tradicional normado en el § 34 BWG, en el que se utilizan exclusivamente boletas electorales y urnas electorales. El § 35 Abs. 1 BWG a su vez no excluye la promulgación de prescripciones que prevean mecanismos para una verificación independiente del resultado electoral al registro del voto y escrutinio electrónico.

142

b) Resulta inofensivo, que el principio de publicidad de las elecciones no esté otra vez expresamente mencionado en el § 35 BWG como requisito para la autorización y empleo de aparatos electorales guiados por ordenador. Estas exigencias se derivan directamente de la Constitución y comprometen por ello también al legislador en la concretización del § 35 BWG. *También se mencionan otras disposiciones que obligan a la publicidad del acto electoral: § 31 BWG y § 35 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 BWG.*

IV.

143

“El Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales es inconstitucional por contravenir el principio de publicidad de la elección del artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 2 CN” [...] “El Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales no contiene normas que aseguran que sólo se autorizarán y utilizarán aquellos aparatos electorales, que basten a las condiciones previas de derecho constitucional del principio de publicidad.”

144

El artículo 35 de la Ley Federal Electoral rige en lo referido al empleo de aparatos electorales guiados por ordenador, y las modificaciones realizadas a lo largo del tiempo no le quitaron dicha condición.

145

2. El Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales lesiona el principio de la publicidad de la elección del artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 2 CN, porque no garantiza un control eficaz del acto electoral ni una verificabilidad del resultado electoral en la utilización de aparatos electorales guiados por ordenador. Este déficit no puede ser resuelto por la vía de una interpretación conforme a la Constitución.

146

a) La publicidad de la elección ordena al utilizar aparatos electorales guiados por ordenador, que los pasos esenciales del acto electoral y la determinación del resultado puedan ser verificados de manera confiable y sin conocimientos técnicos especiales. Estas reglas no están contenidas en el Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales.

147

En especial, no resulta del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales, que sólo puedan ser empleados aparatos electorales que le permitan al elector un control confiable al emitir su voto, de que su voto será registrado sin adulteraciones. El ordenamiento tampoco plantea exigencias procesales y de contenido concretos en relación con un control ulterior confiable del escrutinio.

148

La obligación de sellar los aparatos electorales guiados por ordenador y los recipientes en los que se encuentran las memorias de los votos luego del

escrutinio (§ 15 Abs. 3 BWahlGV) así como asegurar que las memorias de votos no puedan ser accesibles a personas no autorizadas (§ 16 párrafo 2 BWahlGV) es, en tal sentido, insuficiente. Porque incluso si la memoria de votos puede ser nuevamente leída con posterioridad a la jornada electoral en cualquier oportunidad, el objeto de este recuento son sólo los votos guardados electrónicamente, en ese sentido, ni votantes ni Junta Electoral pueden verificar si los mismos han sido registrados correctamente.”

149

La contabilización y comparación entre electores autorizados y votos consignados sólo posibilita un control de si el aparato elabora tantos votos como electores lo han utilizado. El control público de los pasos esenciales del acto electoral y escrutinio no queda garantizado de esta manera.

150

b) El Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales no puede ser interpretado en el sentido de que sólo se pueden utilizar aparatos electorales que basten al principio de la publicidad de las elecciones, para así hacerlo conforme a la Constitución.

151

Una aplicación conforme a la Constitución, del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales, realizado de tal manera que el permiso de construcción y la autorización de empleo sólo puede ser otorgado por el Ministerio del Interior si se garantiza un efectivo control del acto electoral y la determinación de los resultados electorales (cfr. Schiedermaier, JZ 2007, p. 162 <170>), sobrepasa los límites de una interpretación constitucional. Al legislador le estarían abiertas diversas posibilidades para garantizar la controlabilidad de los pasos centrales de la emisión del voto y el escrutinio. Ya que el Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales no deja reconocer, en su versión actual, como sería un control de este tipo, existe una falta

de normativa demandada constitucionalmente, y con ello a puntos de referencia suficientes, en los que se podría basar una interpretación constitucional conforme a la Constitución.

152

Aquí también se debe tener en cuenta, que el Ministerio del Interior como legislador no ha considerado útil, ni se ha sentido demandado jurídicamente para promulgar una legislación para un control eficaz del acto electoral y escrutinio, posición confirmada en su toma de posición en el presente proceso.

V.

153

Además, los aparatos electorales guiados por ordenador empleados para la elección para el 16° *Bundestag* alemán no se correspondían con los requisitos que la Constitución plantea para el empleo de aparatos electorales.

154

La utilización de los aparatos electorales electrónicos de la empresa Nedap del Tipo ESD 1 Versión hardware 01.02, 01.03 y 01.04 así como el tipo ESD2 Hardware-Version 01.01 lesiona el principio de la publicidad de la elección (artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 2 de la Constitución alemana), porque estos aparatos electorales no posibilitan un control efectivo de los actos electorales, ni una verificación confiable del resultado electoral.

155

Los votos fueron registrados exclusivamente por una memoria electrónica. Ni el elector ni las juntas electorales o los ciudadanos presentes en el local electoral pudieron verificar, sobre si el voto emitido fue registrado auténticamente por la urna electrónica. Por medio del indicador en la unidad las juntas electorales sólo podían reconocer si la urna electrónica registraba

un voto, pero no sobre si los votos fueron registrados por las urnas electrónicas sin modificaciones de contenido. En estos aparatos no se previó la posibilidad de un registro de los votos independiente del módulo de memoria de votos, que le permitiese a cada elector verificar su voto.

156

También los pasos esenciales del escrutinio por medio de urnas electrónicas no pudieron ser comprendidos por el público. Ya que el escrutinio es el objeto de un proceso de elaboración de datos realizado exclusivamente en el interior de los aparatos electorales, ni los órganos electorales ni los ciudadanos que asisten a la determinación del resultado electoral pueden comprender si los votos válidos emitidos han sido adjudicados correctamente a las ofertas electorales y si los votos obtenidos por las ofertas electorales individuales han sido indagados correctamente. No resultaba suficiente que con una impresión en papel del resumen o un indicador electrónico se podía dar conocimiento del resultado obtenido por el proceso de cálculo. Un recuento público, por el que los ciudadanos pudieran comprender confiablemente y por sí mismos, y sin conocimientos especiales previos quedaba así excluida.

VI.

157

Puede quedar abierto si las demás censuras tienen fundamento. Los recurrentes hacen valer, entre otros, que la calidad de los aparatos electorales y del software empleado no corresponden con los requisitos del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales, en especial de las directivas para la construcción de aparatos electorales (Anexo 1 artículo 2 BWahlGV). Además, los aparatos electorales empleados no tienen un control oficial suficiente y la evaluación de los modelos por la Oficina Federal Física-Técnica así como el proceso para la autorización de los modelos deberían haberse conformado de otra manera. Los recurrentes se dirigen con ello, en conclusión, contra el

empleo de los aparatos electorales guiados por ordenador en las elecciones para el 16° *Bundestag* alemán. Incluso si tales censuras tuviesen fundamento, estos errores electorales no tienen un peso especial al lado de la constatación de lesión del principio de publicidad del artículo 38 en relación con el artículo 20 párrafos 1 y 2 de la Constitución alemana.

VII.

158

Los errores electorales constatados no llevan a dar lugar a la Queja de Control Electoral y mandar a reiterar la elección en los circuitos señalados.

159

1. El error electoral que resulta de la autorización de los aparatos electorales guiados por ordenador de la empresa Nedap, el permiso para el empleo de estos aparatos electorales en la elección para el 16° *Bundestag* alemán y el efectivo uso de estos aparatos electorales en las elecciones no tienen relevancia en la adjudicación de mandatos. Porque el permiso y la utilización de los aparatos electorales, pese a insuficiente conformación de las bases jurídicas no llevan, como tales, a influenciar el resultado electoral.

160

2. Los errores electorales que resultaron de la autorización y empleo de aparatos electorales guiados por ordenador, cuyo estado no concordaba con los requisitos de una efectiva controlabilidad del proceso electoral no lleva, subordinado por su relevancia en los mandatos, a la declaración parcial de invalidez de la elección para el 16° *Bundestag* alemán.

161

a) En los casos en los que un error electoral ha podido repercutir en la distribución de mandatos en el *Bundestag*, corresponde a una decisión de Con-

trol Electoral de la Corte Constitucional Federal, estando bajo el mandato de la intervención mínima posible. La decisión sólo puede llegar hasta donde lo demande el error electoral constatado. En principio es la exigencia de la protección de la existencia de una representación popular (cfr. BVerfGE 89, 243 <253>), que tiene su fundamento jurídico en el mandato de democracia, con las consecuencias del error electoral constatado lo que hay que ponderar. Influencias electorales simples, sin peso, no llevan por ello a la invalidez de una elección. La intervención en la composición de una representación popular electa por una decisión de derecho de control electoral debe ser justificada por el interés del mantenimiento de la representación popular (cfr. BVerfG, Sentencia del Segundo Senado del 3 de julio 2008 - 2 BvC 1/07, 7/07 -, NVwZ 2008, S. 991 <997> m.w.N.). Incluso allí donde un error relevante en distribución de mandatos puede ser limitado a determinados mandatos, es decir no se debe declarar inválida la totalidad de la elección, debe considerarse de tal manera, que pueda resultar a favor de un interés del mantenimiento de la representación.

162

b) El interés del mantenimiento de la representación popular, conformado en la confianza en la constitucionalidad del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales prevalece sobre los errores electorales constatados. Sus posibles consecuencias en la conformación del 16° *Bundestag* alemán son, en todo caso, calificables de marginales a falta de indicios de que los aparatos electorales hayan funcionado incorrectamente o hallan sido manipulados, y por ello los resultados electorales en los circuitos electorales afectados hubieran sido de otra manera si no se utilizaran aparatos electorales. Semejantes consecuencias inciertas no justifican la solicitada declaración de invalidez parcial de las elecciones para el 16° *Bundestag* alemán. En tal sentido debe tenerse también en cuenta, que la falta constitucional constatada no fue realizada intencionalmente sino bajo una situación jurídica no clara en su momento. En estas condiciones no hay un

error electoral que haga imposible de sostener la continuación de la representación popular.

C

163

Asignación de costas. El Estado cubre el 100% de las costas del primer recurrente, y el 75% del segundo recurrente.

Firma de los Jueces de la Corte Constitucional.

Voßkuhle, Broß, Osterloh, Di Fabio, Mellinghoff, Lübbe-Wolff, Gerhardt,
Landau

Anexo

Artículos de la Constitución alemana citados, en los que se funda la sentencia de la Corte*

Artículo 38

- (1) Los diputados del *Bundestag* alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia.
- (2) Tiene derecho de voto quien haya cumplido dieciocho años de edad. Es elegible quien haya cumplido los años con los cuales se alcanza la mayoría de edad.
- (3) La regulación se hará por una ley federal

Artículo 20 [Fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia]

- (1) La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social.
- (2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial.
- (3) El poder legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes ejecutivo y judicial, a la ley y al Derecho.
- (4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso.

Fundamento legal del recurso de Queja de control electoral

Artículo 41

- (1) El control de las elecciones compete al *Bundestag*. Decide también si uno de sus miembros ha perdido su calidad de tal.
- (2) Contra la decisión del *Bundestag* se admite el recurso de queja ante la Corte Constitucional Federal.
- (3) La regulación se hará por una ley federal.

* Los textos fueron tomados de: <http://constitucion.rediris.es/legis/legextr/ConstitucionAlemana.html>

Los principios generales del derecho electoral y su gravitación en la inconstitucionalidad del régimen alemán de voto electrónico

General principles electoral law and their influence upon unconstitutionality of the German system of electronic voting

José M. Pérez Corti*

RESUMEN

La Corte Constitucional Federal Alemana, observando un interesante razonamiento lógico fundado en los principios generales del derecho electoral contenidos en su Ley Fundamental, no se ha pronunciado sobre la legalidad o la ilegalidad de los diferentes sistemas y mecanismos electrónicos de votación, sino que ha centrado su mirada en la revisión constitucional del marco normativo que rige los procedimientos y requerimientos técnicos de habilitación e implementación de aquellos.

En efecto, la inconstitucionalidad se articula sobre cuestiones de índole reglamentaria y operativa, íntimamente relacionadas con el poder de policía electoral reglamentario y de ejecución. Para ello, no duda en fundar sólidamente su decisión en argumentos relativos a los principios generales y constitucionales del derecho electoral, válidos para todo el proceso electoral, por considerarlos matriz insuperable de pro-

* Magister en Partidos Políticos, Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); Relator Electoral, de Competencia Originaria y de Asuntos Institucionales, Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba (Argentina); Docente universitario de Derecho Público, Constitucional y Electoral; Doctorando en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina).

tección de la voluntad popular en el marco de un régimen democrático, republicano y federal.

PALABRAS CLAVE: voto electrónico, sistema electoral alemán, publicidad del voto, control del elector, elecciones y nuevas tecnologías.

ABSTRACT

The German Federal Constitutional Court, having an interesting logical reasoning based on general principles of law in its receptive Electoral Basic Law has not ruled on the legality or not of the various systems and electronic voting mechanisms. Although it has focused its gaze on the constitutional review of the regulatory framework governing the procedures and technical requirements and of their implementation.

Indeed, the unconstitutionality is divided on issues of regulatory and operational nature, closely related to the electoral police power and regulatory enforcement. To do this, they do not hesitate to firmly establish their decision on arguments relating to general principles of constitutional and electoral law, valid for the entire election process, considering these an unsurpassable protection array of popular will in a democratic, republican and federative context.

KEYWORDS: electronic vote, german electoral system, publicity of the vote, control of the voter, elections and new technologies.

Introducción

En 2009, la Corte Constitucional Federal Alemana sentó un muy interesante precedente respecto al régimen jurídico aplicable a los sistemas informáticos de votación o voto electrónico. En efecto, el 3 de marzo de 2009 declaró incompatibles las previsiones del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales¹ fundándose para ello en las disposiciones del artículo 38 y de los párrafos 1° y 2° del artículo 20 de la Ley Fundamental alemana. De dicha incompatibilidad emanó la consecuente inconstitucionalidad de la norma de inferior jerarquía, fundada en la ausencia de garantías acordes con el principio de publicidad de la elección en los sistemas informáticos de votación o computadoras electorales utilizados en la elección del 16° *Bundestag* alemán.²

Consecuentemente, la inconstitucionalidad no se pronuncia en relación con el denominado “voto electrónico” ni respecto de las “computadoras electorales” o “urnas electrónicas”, sino en relación directa con cuestiones de índole reglamentaria y operativas concernientes al poder de poli-

¹ *Bundeswahlgeräteverordnung – BwahlGV* del 3 de septiembre de 1975 (*Bundesgesetzblatt I*, p. 2459), en la versión de la prescripción para la modificación del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales y el Ordenamiento de Elecciones Europeas del 20 de abril de 1999 (*Bundesgesetzblatt I*, p. 749). Para las elecciones del 16° *Bundestag* alemán, estaba en vigencia el § 35 BWG en la versión de la publicación de la Ley Electoral Federal del 23 de julio de 1993 (BGBl I S. 1288, ber. S. 1594), modificada por última vez por la Octava Ordenación de Adaptación de Competencia del 25 de noviembre de 2003 (BGBl I p. 2304). Véase Fallo de la Corte Constitucional Alemana —2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07—, traducción del magister Manfred Koessl, cuyo texto completo en alemán puede ser consultado en el sitio oficial de la Corte Constitucional Federal Alemana: http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20090303_2bvc000307.html

² En las elecciones para el 16° *Bundestag* o Parlamento alemán, aproximadamente dos millones de electores de Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz y Sachsen-Anhalt dieron su voto por medio de los aparatos electorales guiados por ordenador, producidas por la empresa holandesa Nedap y distribuidas en Alemania desde 1999 como componente central del “Sistema electoral integral” (IWS) por la empresa H. GmbH. La denominación de los modelos de aparatos electorales se componen de un nombre para la generación de aparatos (ESD1 o ESD2) así como el número de versión para el hardware (HW) y el software (SW). En las elecciones para el *Bundestag* alemán se han utilizado hasta el momento los modelos ESD1 (HW 1.02; SW 2.02), ESD1 (HW 1.02; SW 2.07), ESD1 (HW 1.03; SW 3.08), ESD1 (HW 1.04; SW 3.08) y ESD2 (HW 1.01; SW 3.08). Véase Fallo de la Corte Constitucional Alemana —2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07—, cuya traducción estuvo a cargo del magister Manfred Koessl, a quien agradecemos su desinteresada e invaluable colaboración.

cía electoral reglamentario y de ejecución, al que no siempre se le presta la atención que su importancia merece.

Para ello, la Corte alemana funda sólidamente su decisión en argumentos relativos a los principios generales y constitucionales del derecho electoral, válidos para todo proceso electoral, por considerarlos matriz insuperable de protección de la voluntad popular en el marco de un régimen democrático, republicano y representativo.

Implementación del voto electrónico: requerimientos normativos

Alemania registra antecedentes de larga historia³ en cuanto a la implementación de nuevas tecnologías en el proceso electoral. Al respecto cabe destacar que cuenta con una profusa y prolija reglamentación destinada a regir las vías y procedimientos de implementación de computadoras electorales o urnas electrónicas, es el denominado Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales.⁴ Es decir, en Alemania no se ha improvisado sobre el tema. Todo lo contrario, se ha trabajado desde hace mucho tiempo para regular adecuadamente este delicado asunto, y resulta impensable que su tratamiento esté fuera de un marco legal adecuado en el que se contemplen todos los procedimientos y controles necesarios para garantizar el ejercicio de los derechos políticos, por cuanto conforman los derechos

³ “Fundamentos: ... 7-2. Ya en la década del ‘50 se intentó en Alemania reemplazar el proceso electoral tradicional del conteo manual de boletas, por métodos más racionales y el empleo de aparatos electorales. Según el art. 35 párr. 3 de la Ley Electoral Federal del 7 de mayo de 1956 (BGBl I S. 383 - BWG) el Ministro del Interior del Bund podía permitir que, en lugar de boletas electorales, se utilizaran aparatos de conteo electoral oficialmente autorizados. Sobre esta base se promulgó la prescripción sobre la utilización de aparatos de conteo electoral para elecciones para el Bundestag Alemán del 24 de agosto de 1961 (BGBl I S. 1618)...”, Fallo -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07- de la Corte Constitucional Federal Alemana, pronunciado el 3 de marzo de 2009 en el proceso de Queja de Control Electoral contra la resolución del *Bundestag* alemán del 14 de diciembre de 2006, WP108/05 – (BTDrucks 16/3600). Véase Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-.

⁴ *Bundeswahlgeräteverordnung – BwahlGV* del 3 de Septiembre de 1975 (*Bundesgesetzblatt I*, p. 2459). Véase Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-.

constitucionales por excelencia en un sistema republicano, democrático, representativo y federal.

La sentencia que nos convoca deja en claro que en dicho país, para poder utilizar aparatos electorales en un proceso electoral determinado, siempre tendrá que garantizarse el secreto de la votación. Para hacer efectiva dicha garantía, la implementación de nuevas tecnologías al proceso electoral requiere de una doble instancia de control y autorización. La primera de ellas radica en su debido registro, homologación o certificación⁵ de cada una de las versiones o modelos de computadoras electorales o urnas electrónicas, las que deberán ser oficialmente admitidas por el Ministerio del Interior alemán, a solicitud del fabricante. La segunda instancia, una vez adquirida la condición de aparato electoral admitido o certificado, radica en la autorización para su uso comicial, la que puede ser específica y limitada si es concedida sólo para una determinada elección, o genérica e indeterminada si la habilitación es general (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 19 (2)).

Al hablar de voto electrónico no se pueden dejar de lado los intereses de la(s) empresa(s) que tuviera(n) a su cargo el suministro de las máquinas o aparatos de votación. En efecto, no es posible ignorar que esta clase de servicios o prestaciones obedece a un innegable y sano interés comercial, que por otra parte viene íntimamente ligado a la protección de los conocimientos y procedimientos utilizados para la elaboración de tales aparatos electrónicos de votación. Sin embargo, cabe destacar también que tal interés económico y su consecuente derecho de propiedad intelectual sobre los desarrollos informáticos en cuestión, deben encuadrarse dentro del particular ámbito de actuación que libremente han elegido para llevar adelante su actividad comercial. Tales argumentos han sido esgrimidos por los impugnantes ante la Corte Constitucional Alemana, afirmando que eventuales intereses del fabricante en proteger sus

⁵ Tal es el caso de los Estados Unidos de América.

secretos comerciales deben ser subordinados a los principios generales que rigen la vida institucional de una república (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 39); llevando el tema hasta el campo constitucional, al reconocer que el derecho constitucional que protege el secreto empresarial debe ceder frente al interés informativo del público, resultando inaceptable una limitación a la publicidad que debe primar en todo proceso electoral (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 72).

En este orden de ideas, la Corte Alemana fue aún más allá al afirmar que la participación del público interesado en el proceso de evaluación o del permiso de aparatos electorales, o la publicación de los informes de evaluación o caracteres de construcción (incluyendo los códigos fuente del software en el caso de aparatos electorales guiados por ordenador) no alcanzan a configurar ni contribuyen decisivamente a garantizar el nivel de contralor y de comprensión del proceso electoral exigidos constitucionalmente. Ello debido a que los exámenes técnicos y los procesos oficiales de permiso —que de cualquier modo sólo pueden ser apreciados con pericia por los especialistas interesados—, se refieren a un estado del proceso que se encuentra alejado de la emisión del voto. Para alcanzar la exigencia de una supervisión fiable, la participación del público necesita de medidas complementarias ulteriores (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 125).

Cualquier tentativa de implementación de sistemas informáticos destinados a la emisión, captación y procesamiento del sufragio ciudadano, requiere ineludiblemente de un adecuado marco legal y procedimental, además de órganos de control profesionalmente formados y capacitados a tal fin (Pérez 2005, 151). En este contexto, otro tema a partir del cual se debe planificar cualquier proyecto de implementación de mecanismos informáticos de votación, radica en la existencia de un interés comercial acotado al fin perseguido con la actividad desarrollada a través de sus sistemas informáticos y las nuevas tecnologías de la información.

El derecho electoral y sus principios jurídicos o generales (Pérez, 21)

Desde hace algún tiempo es posible advertir en el mundo jurídico la mayor presencia de los denominados “principios jurídicos” o “principios generales del derecho”. En parte esto se debe a la crisis de la norma legal que ha dejado de ser identificada o asimilada como derecho único; aunque también es notable la presencia del Poder Judicial para brindar soluciones satisfactorias a la sociedad ante el aumento de su demanda de respuestas concretas y justas. A esto cabe agregarle puntos como la renovación y el enriquecimiento de las fuentes del derecho y la interpretación jurídica, la operatividad generosa e internacional de los derechos humanos, la constitucionalización del ordenamiento jurídico, los cambios intensos y amplios en el derecho vigente, así como las profundas críticas formuladas desde los “realismos” a las pretensiones de “pureza” jurídica otrora enarboladas por el sueño legalista y logicista que durmieron Europa y nuestro continente desde comienzos del siglo XIX, y que finalizó hace ya algunas décadas.

Destacada doctrina afirma que una visión preocupada por tener presente el sentido profundo y raigal del derecho requiere volver la mirada a sus ‘principios’, es decir, a aquello de donde deriva y se puede conocer esa peculiar realidad que los hombres constituyen, reconocen y necesitan como derecho. Ello supone darnos cuenta de que las normas autoritativamente dispuestas no agotan el derecho, sino que, por el contrario, ellas más bien son expresión circunstanciada e incompleta del derecho. La sociedad conlleva derecho, pero no siempre éste necesita de la estructura propia de las normas para regir. El plus de derecho desde donde se puede explicar, ordenar y justificar a las normas está constituido, precisamente, por los principios. Sólo comprendiendo de dónde viene el derecho podemos saber adónde y con qué límites conducirlo. Sin duda,

es un mundo cargado de incertidumbres, pero no tanto por razones intrínsecas sino básicamente por falta de atención a ellos; de ahí, la urgencia de su estudio exhaustivo e integral en torno al arché jurídico (Vigo 2000, X).

Para definir lo que entendemos por “principio” recurriremos a Aristóteles (2000, 196), quien sostenía que lo común a todo tipo de principios es “ser lo primero a partir de lo cual algo es, o se produce, o se conoce”. Por lo tanto, el principio es, necesariamente, anterior a la norma, y como tal, en muchos casos, fundamento de su existencia y auxiliar en su interpretación.

Como parte integrante del mundo jurídico, en el derecho electoral nos encontramos con una serie de pautas o principios que responden a su particular contenido, y que por lo tanto concurren en nuestro auxilio a efecto de lograr una adecuada exégesis de sus normas, institutos y elementos, posibilitando una mayor riqueza interpretativa con miras a su más adecuada aplicación en cada caso concreto.

En este orden de cosas, los principios jurídicos atañen a diferentes aspectos del derecho electoral, pudiéndolos diferenciar en tres grandes grupos, a saber:

1. **Principios jurídicos del derecho electoral.** Son aquellos que atañen al contenido de fondo o sustantivo de esta rama de la ciencia jurídica y normativa, pudiéndolos identificar con los principios generales propiamente dichos.
2. **Principios jurídicos de la administración electoral.** Comprende el conjunto de reglas no escritas que rigen la faz operativa de la actividad electoral en tanto administración del proceso comicial.
3. **Principios jurídicos procesales electorales.** Corresponden a los principios generales relacionados con la legislación procesal o adjetiva de esta rama del derecho.

Dichos principios se convierten en sabios consejeros de la magistratura a la hora de tener que resolver con la letra de la ley la dinámica creativa de los hechos y de la vida misma. La norma, en su formalidad intrínseca y natural, no siempre logra abarcar adecuadamente las hipótesis que se combinan y multiplican en la vida real; y es allí donde los principios generales del derecho ingresan al razonamiento jurídico como amalgama racional de las normas y los hechos en procura de articular una solución final que dé respuesta a las necesidades diversas y hasta contrapuestas de la sociedad.

Pronunciamiento de la Corte Constitucional Federal Alemana

En el fallo de la Corte alemana encontramos cuatro ideas centrales en torno a las cuales se desarrolla el debate jurídico por el que se arriba a la decisión judicial definitiva. Tales lineamientos son el marco jurídico reglamentario vigente para la implementación del voto electrónico, el interés empresarial, los principios jurídicos o generales del derecho electoral, y finalmente las garantías que preservan o comprometen la implementación de un determinado mecanismo o sistema de votación electrónica.

Una vez más destacaremos la existencia de un preciso e indispensable marco jurídico que determine el procedimiento a seguir para implementar un sistema informático de votación. Es en este sentido que la decisión judicial no hace más que reforzar la necesidad de tal régimen normativo, en tanto que es el encargado de materializar operativamente las disposiciones, derechos y garantías constitucionales relativas a algo tan delicado como los derechos políticos en un régimen republicano y democrático.

La Corte se encarga también de afirmar el reconocimiento constitucional del interés comercial y empresarial de quienes han desarrollado los aparatos o máquinas de votación electrónica, aunque sin otorgarle carácter absoluto, sino antes bien, encuadrándolo adecuadamente dentro del conjunto de derechos e intereses que se hallan en juego. En este sentido, declara la necesaria postergación de eventuales intereses del fabricante

para proteger sus secretos comerciales frente al deber de garantizar la exclusión o corrección de manipulaciones o sospechas injustificadas, de tal modo que en todo momento se pueda avalar la confianza del soberano en la conformación de los órganos de gobierno de acuerdo con la voluntad popular que se ha manifestado.⁶

En esta construcción de la decisión judicial, son las mismas partes en litigio las que recurren a los principios generales del derecho electoral, procurando a través de ellos la gradual equiparación de situaciones jurídicas, fácticas e hipotéticas que le permiten a la Corte Constitucional Federal Alemana arribar a la convicción sobre la invalidez del marco jurídico reglamentario, su prudente proyección sobre el proceso electoral del 16° *Bundestag*, así como también a la insuficiencia de tal pronunciamiento para afectar la validez de los comicios en los que se aplicara y dieran origen al presente litigio.

Entre aquellos principios constitucionales relativos al derecho electoral que son desarrollados a lo largo de la sentencia mediante reiteradas invocaciones, encontramos el de democracia, el de estado de derecho y el de publicidad.

Principio de democracia o democrático

Es aquel conforme el cual las funciones en las que se divide el poder en tanto noción política y organización institucional, deben estar vinculadas con la voluntad del pueblo. Esto es, son los individuos en tanto ciudadanos políticos de una determinada comunidad, los que dotan de legitimidad al sistema institucional y normativo vigente; legitimidad sin la cual no se sentirían vinculados a aquellos. Por lo tanto, el principio democrático es aquel que procura garantizar la presencia y la actuación de la voluntad popular dentro de un régimen democrático, especialmente si es republicano y representativo, a través de las instituciones y procedimientos del derecho electoral.

En el contexto del derecho electoral, este principio se traduce en la protección del contenido real e inalterabilidad cualitativa y cuantitativa de

⁶ Véase Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 108.

la voluntad popular que se manifiesta a través del procedimiento comicial el día de la elección. En este sentido, lo que se persigue es el no falseamiento de la manifestación del pueblo a través del sufragio, y que así, la voluntad del electorado libremente expresada no pueda ser suplantada o tergiversada. Es por ello, justamente, que cuando en el proceso electoral se registra la concurrencia de vicios que alteren el contenido de la decisión ciudadana hasta el punto de no conocerse lo que la voluntad de aquellos ha querido o decidido, corresponde la anulación del proceso electoral en el ámbito específico en el que se ha producido tal situación.

En la sentencia *sub examine*, los impugnantes recurrieron reiteradamente a este principio para argumentar y sustentar sus posiciones. Así entendieron que debían encontrarse subordinados al principio democrático:

- La protección de los secretos y eventuales intereses comerciales de los fabricantes de máquinas o urnas electrónicas de votación (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 39).
- El uso de aparatos electorales guiados por ordenadores o computadoras (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 44).
- La limitación de partes del procedimiento o de sus derivaciones excluyéndolos del control público especial a través de los órganos estatales y de la misma Voluntad Popular (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 70).

Por su parte, el Tribunal hizo propio este argumento, sosteniendo que la forma de estado de la democracia parlamentaria, en la que el poder del pueblo se mediatiza por medio de elecciones —por lo que su ejercicio no acontece constantemente y de manera inmediata—, exige que el acto de la transferencia de la responsabilidad estatal hacia los parlamentarios esté bajo un control público especial. De este modo, y en virtud del principio democrático en cuestión, cada uno de los actores del proceso electoral debe adoptar los comportamientos y garantizar los contenidos que satisfagan los requerimientos que el mismo importa, configurándose así como

una *conditio sine qua non* de constitucionalidad, legalidad y legitimidad que requiere e impone el derecho electoral. Es por esto mismo que la Corte Constitucional no dudó en sostener que la legitimación democrática de la elección exige la capacidad de controlar el proceso electoral, para así poder excluir o corregir manipulaciones y refutar sospechas injustificadas (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 106 y 108 “aa” y “bb”).

No es una cuestión menor el justipreciar adecuadamente el rol de tales exigencias fundadas en el principio democrático, especialmente cuando lo que está en juego es nada más y nada menos que la esencia de la democracia representativa como lo es la voluntad popular. Esto se logra sólo con la estricta observancia de los principios electorales válidos, los cuales son, por lo tanto, condiciones de una democracia viable (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 108 “aa”).

Principio del Estado de Derecho

Bien podríamos definir a este principio como aquel en virtud del cual los habitantes de un Estado organizado jurídica y políticamente deben obedecer el derecho y regirse por él, sin distinción alguna entre diferentes tipos o clases de personas, esto es públicas o privadas, físicas o jurídicas. Consecuentemente, la premisa fundamental del Estado de Derecho es que todos —gobernados y gobernantes— obedezcan el derecho, se rijan y subordinen a él. Que el derecho sea obedecido, y por lo tanto sea capaz de regir el comportamiento de las personas, dependerá de los procedimientos específicos de su creación y aplicación, para lo cual —a su vez— deberán estar regidos por ciertos principios. Por lo anterior, una característica esencial del Estado de Derecho es el acuerdo generalizado sobre las reglas de procedimiento y no sobre los principios sustantivos, y el proceso electoral es justamente uno de los más importantes y delicados procesos que lo integran.⁷

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Yatama vs. Nicaragua”, Sentencia del 23/06/2005, Párrafo 206: “...La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones...”. El extracto de este fallo se puede consultar en http://www.adc-sidh.org/la-corte-lista.php?idsec=1&idsub0=12&idsub1=115&idsub2=159&myAdmin=c23f106c8_d425f75f137e1415fa5569d.

En otro orden de cosas, el Estado de Derecho (o *Rule of Law*) está profundamente vinculado a la noción de Estado moderno, que se centra en los intereses de la sociedad y de su población considerada en su conjunto. Tal Estado tiene como objetivo —a través de sus funciones públicas— ofrecer condiciones estables y favorables al desarrollo de todos sus habitantes. De esta forma, la noción de Estado de Derecho procura garantizar dichas funciones evitando a la vez los abusos en los que el monopolio del poder estatal puede degenerar. Si bien no existe una única definición de lo que habrá de entenderse por Estado de Derecho, es posible identificar ciertos elementos y valores comunes, a pesar de que la importancia en cada caso pueda ser relativizada. Tales elementos o notas tipificantes son:

- a) El principio de la legitimidad de la administración.
- b) Una justicia independiente y eficaz.
- c) El principio legal de igualdad de los ciudadanos y de sus derechos.
- d) El orden jerárquico constitucional y legal de todo el sistema normativo.
- e) División de las funciones del poder mediante la diferenciación entre poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
- f) Irrestricto respeto de los derechos humanos, a partir del *mínimum* que configuran los derechos cívicos y políticos.⁸

A modo de conclusión, podríamos sostener que el Estado de Derecho es aquel en el que tanto las autoridades legítimamente constituidas

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC6/86, Párrafo 34: “...La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte. Es un principio reafirmado por los estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano. El régimen mismo de la Convención reconoce expresamente los derechos políticos (art. 23), que son de aquellos que, en términos del artículo 27, no se pueden suspender, lo que es indicativo de la fuerza que ellos tienen en dicho sistema...”. El extracto de esta opinión se puede consultar en: <http://www.adc-sidh.org/la-corte-detalle.php?idsec=1&idsub0=12&idsub1=115&idsub2=163&item=164&myAdmin=c23f106c8d425f75f137e1415fa5569d&lng=es&myAdmin=c23f106c8d425f75f137e1415fa5569d>.

como los individuos que conforman una sociedad determinada, se rigen por la ley mediante la cual se incorporan los derechos y libertades fundamentales, que además es aplicada por instituciones imparciales y accesibles que generan certidumbre y garantizan los intereses de todos los integrantes de la misma.

En el fallo que nos convoca, la Corte Constitucional recurrió a este principio para reforzar los requerimientos que derivan de su par democrático, en el sentido de que en ambos casos la totalidad del acontecimiento electoral y sus derivaciones deben estar siempre bajo el control y la supervisión de los órganos estatales, y sólo la posibilidad de un control acerca de si la elección se corresponde con los principios constitucionales electorales, puede asegurar la delegación del poder del Estado a intermediación de la representación popular (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 108 “aa”).

Es justamente por ello que tal control y supervisión sólo es factible mediante la observancia por parte de las autoridades públicas, de los actores políticos y de la ciudadanía en general, de las disposiciones que rigen el proceso electoral, en cuanto determinan los procedimientos a seguir durante su desarrollo, amparando así los derechos políticos del electorado y estableciendo las garantías que aseguran el respeto de los mismos.

Principio de publicidad

Para abordar correctamente este principio, primero hemos de acordar que en una República auténtica los actos del gobierno, ya sean legislativos, ejecutivos o judiciales, deben ser necesariamente públicos, tanto los que resultan del ejercicio de la función gubernamental asignada por la Constitución Nacional al órgano respectivo, como las actuaciones internas de carácter administrativo. Para que tales actos sean efectivamente públicos, corresponde permitir el acceso al conocimiento de ellos a toda persona cuyos legítimos intereses individuales, colectivos, o de los grupos sociales se vieran afectados (Badeni 2007, 590).

Por lo tanto, entendemos por principio de publicidad a aquel que impone a los órganos del Estado que todos sus procedimientos y actos, así como también los fundamentos en los que se sustentan y por los que se adoptan, sean públicos, esto es, que gocen de notoriedad y sean patentes o manifiestos, de tal modo que cualquier ciudadano pueda acceder a su conocimiento, a sus fundamentos y a los procedimientos utilizados para adoptarlos. Con él se persigue que la actividad que desarrollen los órganos del Estado en ejercicio del poder que les concede temporalmente la voluntad popular, no lo sea en forma secreta u oculta. En el contexto de una democracia republicana y representativa, el Estado deberá siempre obrar con transparencia, para lo cual la garantía constitucional de la publicidad de sus actos deviene en un principio esencial y constitutivo de tal forma de gobierno.

Este principio es el que le permite a la Corte Constitucional Alemana restringir el derecho constitucional que protege el secreto empresarial de la proveedora de las máquinas electrónicas de votación, que a criterio del Tribunal siempre debe retroceder ante el interés informativo del público, resultando injustificada toda tentativa de limitación a la publicidad que debe presidir todo acto comicial; dado que la publicidad de la elección es condición fundamental para una formación democrática de la voluntad política. Por lo tanto, al emplear aparatos electorales electrónicos —dice la Corte Constitucional— deben poder ser revisados todos los pasos esenciales del acto electoral, así como también la determinación de los resultados de manera confiable y sin necesidad de conocimientos técnicos especiales para considerar debidamente amparado y protegido el principio de publicidad de la elección (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 106, 118 “a”).

Este principio se va erigiendo como central de la sentencia de la Corte alemana, a tal punto que ésta afirma que el objetivo de lograr en breve tiempo una representación popular con capacidad operativa no justifica la aplicación de limitaciones al principio de la publicidad de la elección con miras a facilitar el empleo de aparatos electorales guiados por ordena-

dores. Refuerza su razonamiento a partir del mismo texto constitucional, en tanto y en cuanto no surge de él exigencia alguna para que el resultado electoral deba estar a la vista apenas cierren los locales electorales. De allí que el interés de una determinación rápida de la conformación del parlamento alemán no es un interés constitucional lo suficientemente adecuado para proyectar alguna clase de limitación a la publicidad del proceso electoral (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 130 “cc”).

La función y el sentido de este principio son claramente identificados por la Corte Constitucional cuando sostiene que sólo “...si el pueblo electoral se puede convencer por sí mismo de la legalidad del acto de transferencia, es decir, que la elección se realice ‘ante los ojos del público’ (cfr. Schreiber, Handbuch des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag, 7. Ed. 2002, § 31 Rn. 2) se puede garantizar la confianza del soberano en la ocupación del parlamento acorde a la voluntad del elector, necesaria para el funcionamiento de la democracia y de la legitimidad democrática de las decisiones estatales...”.⁹

En otro orden de cosas, el principio de publicidad de la elección también concurre en refuerzo y sostén de su par del Estado de Derecho, y en este sentido la sentencia recalca que la publicidad fundada en este último sirve a la transparencia y al control del ejercicio del poder estatal, dado que ella presupone que los actos de los organismos estatales deben poder ser conocidos por la ciudadanía, exigencia que con mayor razón resulta válida para el actuar de los organismos electorales (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 110 “cc”).

No obstante, es el mismo Tribunal el que se encarga de fijar los límites dentro de los cuales resulta aplicable tal principio; y afirma sin hesitación alguna que la garantía del principio de publicidad no proyecta su carácter

⁹ Véase Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 108 “aa” con cita de NRW VerfGH, Sentencia del 19 de marzo de 1991 - VerfGH 10/90 -, NVwZ 1991, S. 1175 <1179>; Hanßmann, Möglichkeiten und Grenzen von Internetwahlen, 2004, p. 184.

imperativo por sobre todos los actos electorales que implica el desarrollo de un proceso electoral.¹⁰

Es por ello que identifica como aceptable que sea el mismo legislador el que pueda permitir —con carácter o alcance limitado— excepciones al principio de publicidad, con miras a hacer valer otros intereses constitucionales, haciendo especial hincapié en los del derecho electoral del artículo 38, párrafo 1, frase 1 de la Ley Alemana.¹¹ De este modo quedan resguardados en su constitucionalidad todos los ordenamientos electorales que contemplan procedimientos y operaciones reservadas al control de los organismos electorales y estaduales.

Uno de ellos es —justamente— el principio del secreto del voto, que a criterio del Tribunal no configura un principio constitucional contrapuesto al de publicidad, y en consecuencia tampoco es factible que el mismo sirva de fundamento de una amplia limitación de la controlabilidad del acto electoral y del escrutinio, dado que entre ambos principios no existe “área de tensión” que pudiera justificar tales limitaciones (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 128 “bb”).

La sentencia se encarga de destacar que históricamente el voto secreto puede haber sido una ruptura de la publicidad del proceso electoral, porque renuncia a la emisión pública del voto para proteger la libertad de la elección;¹² entendiendo también que bajo el dominio de la Ley Fundamental que prescribe a la elección expresamente como secreta para proteger

¹⁰ Véase Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 113 “c”, con cita del BVerfG, Sentencia del Segundo Senado del 3 de julio de 2008 - 2 BvC 1/07, 7/07 -, NVwZ 2008, S. 991 <992>, a la que remite.

¹¹ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (23/05/1949, B. O. Federal 1, p. 1; enmendada por Ley del 26/11/2001, B. O. Federal 1, p. 3219), Artículo 38: “(1) Los diputados del Bundestag Alemán serán elegidos por sufragio universal, directo, libre, igual y secreto. Son los representantes del pueblo en su conjunto, no ligados a mandatos ni instrucciones, y sujetos únicamente a su conciencia. (2) Tiene derecho de voto quien haya cumplido dieciocho años de edad. Es elegible quien haya cumplido los años con los cuales se alcanza la mayoría de edad. (3) La regulación se hará por una ley federal”.

¹² Con cita de Breidenbach/Blankenagel, *Rechtliche Probleme von Internetwahlen*, Berlin 2000, p. 34 f. Véase Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 129.

su libertad, el principio de publicidad no resulta de aplicación para el acto de emisión del sufragio; concluyendo que mientras la publicidad de la elección no excluya el estricto respeto de la creación inobservada del voto, el proceso electoral debe quedar indefectiblemente bajo el dominio del principio de publicidad.¹³

Efectos y derivaciones de la Sentencia

Lo más interesante de la interpretación llevada a cabo por la Corte Constitucional Alemana es que no se agota sólo en el tratamiento de las impugnaciones de fondo y su consecuente inclinación por la inconstitucionalidad del Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales, sino que abarca también un sugestivo debate sobre los efectos que respecto de la elección del 16° Parlamento habría de tener su pronunciamiento.

Para ello el Tribunal realiza una delicada exégesis del principio de interpretación restrictiva de los errores y de las nulidades y del principio de relevancia; salvaguardando así la voluntad popular expresada durante los comicios correspondiente al 16° *Bundestag* alemán.

Partiendo del primero de ellos, la Corte concluye que sólo en los casos en los que un error o nulidad electoral repercuta en la distribución de mandatos en el Parlamento, corresponde la declaración de nulidad de tales comicios. Sin embargo, tal decisión sólo proyectará sus efectos hasta donde el error o la nulidad electoral hayan sido constatados, lo que se funda en la exigencia de protección de la existencia de una auténtica y efectiva representación popular en tanto mandato esencial de la democracia. Consecuentemente, influencias "... electorales simples, sin peso, no llevan por ello a la invalidez de una elección..." (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 161 "a").

Hasta tal extremo la Corte considera que la exégesis de los errores y de las nulidades en materia electoral debe ser de interpretación restrictiva y

¹³ Con cita de H.H. Klein, en: Maunz/Dürig, GG, Art. 38 Rn. 113 [März 2007]; Seifert, Bundeswahlrecht, 3° Edic. 1976, Art. 38 Rn. 35. Véase Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 129.

con proyección acotada en sus efectos, en favor del mantenimiento de la representación popular; que sostiene que incluso allí donde se registre un error relevante en la distribución de los mandatos, éste debe ser limitado sólo a aquellos que se han visto afectados por él, no debiéndose declarar inválida la totalidad de la elección, sino encauzar tal declaración de modo que pueda resultar a favor del interés democrático del mantenimiento de la representación (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 161 “a” y 162 “b”).

Por su parte, el principio de relevancia es aquel por el cual el error y la nulidad electorales sólo revestirán interés jurídico a los fines de un pronunciamiento judicial, cuando alcancen una dimensión o proyección en sus efectos que puedan influir o resultar relevantes para modificar o alterar el contenido de la voluntad popular. Esto es, el error o la nulidad en materia electoral, debe contar con entidad suficiente como para afectar la conformación de la voluntad popular, de modo tal que su contenido carezca de legitimidad frente al electorado, violentando así el principio democrático.

En concordancia con lo expresado, la Corte Constitucional Alemana rechazó el pedido de nulidad comicial acompañado en la presentación de los impugnantes, aduciendo como fundamento que el interés en el mantenimiento de la representación popular a partir de la confianza depositada en el Ordenamiento Federal de Aparatos Electorales prevalece sobre los errores electorales efectivamente detectados en el mismo (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 162 “b”). Consiguientemente, y a falta de indicios de que los aparatos electorales utilizados durante la elección del 16° Parlamento Alemán hayan funcionado incorrectamente o hayan sido efectivamente manipulados, tales hipótesis se configuran como consecuencias inciertas que no justifican la solicitud de declaración de invalidez parcial de tales elecciones (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 162 “b”).

En este marco circunstancial, no hay un error electoral que haga imposible sostener la continuación de la representación popular, finaliza diciendo la sentencia de la Corte Constitucional.

Conclusiones

El estudio de la sentencia *sub examine* nos condujo a identificar un interesante desarrollo de las cuestiones relativas a la implementación del voto informatizado o electrónico, esto es, mediante la utilización de aparatos electorales guiados por ordenadores en Alemania y en relación con los comicios relativos a la conformación del 16° *Bundestag*.

Pero en el caso de América Latina, este fallo trasunta un muy importante decálogo de condiciones y requisitos de implementación de las tecnologías de la información a los procesos electorales, especialmente en lo relativo a la emisión, captación, almacenamiento y difusión informatizada del sufragio.

Es por ello que su estudio nos impone reflexionar a tiempo sobre la imperiosa e ineludible necesidad de contar con un adecuado y profuso marco jurídico que reglamente los procedimientos de implementación de aparatos electorales informáticos para cualquier clase o categoría de elección. Lo contrario —y en parte lo que algunas experiencias latinoamericanas han marcado— es exponer a situaciones sumamente delicadas a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC), sin que explicación alguna posterior le permita comprender al ciudadano común que quizá la tecnología no es la responsable de los errores o nulidades electorales.

En este orden de ideas, entendemos altamente recomendable la doble instancia de implementación de estos aparatos informáticos de votación, mediante un primer registro u homologación ante un organismo que garantice los contenidos tecnológicos indispensables para que los mismos operen de manera adecuada en respuesta a los requerimientos que el sistema político y el régimen electoral vigentes les exijan; y luego la habilitación por parte del nivel estadual correspondiente con miras a su efectiva utilización en un proceso comicial determinado.

Reiterativo —por obvio que resulta— sería destacar el papel de los principios generales del derecho electoral, por cuanto a lo largo de este trabajo entendemos ha quedado sobradamente demostrado. Pero sí nos importa poner de relieve que el pronunciamiento de la Corte en relación con la in-

constitucionalidad planteada por los impugnantes no afecta en sí mismos a los diferentes sistemas de votación informatizados o electrónicos, sino que recae sobre parte del ordenamiento jurídico destinado a su implementación en Alemania. De esta forma, el Tribunal deja en claro que el "...legislador no está impedido de utilizar aparatos electorales en elecciones, si se ha asegurado la posibilidad constitucional de un control de corrección confiable..." (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 121 "bb"); remarcando que en todo caso debe quedar asegurado que el elector domina su emisión del voto, y que tanto los órganos electorales como los ciudadano interesados puedan verificar fiablemente el resultado electoral sin previos conocimientos técnicos especiales (2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, 122).

Lo expresado nos lleva a repetir una vez más que el derecho no debe subordinarse a la tecnología, sino ser su guía. Nuestra responsabilidad democrática nos sitúa ante la obligación de adecuar la tecnología a la libertad, y la herramienta es, indudablemente, el derecho.

Fuentes consultadas

- Asociación por los Derechos Civiles. <http://www.adc-sidh.org>
- Aristóteles. 2000. *Metafísica*. Colección Biblioteca Básica Gredos. Madrid: Editorial Gredos.
- Badeni, Gregorio. 2007. "Publicidad oficial y derecho a la información". *Revista Jurídica La Ley* (E 590).
- Cátedras de Derecho Electoral Argentino-Universidades Nacional y Católica de Córdoba. <http://www.joseperezcorti.com.ar>
- Corte Constitucional Federal de Alemania <http://www.bverfg.de>
- Fallo de la Corte Constitucional Alemana -2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07-, Fundamentos 19 (2); 39; 44; 70; 72; 106 y 108 "aa" y "bb"; 110 "cc"; 118 "a"; 125; 128 "bb"; 130 "cc"; 161 "a" y 162 "b". http://www.bverfg.de/entscheidungen/cs20090303_2bvc000307.html
- Foro Federal de Organismos Electorales Provinciales de la República Argentina <http://www.forofederal.org.ar>
- Pérez Corti, José M. 2005. *Reforma Política y Voto Electrónico*. Córdoba: Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-U.N.C.).
- , comp. 2008. *Derecho Electoral Argentino*. Córdoba: Editorial Advocatus.
- Vigo, Rodolfo L. 2000. *Los Principios Jurídicos*. Buenos Aires: Editorial Depalma.

Las Constituciones de 1812 y 1814. Un cuadro comparativo en materia político-electoral

*The Constitutions of 1812 and 1814. A comparative
table on political and electoral matter*

Marco Antonio Pérez de los Reyes*

RESUMEN

El presente trabajo realiza una comparación de las constituciones de 1812 y 1814: a) la Constitución Política de la Monarquía Española y, b) el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana. En el trabajo se revisan y contrastan los aspectos político-electorales con el propósito de impulsar la reflexión que puedan merecer en el ánimo de la conmemoración del Bicentenario del inicio de la Independencia nacional.

PALABRAS CLAVE: Constitución Política de la Monarquía Española, Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana.

ABSTRACT

This paper compares both the constitution of 1812 and the constitution of 1814; being these: a) the Constitution of the Spanish monarchy, and b) the Constitutional Decree for the freedom of Mexican America. Here, a review is made comparing the political and electoral issues in order to encourage what may deserve a closer approach in the spirit of bicentennial commemoration of national independence.

KEYWORDS: The Constitution of the Spanish monarchy, the Constitutional Decree for the freedom of Mexican America.

* Investigador del Centro de Capacitación Judicial Electoral.

Introducción

Independientemente de que durante los 300 años de vida colonial (1521-1821) en la Nueva España se celebraban periódicamente elecciones para nombrar a los titulares de los ayuntamientos, fue hasta el inicio del siglo XIX cuando el ejercicio electoral quedó regulado al nivel de norma constitucional.

Al respecto, deben analizarse el contexto y el contenido de dos documentos básicos, suscritos casi paralelamente, fundamentados en principios similares y, sin embargo, representativos de tendencias políticas opuestas. Se trata de: a) la Constitución Política de la Monarquía Española y, b) el Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana.

Ambos textos representan los pilares originales del derecho constitucional mexicano y las instituciones que regulan son antecedentes de las que ahora caracterizan al sistema jurídico nacional.

En tal virtud, es válido revisar en sendas constituciones los aspectos político-electorales que contienen, lo que se hará en forma comparativa a fin de facilitar su consulta y contraste, con el propósito de impulsar la reflexión que puedan merecer en el ánimo de los lectores estos temas enmarcados dentro de la conmemoración del Bicentenario del inicio de la Independencia de nuestro país.

Primer antecedente

La Constitución Política de la Monarquía Española, también conocida como Constitución de Cádiz o de 1812, consta de 10 títulos y 384 artículos, fue jurada en el puerto de Cádiz el 19 de marzo de 1812, emanó de unas Cortes extraordinarias integradas por representantes elegidos en los territorios españoles de Europa, América, Asia y África, entre ellos la Nueva España, que envió a esas Cortes una delegación de 15 diputados, entre los que destaca don José Miguel Ramos Arizpe, luego conocido como el “padre del federalismo mexicano”.

La política expansionista de Napoleón Bonaparte involucró a Portugal y a España, por lo que con el Tratado de Fontainebleau de 1807 la corona espa-

ñola permitió el paso de las tropas francesas por su territorio, camino a Portugal para invadir esa nación. Esta penetración militar, en principio consentida, degeneró en una abierta intervención francesa sobre España, aprovechando la debilidad de la casa reinante, ello implicó una crisis de poder, cuando el rey Fernando VII abdicó en favor de su padre, Carlos IV, quien a su vez entregó la corona al propio Napoleón, que terminó cediéndola a su hermano José Bonaparte, en tanto que retuvo a la familia real en Francia, en donde se firmó, en 1808, un acuerdo, conocido como Constitución de Bayona, documento que trató de legitimar el ascenso al trono hispano de José I.

La usurpación fue repudiada por el pueblo español, por lo que surgió un movimiento de resistencia organizado en guerrillas urbanas y rurales, coordinado por grupos de patriotas locales que se hicieron llamar Juntas Provinciales, que proliferaron por todo el territorio ibérico.

Entre esos órganos de facto terminó imponiéndose la Junta Suprema Central y Gubernativa, surgida en Aranjuez, que luego pasó a Sevilla para llegar finalmente a la isla de León, desde donde se constituyó en Consejo de Regencia de España e Indias, justificando su ejercicio al actuar en nombre e interés del ausente Fernando VII, monarca reconocido en forma general por la resistencia guerrillera.¹

En tal virtud, en enero de 1810, la Regencia emitió una convocatoria para elegir diputados representantes a Cortes Extraordinarias en Cádiz, con el objeto de elaborar una Constitución, en la inteligencia de que esa magna asamblea estaría conformada por representantes de todos los reinos de España, electos, uno por terna, por los ayuntamientos de las capitales de cada una de sus provincias.²

¹ Por cierto que uno de los cinco miembros de ese Consejo fue don Miguel de Lardizábal y Uribe criollo tlaxcalteca que había sido nombrado representante de la Nueva España ante la Junta Suprema Central y Gubernativa por el virrey Francisco Javier de Lizana y Beaumont, insaculando su nombre de entre los candidatos propuestos por los ayuntamientos de las capitales de las provincias del virreinato.

² Con esa convocatoria se rompió una larga tradición, puesto que este tipo de asambleas deliberativas y legislativas debían ser convocadas y presididas por el rey.

En su elección influyeron dos grupos políticos específicos, a saber: a) los peninsulares adictos al poder central de la metrópoli, por lo mismo, postulantés de la conformación de un Estado unitario y, b) los criollos inclinados a la autonomía de las provincias³ y, por ello, tendentes a privilegiar los problemas y necesidades específicas de las provincias que representaban.⁴

En el caso de la Nueva España, la convocatoria se publicó en la Gaceta de México el 16 de mayo de 1810, procediéndose en consecuencia a la elección de los diputados a las Cortes extraordinarias, de las que se dice que:

Por supuesto quedaron muy lejos de ser la expresión literal de la *vox populi*, pero algo tuvieron de ella y, en todo caso, significaron el comienzo de una prometedora perspectiva. Porque, en primer lugar, ha de recordarse que los ayuntamientos en general estaban dominados por los criollos; consecuentemente, de tal sector saldrían los miembros de las ternas. Luego hubo interés entre las fuerzas vivas de cada provincia por la composición de las ternas y muchos precandidatos fueron discutidos y analizados, incluso al nivel callejero, formándose bandos a favor o en contra de los nombres que sonaban. No pocos aspirantes montaron verdaderas campañas preelectorales, que aunque hoy parezcan risibles, que no lo son, sirvieron por lo menos para merecer la concienciación política del mexicano medio (Lemoine 1978, 1723).

Naturalmente, no existían partidos políticos, por lo que los regidores de los ayuntamientos proponían y sometían a la votación conjunta de los miembros del ayuntamiento los nombres de los candidatos, de suerte

³ Si bien no utilizaron esta palabra y, en cambio, hablaban de federación.

⁴ Tal fue el caso del diputado por Yucatán, José Eduardo de Cárdenas, que proponía la conformación de la Provincia de Tabasco y por ello ahora se le considera como el fundador de este estado mexicano, aunque su propuesta no tuvo mayores consecuencias en las Cortes gaditanas.

que los grupos de poder procuraron imponer a sus candidatos. Para colmo, los ayuntamientos de las capitales de provincias estaban presididas por sus gobernadores o intendentes, por lo que de hecho eran éstos los que proponían los nombres de los integrantes de las ternas a elegir. Igualmente, se deduce que algunos diputados elegidos lo fueron contra su voluntad porque se dieron varios casos en América de personas ya electas que se excusaron aduciendo su avanzada edad, su mala salud o su imposibilidad de dedicar su atención a una tarea que implicaba alejarse de sus lugares de origen por un tiempo prolongado.

Por otra parte, los académicos que se especializan en este tema resaltan, aunque no en la misma proporción, la influencia doctrinal y política que se nota en el texto de la Constitución de 1812 respecto de la de 1791, que abolió en Francia la monarquía y estableció la República.

En ese orden de ideas, el 24 de septiembre de 1810 se celebró la primera sesión de trabajo de las Cortes y en su seno se confrontaron tres tendencias políticas, que fueron: a) los absolutistas o monárquicos, que pugnaban por mantener el *status quo* imperante en la época de los Borbones, b) los ilustrados o liberales moderados que pugnaban por reformas importantes, pero sin poner en riesgo los privilegios de la nobleza y el clero y, c) los afrancesados o liberales puros que pretendían implementar reformas avanzadas siguiendo el modelo revolucionario francés.

Consecuencias

El principal producto de las Cortes extraordinarias de Cádiz fue la Constitución de 1812, pero antes y después de su expedición, esto último ya en Cortes ordinarias, produjeron una amplia legislación, entre 1810 y 1813, de entre cuyas leyes en materias relacionadas con el tema político-electoral destacan las referentes a libertad de imprenta (1810), igualdad de peninsulares y criollos (1811), ayuntamientos constitucionales (1812), exclusión de eclesiásticos en cargos municipales (1812) y responsabilidad de empleados públicos (1813).

Al tomar en cuenta este panorama legislativo se puede afirmar que:

...la obra de Cádiz no puede ubicarse ni como tradicionalista, ni como revolucionaria...la Constitución desde el punto de vista de una monarquía absolutista, significó una obra revolucionaria. Observada a través del republicanismo que surgió en América, era una obra moderada, por eso, situada en un justo medio, significó una obra de reforma (Rabasa 2004, 77).

Una vez jurada la Constitución de Cádiz, las Cortes ordenaron su publicación y acatamiento en todos los reinos de España, sin embargo, como en la Nueva España había estallado la guerra insurgente desde 1810, el virrey en turno, investido como jefe político superior de acuerdo con la misma Constitución, Francisco Javier Venegas, retrasó la publicación y protesta de este texto fundamental hasta el 30 de septiembre de 1812 y, aunque trató de evitar su aplicación pretextando que el país estaba en estado de emergencia por la lucha independentista, por la presión que sobre su gobierno ejercían los criollos y las Cortes, terminó publicando la Ley de Libertad de Prensa.

De hecho por las libertades que concedía la Constitución y la legislación de Cádiz, se estaba dando la razón a los insurgentes de América, por lo que los más conservadores grupos peninsulares se sintieron en peligro y ejercieron todo tipo de influencia sobre Venegas y los jefes políticos superiores subsecuentes a fin de dejar sin efectos las disposiciones gaditanas.

A pesar de lo cual, el domingo 29 de noviembre de 1812 se efectuaron elecciones, ruidosas y desordenadas, para elegir diputados a Cortes ordinarias. El cómputo respectivo se efectuó a las 20:30 horas y los electos fueron mayoritariamente criollos simpatizantes de la autonomía de las provincias, gracias a que con todo cuidado llevaron a cabo una campaña bien diseñada, parroquia por parroquia, a fin de captar la simpatía popular.

Igualmente, los ayuntamientos fueron integrados con miembros elegidos anualmente a pluralidad de votos de los ciudadanos de cada lugar, permitiéndose la reelección, pero con dos años de intermedio, circunstancia que el pueblo denominó “la ley del hueco”.

En cuanto hace a las diputaciones provinciales, establecidas en la Constitución de Cádiz para limitar el poder de los jefes políticos superiores, la Nueva España tenía la posibilidad de conformar seis, ubicadas en las ciudades de México, San Luis Potosí, Guadalajara, Mérida, Monterrey y Durango, empero las autoridades coloniales se encargaron de posponer en forma indefinida su creación.

Posteriormente, con la firma del Tratado de Valencay, en 1813, concluyó la intervención francesa en España y al año siguiente fue reinstalado en el trono Fernando VII, quien desde Valencia lanzó una proclama en la que de hecho abrogó la Constitución de Cádiz y la legislación respectiva, instaurando de nuevo un régimen absolutista.

Lo anterior provocó una violenta reacción en su contra y para 1820 la rebelión de Sevilla encabezada por Rafael de Riego cobraba tal fuerza que Fernando VII hubo de jurar la Constitución que antes desconoció y ordenar su aplicación en todo su imperio.

Ante esta circunstancia el jefe político superior de la Nueva España, Juan Ruiz de Apodaca, juró la Constitución, con lo cual los peninsulares se sintieron de nuevo en grave peligro respecto de sus privilegios políticos. De hecho, la Constitución aludida tuvo vigencia en México de 1812 a 1814 y de 1820 a 1821.

Entonces, los peninsulares urdieron una conspiración para consumar la independencia nacional, con el propósito de invitar a gobernar al nuevo país al mismo Fernando VII, quien ya no tendría la presión de la Constitución de Cádiz, para lo cual se firmó en 1820 el Plan de la Profesa, encargando a don Agustín de Iturbide su realización. No obstante, las circunstancias variaron y en 1821 se consumó la guerra de independencia, conformándose el país como un imperio a cuyo frente quedó Iturbide.

De esta manera puede decirse que la Constitución de 1812 contribuyó, junto con otros muchos factores, a la formación de México como país independiente.

Segundo antecedente

El padre Hidalgo ya había expresado su intención de convocar a un Congreso nacional para elaborar una Constitución que, decía, "...ha de forjar nuestra felicidad" (INEHRM 1990, 15).

Lamentablemente, en los pocos meses que duró su campaña militar no fue posible realizar esta empresa. A su muerte, la jefatura del ejército insurgente recayó en el general Ignacio López Rayón, que, desde Zitácuaro, convocó a los principales caudillos del movimiento a integrar una Suprema Junta Gubernativa Americana, con el propósito de coordinar las acciones militares y políticas insurgentes; para tal efecto presentó a la consideración de la Junta un documento titulado "Elementos constitucionales", que consta de un preámbulo y 38 puntos.

El texto aludido se inclina definitivamente por la postura realista, puesto que si bien proclama en su punto 5º el principio de soberanía popular, a ésta la hace residir en la persona de Fernando VII. Tal situación fue rechazada principalmente por el generalísimo José María Morelos y Pavón, miembro de la Junta de Zitácuaro.

A cambio, el caudillo convocó desde Oaxaca a la formación de un Supremo Congreso Nacional de América o Congreso de Anáhuac, que quedó instalado en septiembre de 1813 en la ciudad de Chilpancingo, integrado en un principio por ocho diputados, representantes de las provincias de Oaxaca, Tecpan, Guadalajara, Michoacán, Guanajuato, Puebla, México y Veracruz. Los dos primeros fueron elegidos, los seis restantes, designados. Entre ellos destacan Ignacio López Rayón, Andrés Quintana Roo, Carlos María Bustamante y José María Cos.

Para iniciar los trabajos congresistas, Morelos dio a conocer un documento titulado "Sentimientos de la Nación" que consta de 23 puntos, en

los cuales se postula el principio de la soberanía popular y su ejercicio lo deposita en los poderes Legislativo, Ejecutivo y “Judiciario”, rompiendo así con los lazos monarquistas que unían a la insurgencia nacional con el rey Fernando VII.

Este Congreso, que por razones de la guerra se volvió itinerante, alcanzó estos logros: a) el Acta de Declaración de Independencia el 6 de noviembre de 1813 y, b) El Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, verdadera Constitución, jurada en Apatzingán el 22 de octubre de 1814.

El Decreto Constitucional consta de 242 artículos y se divide en dos partes: a) la dogmática, que contiene derechos fundamentales de las personas y, b) la orgánica, que establece la estructura y organización política del país. En su firma no se encuentra mención ni rúbrica de los diputados de Oaxaca, Guadalajara, Puebla, México y Veracruz, en tanto que se añaden los de Zacatecas, Durango, Tlaxcala, Querétaro, Coahuila, Sonora, San Luis Potosí y el “Nuevo Reino de León”, cuya representación, por cierto, quedó en manos del propio Morelos.

Consecuencias

Se afirma que la llamada Constitución de 1814 no tuvo vigencia puesto que los insurgentes que la proclamaron no eran dueños más que del territorio que dominaban sus armas. No obstante, se designó para ejercer el Poder Ejecutivo o Supremo Gobierno a un triunvirato integrado por José María Morelos, José María Liceaga y José María Cos. En Ario de Rosales se instaló el Tribunal Supremo de Justicia y se nombró a José Manuel Herrera para que entablara relaciones diplomáticas con el gobierno estadounidense.

Cabe destacar que al mismo tiempo se eclipsaba el éxito militar de Morelos, por lo que finalmente cayó prisionero y fue fusilado el 22 de diciembre de 1815, con lo cual el movimiento insurgente entró en una etapa de franco retroceso, hasta que los acontecimientos originados en España, al

restablecerse la Constitución de Cádiz, precipitaron la consumación de la independencia nacional, la que se logró con la firma de los Tratados de Córdoba el 24 de agosto de 1821 y la posterior entrada triunfal del ejército trigarante a la ciudad de México, el 27 de septiembre del mismo año.

Estudio comparativo

A continuación se presenta el cuadro comparativo de ambos textos constitucionales, en los aspectos que competen al área político-electoral:

Constitución Política de la Monarquía Española **19 de marzo de 1812⁵**

Título I. De la Nación española y de los españoles

Capítulo I. De la Nación española

Artículo 1.- La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios.

Artículo 3.- La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales.

Capítulo II. De los españoles

Artículo 5.- Son españoles:

Primero. Todos los hombres libres nacidos y avecindados en los dominios de las Españas, y los hijos de éstos.

Segundo. Los extranjeros que hayan obtenido de las Cortes carta de naturaleza.

Tercero. Los que sin ella lleven diez años de vecindad, ganada según la ley en cualquier pueblo de la Monarquía.

Cuarto. Los libertos desde que adquieran la libertad en las Españas.

⁵ De ambas constituciones sólo se transcriben los artículos que se refieren a la materia político-electoral.

Capítulo III. Del Gobierno

Artículo 14.- El Gobierno de la Nación española es una Monarquía moderada hereditaria.

Artículo 15.- La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey.

Artículo 16.- La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey.

Artículo 17.- La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley.

Capítulo IV. De los ciudadanos españoles

Artículo 18.- Son ciudadanos aquellos españoles que por ambas líneas traen su origen de los dominios españoles de ambos hemisferios y están vecindados en cualquier pueblo de los mismos dominios.

Artículo 19.- Es también ciudadano el extranjero que gozando ya de los derechos de español, obtuviere de las Cortes carta especial de ciudadano.

Artículo 20.- Para que el extranjero pueda obtener de las Cortes esta carta, deberá estar casado con española, y haber traído o fijado en las Españas alguna invención o industria apreciable, o adquirido bienes raíces por los que pague una contribución directa, o estableciéndose en el comercio con un capital propio y considerable a juicio de las mismas Cortes, o hecho servicios señalados en bien y defensa de la Nación.

Artículo 21.- Son, asimismo, ciudadanos los hijos legítimos de los extranjeros domiciliados en las Españas, que habiendo nacido en los dominios españoles, no hayan salido nunca fuera sin licencia del Gobierno, y teniendo veinte y un años cumplidos, se hayan vecindado en un pueblo de los mismos dominios, ejerciendo en él alguna profesión, oficio o industria útil.

Artículo 22.- A los españoles que por cualquier línea son habidos y reputados por originarios del África, les queda abierta la puerta de la virtud y del merecimiento para ser ciudadanos: en su conse-

cuencia las Cortes concederán carta de ciudadano a los que hicieren servicios calificados a la Patria, o a los que se distingan por su talento, aplicación y conducta, con la condición de que sean hijos de legítimo matrimonio de padres ingenuos; de que estén casados con mujer ingenua, y avecindados en los dominios de las Españas, y de que ejerzan alguna profesión, oficio o industria útil con un capital propio.

Artículo 23.- Sólo los que sean ciudadanos podrán obtener empleos municipales, y elegir para ellos en los casos señalados por la ley.

Artículo 24.- La calidad de ciudadano español se pierde:

Primero. Por adquirir naturaleza en país extranjero.

Segundo. Por admitir empleo de otro Gobierno.

Tercero. Por sentencia en que se impongan penas aflictivas o infamantes, si no se obtiene rehabilitación.

Cuarto. Por haber residido cinco años consecutivos fuera del territorio español sin comisión o licencia del Gobierno.

Artículo 25.- El ejercicio de los mismos derechos se suspende:

Primero. En virtud de interdicción judicial por incapacidad física o moral.

Segundo. Por el estado de deudor quebrado, o de deudor a los caudales públicos.

Tercero. Por el estado de sirviente doméstico.

Cuarto. Por no tener empleo, oficio o modo de vivir conocido.

Quinto. Por hallarse procesado criminalmente.

Sexto. Desde el año de mil ochocientos treinta deberán saber leer y escribir los que de nuevo entren en el ejercicio de los derechos de ciudadano.

Artículo 26.- Sólo por las causas señaladas en los dos artículos precedentes se pueden perder o suspender los derechos de ciudadano, y no por otras.

Título III. De las Cortes

Capítulo I. Del modo de formarse las Cortes

Artículo 27.- Las Cortes son la reunión de todos los diputados que representan la Nación, nombrados por los ciudadanos en la forma que se dirá.

Artículo 28.- La base para la representación nacional es la misma en ambos hemisferios.

Artículo 29.- Esta base es la población compuesta de los naturales que por ambas líneas sean originarios de los dominios españoles, y de aquellos que hayan obtenido en las Cortes carta de ciudadano, como también de los comprendidos en el artículo 21.

Artículo 30.- Para el cómputo de la población de los dominios europeos servirá el último censo del año de mil setecientos noventa y siete, hasta que pueda hacerse otro nuevo, y se formará el correspondiente para el cómputo de la población de los de ultramar, sirviendo entre tanto los censos más auténticos entre los últimamente formados.

Artículo 31.- Por cada setenta mil almas de la población, compuesta como queda dicho en el artículo 29, habrá un diputado de Cortes.

Artículo 32.- Distribuida la población por las diferentes provincias, si resultase en alguna el exceso de más de treinta y cinco mil almas, se elegirá un diputado más, como si el número llegase a setenta mil, y si el sobrante no excediese de treinta y cinco mil, no se contará con él.

Artículo 33.- Si hubiese alguna provincia cuya población no llegue a setenta mil almas, pero que no baje de sesenta mil, elegirá por sí un diputado; y si bajase de este número, se unirá a la inmediata para completar el de setenta mil requerido. Exceptúase de esta regla la isla de Santo Domingo, que nombrará diputado, cualquiera que sea su población.

Capítulo II. Del nombramiento de diputados de Cortes

Artículo 34.- Para la elección de los diputados de Cortes se celebrarán juntas electorales de parroquia, de partido y de provincia.

Capítulo III. De las Juntas electorales de parroquia

Artículo 35.- Las Juntas electorales de parroquia se compondrán de todos los ciudadanos avecindados y residentes en el territorio de la parroquia respectiva, entre los que se comprenden los eclesiásticos seculares.

Artículo 36.- Estas juntas se celebrarán siempre en la península e islas y posesiones adyacentes, el primer domingo del mes de octubre del año anterior al de la celebración de las Cortes.

Artículo 37.- En las provincias de ultramar se celebrarán el primer domingo del mes de diciembre, quince meses antes de la celebración de las Cortes, con aviso que para unas y otras hayan de dar anticipadamente las justicias.

Artículo 38.- En las juntas de parroquia se nombrará por cada doscientos vecinos un elector parroquial.

Artículo 39.- Si el número de vecinos de la parroquia excediese de trescientos, aunque no llegue a cuatrocientos, se nombrarán dos electores; si excediese de quinientos, aunque no llegue a seiscientos, se nombrarán tres, y así progresivamente.

Artículo 40.- En las parroquias, cuyo número de vecinos no llegue a doscientos, con tal que tengan ciento cincuenta, se nombrará ya un elector, y en aquellas en que no haya este número se reunirán los vecinos a los de otra inmediata para nombrar el elector o electores que les correspondan.

Artículo 41.- La junta parroquial elegirá a pluralidad de votos once compromisarios, para que éstos nombren el elector parroquial.

Artículo 42.- Si en la junta parroquial hubieren de nombrarse dos electores parroquiales, se elegirán veinte y un compromisarios, y si

tres, treinta y uno; sin que en ningún caso se pueda exceder de este número de compromisarios, a fin de evitar confusión.

Artículo 43.- Para consultar la mayor comodidad de las poblaciones pequeñas, se observará que aquella parroquia que llegare a tener veinte vecinos, elegirá un compromisario; la que llegare a tener de treinta a cuarenta, elegirá dos; la que tuviere de cincuenta a sesenta, tres, y así progresivamente. Las parroquias que tuvieran menos de veinte vecinos, se unirán con las más inmediatas para elegir compromisario.

Artículo 44.- Los compromisarios de las parroquias de las poblaciones pequeñas, así elegidos, se juntarán en el pueblo más a propósito, y en componiendo el número de once, o a lo menos de nueve, nombrarán un elector parroquial; si compusieren el número de veinte y uno, o a lo menos de diez y siete, nombrarán dos electores parroquiales y si fueren treinta y uno y se reunieren a lo menos veinte y cinco, nombrarán tres electores, o los que correspondan.

Artículo 45.- Para ser nombrado elector parroquial se requiere ser ciudadano, mayor de veinte y cinco años, vecino y residente en la parroquia.

Artículo 46.- Las juntas de parroquia serán presididas por el jefe político, o el alcalde de la ciudad, villa o aldea en que se congregaren, con asistencia del cura párroco para mayor solemnidad del acto; y si en un mismo pueblo por razón del número de sus parroquias se tuvieren dos o más juntas, presidirá una el jefe político o el alcalde, otro el otro alcalde y los regidores por suerte presidirán las demás.

Artículo 47.- Llegada la hora de la reunión, que se hará en las casas consistoriales o en el lugar donde lo tengan de costumbre, hallándose juntos los ciudadanos que hayan concurrido, pasarán a la parroquia con su presidente, y en ella se celebrará una misa solemne de Espíritu Santo por el cura párroco, quien hará un discurso correspondiente a las circunstancias.

Artículo 48.- Concluida la misa, volverán al lugar de donde salieron, y en él se dará principio a la junta, nombrando dos escrutadores y un secretario de entre los ciudadanos presentes, todo a puerta abierta.

Artículo 49.- En seguida preguntará el presidente si algún ciudadano tiene que exponer alguna queja relativa a cohecho o soborno para que la elección recaiga en determinada persona; y si la hubiere deberá hacerse justificación pública y verbal en el mismo acto. Siendo cierta la acusación, serán privados de voz activa y pasiva los que hubieren cometido el delito. Los calumniadores sufrirán la misma pena; y de este juicio no se admitirá recurso alguno.

Artículo 50.- Si se suscitasen dudas sobre si en alguno de los presentes concurren las calidades requeridas para poder votar, la misma junta decidirá en el acto lo que le parezca; y lo que decidiere se ejecutará sin recurso alguno por esta vez y para este solo efecto.

Artículo 51.- Se procederá inmediatamente al nombramiento de los compromisarios; lo que se hará designando cada ciudadano un número de personas igual al de los compromisarios, para lo que se acercará a la mesa donde se hallen el presidente, los escrutadores y el secretario; y éste las escribirá en una lista a su presencia; y en éste y en los demás actos de elección nadie podrá votarse a sí mismo, bajo la pena de perder el derecho de votar.

Artículo 52.- Concluido este acto, el presidente, escrutadores, y secretario reconocerán las listas, y aquél publicará en alta voz los nombres de los ciudadanos que hayan sido elegidos compromisarios por haber reunido mayor número de votos.

Artículo 53.- Los compromisarios nombrados se retirarán a un lugar separado antes de disolverse la junta, y conferenciando entre sí, procederán a nombrar al elector o electores de aquella parroquia, y quedarán elegidas la persona o personas que reúnan más de la mitad de votos. En seguida se publicará en la junta el nombramiento.

Artículo 54.- El secretario extenderá el acta, que con él firmarán el presidente y los compromisarios, y se entregará copia de ella firmada por los mismos a la persona o personas elegidas, para hacer constar su nombramiento.

Artículo 55.- Ningún ciudadano podrá excusarse de estos encargos por motivo ni pretexto alguno.

Artículo 56.- En la junta parroquial ningún ciudadano se presentará con armas.

Artículo 57.- Verificado el nombramiento de electores, se disolverá inmediatamente la junta, y cualquier otro acto en que intente mezclarse será nulo.

Artículo 58.- Los ciudadanos que han compuesto la junta se trasladarán a la parroquia, donde se cantará un solemne «Te Deum», llevando al elector o electores entre el presidente, los escrutadores y el secretario.

Capítulo IV. De las Juntas de partido

Artículo 59.- Las Juntas electorales de partido se compondrán de los electores parroquiales que se congregarán en la cabeza de cada partido, a fin de nombrar el elector o electores que han de concurrir a la capital de la provincia para elegir los diputados de Cortes.

Artículo 60.- Estas Juntas se celebrarán siempre, en la Península e Islas y posesiones adyacentes, el primer domingo del mes de noviembre del año anterior al en que han de celebrarse las Cortes.

Artículo 61.- En las provincias de Ultramar se celebrarán el primer domingo del mes de enero próximo siguiente al de diciembre en que se hubieren celebrado las juntas de parroquia.

Artículo 62.- Para venir en conocimiento del número de electores que haya de nombrar cada partido, se tendrán presentes las siguientes reglas.

Artículo 63.- El número de electores de partido será triple al de los diputados que se han de elegir.

Artículo 64.- Si el número de partidos de la provincia fuere mayor que el de los electores que se requieren por el artículo precedente para el nombramiento de los diputados que le correspondan, se nombrará, sin embargo, un elector por cada partido.

Artículo 65.- Si el número de partidos fue menor que el de los electores que deban nombrarse, cada partido elegirá uno, dos o más, hasta completar el número que se requiera; pero si faltase aún un elector, le nombrará el partido de mayor población; si todavía faltase otro, le nombrará el que se siga en mayor población, y así sucesivamente.

Artículo 66.- Por lo que queda establecido en los artículos 31, 32 y 33, y en los tres artículos precedentes, el censo determina cuántos diputados corresponden a cada provincia, y cuántos electores a cada uno de sus partidos.

Artículo 67.- Las juntas electorales de partido serán presididas por el jefe político, o el alcalde primero del pueblo cabeza de partido, a quien se presentarán los electores parroquiales con el documento que acredite su elección, para que sean anotados sus nombres en el libro en que han de extenderse las actas de la junta.

Artículo 68.- En el día señalado se juntarán los electores de parroquia con el presidente en las salas consistoriales a puerta abierta, y comenzarán por nombrar un secretario y dos escrutadores de entre los mismos electores.

Artículo 69.- En seguida presentarán los electores las certificaciones de su nombramiento para ser examinadas por el secretario y escrutadores, quienes deberán al día siguiente informar si están o no arregladas. Las certificaciones del secretario y escrutadores serán examinadas por una comisión de tres individuos de la junta, que se nombrará al efecto, para que informe también en el siguiente día sobre ellas.

Artículo 70.- En este día, congregados los electores parroquiales, se leerán los informes sobre las certificaciones, y si se hubiere ha-

llado reparo que oponer a alguna de ellas, o a los electores por defecto de alguna de las calidades requeridas, la Junta resolverá definitivamente y acto continuo lo que le parezca, y lo que resolviere, se ejecutará sin recurso.

Artículo 71.- Concluido este acto, pasarán los electores parroquiales con su presidente a la iglesia mayor, en donde se cantará una misa solemne de Espíritu Santo por el eclesiástico de mayor dignidad, el que hará un discurso propio de las circunstancias.

Artículo 72.- Después de este acto religioso se restituirán a las casas consistoriales, y ocupando los electores sus asientos sin preferencia alguna, leerá el secretario este capítulo de la Constitución, y en seguida hará el presidente la misma pregunta que se contiene en el artículo 49, y se observará todo cuanto en él se previene.

Artículo 73.- Inmediatamente después se procederá al nombramiento del elector o electores de partido, eligiéndolos de uno en uno, y por escrutinio secreto, mediante cédulas en que esté escrito el nombre de la persona que cada uno elige.

Artículo 74.- Concluida la votación, el presidente, secretario y escrutadores harán la regulación de los votos, y quedará elegido el que haya reunido a lo menos la mitad de los votos, y uno más, publicando el presidente cada elección. Si ninguna hubiere tenido la pluralidad absoluta de votos, los dos que hayan tenido el mayor número entrarán en segundo escrutinio, y quedará elegido el que reúna mayor número de votos. En caso de empate decidirá la suerte.

Artículo 75.- Para ser elector de partido se requiere ser ciudadano que se halle en el ejercicio de sus derechos, mayor de veinte y cinco años, y vecino y residente en el partido, ya sea del estado seglar o del eclesiástico secular, pudiendo recaer la elección en los ciudadanos que componen la junta, o en los de fuera de ella.

Artículo 76.- El secretario extenderá el acta, que con él firmarán el presidente y escrutadores; y se entregará copia de ella firmada por

los mismos a la persona o personas elegidas, para hacer constar su nombramiento. El presidente de esta junta remitirá otra copia firmada por él y por el secretario al presidente de la junta de provincia, donde se hará notoria la elección en los papeles públicos.

Artículo 77.- En las juntas electorales de partido se observará todo lo que se previene para las juntas electorales de parroquia en los artículos 55, 56, 57 y 58.

Capítulo V. De las Juntas electorales de provincia

Artículo 78.- Las juntas electorales de provincia se compondrán de los electores de todos los partidos de ella, que se congregarán en la capital a fin de nombrar los diputados que le correspondan para asistir a las Cortes, como representantes de la Nación.

Artículo 79.- Estas juntas se celebrarán siempre en la Península e Islas adyacentes el primer domingo del mes de diciembre del año anterior a las Cortes.

Artículo 80.- En las provincias de Ultramar se celebrarán en el domingo segundo del mes de marzo del mismo año en que se celebran las juntas de partido.

Artículo 81.- Serán presididas estas juntas por el jefe político de la capital de la provincia, a quien se presentarán los electores de partido con el documento de su elección, para que sus nombres se anoten en el libro en que han de extenderse las actas de la junta.

Artículo 82.- En el día señalado se juntarán los electores de partido con el presidente en las casas consistoriales, o en el edificio que se tenga por más a propósito para un acto tan solemne, a puerta abierta; y comenzarán por nombrar a pluralidad de votos un secretario y dos escrutadores de entre los mismos electores.

Artículo 83.- Si a una provincia no le cupiere más que un diputado, concurrirán a lo menos cinco electores para su nombramiento; distribuyendo este número entre los partidos en que estuviere dividida, o formando partidos para este solo efecto.

Artículo 84.- Se leerán los cuatro capítulos de esta Constitución que tratan de las elecciones. Después se leerán las certificaciones de las actas de las elecciones hechas en las cabezas de partido, remitidas por los respectivos presidentes y, asimismo, presentarán los electores las certificaciones de su nombramiento, para ser examinadas por el secretario y escrutadores, quienes deberán al día siguiente informar si están o no arregladas. Las certificaciones del secretario y escrutadores serán examinadas por una comisión de tres individuos de la junta, que se nombrarán al efecto, para que informen también sobre ellas en el siguiente día.

Artículo 85.- Juntos en él los electores de partido, se leerán los informes sobre las certificaciones; y si se hubiere hallado reparo que oponer a alguna de ellas, o a los electores por defecto de alguna de las calidades requeridas, la junta resolverá definitivamente y acto continuo lo que le parezca; y lo que resolviere se ejecutará sin recurso.

Artículo 86.- En seguida se dirigirán los electores de partido con su presidente a la catedral o iglesia mayor, en donde se cantará una misa solemne de Espíritu Santo, y el obispo, o en su defecto el eclesiástico de mayor dignidad, hará un discurso propio de las circunstancias.

Artículo 87.- Concluido este acto religioso, volverán al lugar de donde salieron; y a puerta abierta, ocupando los electores sus asientos, sin preferencia alguna, hará el presidente la misma pregunta que se contiene en el artículo 49, y se observará todo cuanto en él se previene.

Artículo 88.- Se procederá en seguida por los electores, que se hallen presentes, a la elección del diputado o diputados, y se elegirán de uno en uno, acercándose a la mesa donde se hallen el presidente, los escrutadores y secretario, y éste escribirá en una lista a su presencia el nombre de la persona que cada uno elige. El secretario y los escrutadores serán los primeros que voten.

Artículo 89.- Concluida la votación, el presidente, secretario y escrutadores harán la regulación de los votos, y quedará elegido aquel que haya reunido a lo menos la mitad de los votos, y uno más. Si ninguno hubiera reunido la pluralidad absoluta de votos, los dos que hayan tenido el mayor número entrarán en segundo escrutinio, y quedará elegido el que reúna la pluralidad. En caso de empate decidirá la suerte; y hecha la elección de cada uno, la publicará el presidente.

Artículo 90.- Después de la elección de diputados se procederá a la de suplentes por el mismo método y forma, y su número será en cada provincia la tercera parte de los diputados que le correspondan. Si a alguna provincia no le tocare elegir más que uno o dos diputados, elegirá, sin embargo, un diputado suplente. Estos concurrirán a las Cortes, siempre que se verifique la muerte del propietario, o su imposibilidad a juicio de las mismas, en cualquier tiempo que uno u otro accidente se verifique después de la elección.

Artículo 91.- Para ser diputado de Cortes se requiere ser ciudadano que esté en el ejercicio de sus derechos, mayor de veinticinco años, y que haya nacido en la provincia o esté avecindado en ella con residencia a lo menos de siete años, bien sea del estado seglar, o del eclesiástico secular; pudiendo recaer la elección en los ciudadanos que componen la junta, o en los de fuera de ella.

Artículo 92.- Se requiere además, para ser elegido diputado de Cortes, tener una renta anual proporcionada, procedente de bienes propios.

Artículo 93.- Suspéndese la disposición del artículo precedente hasta que las Cortes que en adelante han de celebrarse, declaren haber llegado ya el tiempo de que pueda tener efecto, señalando la cuota de la renta, y la calidad de los bienes de que haya de provenir; y lo que entonces resolvieren se tendrá por constitucional, como si aquí se hallara expresado.

Artículo 94.- Si sucediere que una misma persona sea elegida por la provincia de su naturaleza y por la en que está vecindado, subsistirá la elección por razón de la vecindad, y por la provincia de su naturaleza vendrá a las Cortes el suplente a quien corresponda.

Artículo 95.- Los secretarios del despacho, los consejeros de Estado, y los que sirven empleos de la Casa Real, no podrán ser elegidos diputados de Cortes.

Artículo 96.- Tampoco podrá ser elegido diputado de Cortes ningún extranjero, aunque haya obtenido de las Cortes carta de ciudadano.

Artículo 97.- Ningún empleado público nombrado por el Gobierno, podrá ser elegido diputado de Cortes por la provincia en que ejerce su cargo.

Artículo 98.- El secretario extenderá el acta de las elecciones, que con él firmarán el presidente y todos los electores.

Artículo 99.- En seguida otorgarán todos los electores sin excusa alguna a todos y cada uno de los diputados poderes amplios, según la fórmula siguiente, entregándose a cada diputado su correspondiente poder para presentarse en las Cortes.

Artículo 100.- Los poderes estarán concebidos en estos términos: «En la ciudad de días del mes de del año de, en las salas de, hallándose congregados los señores (aquí se pondrán los nombres del presidente y de los electores de partido que forman la junta electoral de la provincia), dijeron ante mí el infrascripto escribano y testigos al efecto convocados, que habiéndose procedido, con arreglo a la Constitución política de la Monarquía española, al nombramiento de los electores parroquiales y de partido con todas las solemnidades prescritas por la misma Constitución, como constaba de las certificaciones que originales obraban en el expediente, reunidos los expresados electores de los partidos de la provincia de en el día de del mes de del presente año, habían he-

cho el nombramiento de los diputados que en nombre y representación de esta provincia han de concurrir a las Cortes, y que fueron electos por diputados para ellas por esta provincia los señores N. N. N., como resulta del acta extendida y firmada por N. N.: que en su consecuencia les otorgan poderes amplios a todos juntos, y a cada uno de por sí, para cumplir y desempeñar las augustas funciones de su encargo, y para que con los demás diputados de Cortes, como representantes de la Nación española, puedan acordar y resolver cuanto entendieren conducente al bien general de ella en uso de las facultades que la Constitución determina, y dentro de los límites que la misma prescribe, sin poder derogar, alterar o variar en manera alguna ninguno de sus artículos bajo ningún pretexto, y que los otorgantes se obligan por sí mismos y a nombre de todos los vecinos de esta provincia en virtud de las facultades que les son concedidas como electores nombrados para este acto, a tener por válido, y obedecer y cumplir cuanto como tales diputados de Cortes hicieren, y se resolviere por éstas con arreglo a la Constitución Política de la Monarquía española. Así lo expresaron y otorgaron, hallándose presentes como testigos N. N. N., que con los señores otorgantes lo firmaron: de que doy fe.»

Artículo 101.- El presidente, escrutadores y secretario remitirán inmediatamente copia firmada por los mismos del acta de las elecciones a la diputación permanente de las Cortes, y harán que se publiquen las elecciones por medio de la imprenta, remitiendo un ejemplar a cada pueblo de la provincia.

Artículo 102.- Para la indemnización de los diputados se les asistirá por sus respectivas provincias con las dietas que las Cortes en el segundo año de cada diputación general señalaron para la diputación que le ha de suceder; y a los diputados de Ultramar se les abonará además lo que parezca necesario, a juicio de sus respectivas provincias, para los gastos de viaje de ida y vuelta.

Artículo 103.- Se observará en las juntas electorales de provincia todo lo que se prescribe en los artículos 55, 56, 57 y 58, a excepción de lo que previene el artículo 328.

Capítulo VI. De la celebración de las Cortes

Artículo 104.- Se juntarán las Cortes todos los años en la capital del reino, en edificio destinado a este solo objeto.

Artículo 105.- Cuando tuvieran por conveniente trasladarse a otro lugar, podrán hacerlo con tal que sea a pueblo que no diste de la capital más que doce leguas, y que convengan en la traslación las dos terceras partes de los diputados presentes.

Artículo 106.- Las sesiones de las Cortes en cada año durarán tres meses consecutivos, dando principio el día primero del mes de marzo.

Artículo 107.- Las Cortes podrán prorrogar sus sesiones cuando más por otro mes en sólo dos casos: primero, a petición del Rey; y segundo, si las Cortes lo creyeren necesario por una resolución de las dos terceras partes de los diputados.

Artículo 108.- Los diputados se renovarán en su totalidad cada dos años.

Artículo 109.- Si la guerra o la ocupación de alguna parte del territorio de la Monarquía por el enemigo impidieren que se presenten a tiempo todos o algunos de los diputados de una o más provincias, serán suplidos los que falten por los anteriores diputados de las respectivas provincias, sorteando entre sí hasta completar el número que les corresponda.

Artículo 110.- Los diputados no podrán volver a ser elegidos, sino mediante otra diputación.

Artículo 111.- Al llegar los diputados a la capital se presentarán a la diputación permanente de Cortes, la que hará sentar sus nombres, y el de la provincia que los ha elegido, en un registro en la secretaría de las mismas Cortes.

Artículo 112.- En el año de la renovación de los diputados se celebrará el día 15 de febrero a puerta abierta la primera junta preparatoria, haciendo de presidente el que lo sea de la diputación permanente, y de secretarios y escrutadores los que nombre la misma diputación de entre los restantes individuos que la componen.

Artículo 113.- En esta primera junta presentarán todos los diputados sus poderes, y se nombrarán a pluralidad de votos dos comisiones, una de cinco individuos para que examine los poderes de todos los diputados; y otra de tres, para que examine de estos cinco individuos de la comisión.

Artículo 114.- El día 20 del mismo febrero se celebrará también a puerta abierta la segunda junta preparatoria, en la que las dos comisiones informarán sobre la legitimidad de los poderes, habiendo tenido presentes las copias de las actas de las elecciones provinciales.

Artículo 115.- En esta junta y en las demás que sean necesarias hasta el día 25, se resolverán definitivamente, y a pluralidad de votos, las dudas que se susciten sobre la legitimidad de los poderes y calidades de los diputados.

Artículo 116.- En el año siguiente al de la renovación de los diputados se tendrá la primera junta preparatoria el día 20 de febrero, y hasta el 25 las que se crean necesarias para resolver, en el modo y forma que se ha expresado en los tres artículos precedentes, sobre la legitimidad de los poderes de los diputados que de nuevo se presenten.

Artículo 117.- En todos los años el día 25 de febrero se celebrará la última junta preparatoria, en la que se hará por todos los diputados, poniendo la mano sobre los Santos Evangelios, el juramento siguiente: ¿Juráis defender y conservar la religión católica, apostólica, romana, sin admitir otra alguna en el reino? -R. Sí juro. ¿Juráis guardar y hacer guardar religiosamente la Constitución política de la

Monarquía española, sancionada por las Cortes generales y extraordinarias de la Nación en el año de mil ochocientos y doce? -R. Sí juro. ¿Juráis haberos bien y fielmente en el encargo que la Nación os ha encomendado, mirando en todo por el bien y prosperidad de la misma Nación? -R. Sí juro. Si así lo hiciereis, Dios os lo premie; y si no, os lo demande.

Artículo 118.- En seguida se procederá a elegir de entre los mismos diputados, por escrutinio secreto y a pluralidad absoluta de votos, un presidente, un vicepresidente y cuatro secretarios, con lo que se tendrán por constituidas y formadas las Cortes, y la diputación permanente cesará en todas sus funciones.

Artículo 119.- Se nombrará en el mismo día una diputación de veinte y dos individuos, y dos de los secretarios, para que pase a dar parte al Rey de hallarse constituidas las Cortes, y del presidente que han elegido, a fin de que manifieste si asistirá a la apertura de las Cortes, que se celebrará el día primero de marzo.

Artículo 120.- Si el Rey se hallare fuera de la capital, se le hará esta participación por escrito, y el Rey contestará del mismo modo.

Artículo 121.- El Rey asistirá por sí mismo a la apertura de las Cortes; y si tuviere impedimento, la hará el presidente el día señalado, sin que por ningún motivo pueda diferirse para otro. Las mismas formalidades se observarán para el acto de cerrarse las Cortes.

Artículo 122.- En la sala de las Cortes entrará el Rey sin guardia, y sólo le acompañarán las personas que determine el ceremonial para el recibimiento y despedida del Rey, que se prescriba en el reglamento del gobierno interior de las Cortes.

Artículo 123.- El Rey hará un discurso, en el que propondrá a las Cortes lo que crea conveniente; y al que el presidente contestará en términos generales. Si no asistiere el Rey, remitirá su discurso al presidente, para que por éste se lea en las Cortes.

Artículo 124.- Las Cortes no podrán deliberar en la presencia del Rey.

Artículo 125.- En los casos en que los secretarios del Despacho hagan a las Cortes algunas propuestas a nombre del Rey, asistirán a las discusiones cuando y del modo que las Cortes determinen, y hablarán en ellas; pero no podrán estar presentes a la votación.

Artículo 126.- Las sesiones de las Cortes serán públicas, y sólo en los casos que exijan podrá celebrarse sesión secreta.

Artículo 127.- En las discusiones de las Cortes, y en todo lo demás que pertenezca a su gobierno y orden interior, se observará el reglamento que se forme por estas Cortes generales y extraordinarias, sin perjuicio de las reformas que las sucesivas tuvieren por conveniente hacer en él.

Artículo 128.- Los diputados serán inviolables por sus opiniones, y en ningún tiempo ni caso, ni por ninguna autoridad podrán ser reconvenidos por ellas. En las causas criminales, que contra ellos se intentaren, no podrán ser juzgados sino por el tribunal de Cortes en el modo y forma que se prescriba en el reglamento del gobierno interior de las mismas. Durante las sesiones de las Cortes, y un mes después, los diputados no podrán ser demandados, civilmente, ni ejecutados por deudas.

Artículo 129.- Durante el tiempo de su diputación, contado para este efecto desde que el nombramiento conste en la permanente de Cortes no podrán los diputados admitir para sí, ni solicitar para otro, empleo alguno de provisión del Rey, ni aun ascenso, como no sea de escala en su respectiva carrera.

Artículo 130.- Del mismo modo no podrán, durante el tiempo de su diputación, y un año después del último acto de sus funciones, obtener para sí, ni solicitar para otro, pensión ni condecoración alguna que sea también de provisión del Rey.

Artículo 157.- Antes de separarse las Cortes nombrarán una diputación que se llamará Diputación Permanente de Cortes, compuesta de siete individuos, de su seno, tres de las provincias de Europa y

tres de las de Ultramar, y el séptimo saldrá por suerte entre un diputado de Europa y otro de Ultramar.

Artículo 158.- Al mismo tiempo nombrarán las Cortes dos suplentes para esta diputación, uno de Europa y otro de Ultramar.

Artículo 159.- La Diputación Permanente durará de unas Cortes ordinarias a otras.

Artículo 160.- Las facultades de esta diputación son:

Primera. Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, para dar cuenta a las próximas Cortes de las infracciones que hayan notado.

Segunda. Convocar a Cortes extraordinarias en los casos prescritos por la Constitución.

Tercera. Desempeñar las funciones que se señalan en los artículos 111 y 112.

Cuarta. Pasar aviso a los diputados suplentes para que concurren en lugar de los propietarios; y si ocurriese el fallecimiento o imposibilidad absoluta de propietarios y suplentes de una provincia, comunicar las correspondientes órdenes a la misma, para que proceda a nueva elección.

Art. 161.- Las Cortes extraordinarias se compondrán de los mismos diputados que forman las ordinarias durante los dos años de su diputación.

Artículo 162.- La Diputación Permanente de Cortes las convocará con señalamiento de día en los tres casos siguientes:

Primero. Cuando vacare la Corona.

Segundo. Cuando el Rey se imposibilitare de cualquier modo para el gobierno, o quisiera abdicar la Corona en el sucesor; estando autorizada en el primer caso la diputación para tomar todas las medidas que estime convenientes, a fin de asegurarse de la inhabilidad del Rey.

Tercero. Cuando en circunstancias críticas y por negocios arduos tuviere el Rey por conveniente que se congreguen, y lo participare así a la Diputación Permanente de Cortes.

Artículo 163.- Las Cortes extraordinarias no entenderán sino en el objeto para que han sido convocadas.

Artículo 164.- Las sesiones de las Cortes extraordinarias comenzarán y se terminarán con las mismas formalidades que las ordinarias.

Artículo 165.- La celebración de las Cortes extraordinarias no estorbará la elección de nuevos diputados en el tiempo prescrito.

Artículo 166.- Si las Cortes extraordinarias no hubieren concluido sus sesiones en el día señalado para la reunión de las ordinarias, cesarán las primeras en sus funciones, y las ordinarias continuarán el negocio para que aquéllas fueron convocadas.

Artículo 167.- La diputación permanente de Cortes continuará en las funciones que le están señaladas en los artículos 111 y 112, en el caso comprendido en el artículo precedente.

Título IV. Del Rey

Capítulo I. De la inviolabilidad del Rey, y de su autoridad

Artículo 172.- Las restricciones de la autoridad del Rey son las siguientes:

Primera. No puede el Rey impedir bajo ningún pretexto la celebración de las Cortes en las épocas y casos señalados por la Constitución, ni suspenderlas ni disolverlas, ni en manera alguna embarazar sus sesiones y deliberaciones. Los que le aconsejasen o auxiliasen en cualquiera tentativa para estos actos, son declarados traidores, y serán perseguidos como tales.

Tercera. No puede el Rey enajenar, ceder, renunciar o en cualquiera manera traspasar a otro la autoridad real, ni alguna de sus prerrogativas.

Si por cualquiera causa quisiere abdicar el trono en el inmediato sucesor, no lo podrá hacer sin el consentimiento de las Cortes.

Título VI. Del Gobierno interior de las Provincias y de los Pueblos**Capítulo I. De los Ayuntamientos**

Artículo 309.- Para el gobierno interior de los pueblos habrá ayuntamientos compuestos de alcalde o alcaldes, los regidores y el procurador síndico, y presididos por el jefe político donde lo hubiere, y en su defecto por el alcalde o el primer nombrado entre éstos, si hubiere dos.

Artículo 310.- Se pondrá ayuntamiento en los pueblos que no le tengan, y en que convenga le haya, no pudiendo dejar de haberle en los que por sí o con su comarca lleguen a mil almas, y también se les señalará término correspondiente.

Artículo 311.- Las leyes determinarán el número de individuos de cada clase de que han de componerse los ayuntamientos de los pueblos con respecto a su vecindario.

Artículo 312.- Los alcaldes, regidores y procuradores síndicos se nombrarán por elección en los pueblos, cesando los regidores y demás que sirvan oficios perpetuos en los ayuntamientos, cualquiera que sea su título y denominación.

Artículo 313.- Todos los años en el mes de diciembre se reunirán los ciudadanos de cada pueblo, para elegir a pluralidad de votos, con proporción a su vecindario, determinado número de electores, que residan en el mismo pueblo y estén en el ejercicio de los derechos de ciudadano.

Artículo 314.- Los electores nombrarán en el mismo mes a pluralidad absoluta de votos el alcalde o alcaldes, regidores y procurador o procuradores síndicos, para que entren a ejercer sus cargos el primero de enero del siguiente año.

Artículo 315.- Los alcaldes se mudarán todos los años, los regidores por mitad cada año, y lo mismo los procuradores síndicos donde haya dos: si hubiere sólo uno se mudará todos los años.

Artículo 316.- El que hubiere ejercido cualquiera de estos cargos no podrá volver a ser elegido para ninguno de ellos, sin que pasen por lo menos dos años, donde el vecindario lo permita.

Artículo 317.- Para ser alcalde, regidor o procurador síndico, además de ser ciudadano en el ejercicio de sus derechos, se requiere ser mayor de veinticinco años, con cinco a lo menos de vecindad y residencia en el pueblo. Las leyes determinarán las demás calidades que han de tener estos empleados.

Artículo 318.- No podrá ser alcalde, regidor ni procurador síndico ningún empleado público de nombramiento del Rey, que esté en ejercicio, no entendiéndose comprendidos en esta regla los que sirvan en las milicias nacionales.

Artículo 319.- Todos los empleos municipales referidos serán carga concejil, de que nadie podrá excusarse sin causa legal.

Artículo 320.- Habrá un secretario en todo ayuntamiento, elegido por éste a pluralidad absoluta de votos, y dotado de los fondos del común.

Artículo 323.- Los ayuntamientos desempeñarán todos estos encargos bajo la inspección de la diputación provincial, a quien rendirán cuenta justificada cada año de los caudales públicos que hayan recaudado e invertido.

Capítulo II. Del Gobierno político de las Provincias y de las Diputaciones Provinciales

Artículo. 324.- El gobierno político de las provincias residirá en el jefe superior, nombrado por el Rey en cada una de ellas.

Artículo 325.- En cada provincia habrá una diputación llamada provincial, para promover su prosperidad, presidida por el jefe superior.

Artículo 326.- Se compondrá esta diputación del presidente, del intendente y de siete individuos elegidos en la forma que se dirá, sin perjuicio de que las Cortes en lo sucesivo varíen este número como

lo crean conveniente, o lo exijan las circunstancias, hecha que sea la nueva división de provincias de que trata el artículo 11.

Artículo 327.- La diputación provincial se renovará cada dos años por mitad, saliendo la primera vez el mayor número, y la segunda el menor, y así sucesivamente.

Artículo 328.- La elección de estos individuos se hará por electores de partido al otro día de haber nombrado los diputados de Cortes, por el mismo orden con que éstos se nombran.

Artículo 329.- Al mismo tiempo y en la misma forma se elegirán tres suplentes para cada diputación.

Artículo 330.- Para ser individuo de la diputación provincial se requiere ser ciudadano en el ejercicio de sus derechos, mayor de veinticinco años, natural o vecino de la provincia con residencia a lo menos de siete años, y que tenga lo suficiente para mantenerse con decencia; y no podrá serlo ninguno de los empleados de nombramiento del Rey, de que trata el artículo 318.

Artículo 331.- Para que una misma persona pueda ser elegida segunda vez, deberá haber pasado a lo menos el tiempo de cuatro años después de haber cesado en sus funciones.

Artículo 332.- Cuando el jefe superior de la provincia no pudiere presidir la diputación, la presidirá el intendente, y en su defecto el vocal que fuere primer nombrado.

Artículo 333.- La diputación nombrará un secretario, dotado de los fondos públicos de la provincia.

Artículo 334.- Tendrá la diputación en cada año a lo más noventa días de sesiones distribuidas en las épocas que más convenga. En la Península deberán hallarse reunidas las diputaciones para el primero de marzo, y en Ultramar para el primero de junio.

Artículo 336.- Si alguna diputación abusare de sus facultades, podrá el Rey suspender a los vocales que la componen, dando parte a las Cortes de esta disposición y de los motivos de ella para la de

terminación que corresponda: durante la suspensión entrarán en funciones los suplentes.

Artículo 337.- Todos los individuos de los ayuntamientos y de las diputaciones de provincia, al entrar en el ejercicio de sus funciones, prestarán juramento, aquéllos en manos del jefe político, donde le hubiere, o en su defecto el alcalde que fuere primer nombrado, y éstos en las del jefe superior de la provincia, de guardar la Constitución política de la Monarquía española, observar las leyes y ser fieles al Rey, y cumplir religiosamente las obligaciones de su cargo.

Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana 22 de octubre de 1814

Capítulo II. De la soberanía

Artículo 2°.- La facultad de dictar leyes y de establecer la forma de gobierno que más convenga a los intereses de la sociedad, constituye la soberanía.

Artículo 3°.- Ésta es por su naturaleza imprescriptible, inajenable, e indivisible.

Artículo 4°.- Como el gobierno no se instituye para honra o interés particular de ninguna familia, de ningún hombre ni clase de hombres; sino para la protección y seguridad general de todos los ciudadanos, unidos voluntariamente en sociedad, éstos tienen derecho incontestable a establecer el gobierno que más les convenga, alterarlo, modificarlo, y abolirlo totalmente, cuando su felicidad lo requiera.

Artículo 5°.- Por consiguiente la soberanía reside originariamente en el pueblo, y su ejercicio en la representación nacional compuesta de diputados elegidos por los ciudadanos bajo la forma que prescriba la constitución.

Artículo 6°.- El derecho de sufragio para la elección de diputados pertenece, sin distinción de clases ni países a todos los ciudadanos en quienes concurren los requisitos que prevenga la ley.

Artículo 7°.- La base de la representación nacional es la población compuesta de los naturales del país, y de los extranjeros que se reputen por ciudadanos.

Artículo 8°.- Cuando las circunstancias de un pueblo oprimido no permiten que se haga constitucionalmente la elección de sus diputados, es legítima la representación supletoria que con tácita voluntad de los ciudadanos se establezca para la salvación y felicidad común.

Artículo 9°.- Ninguna nación tiene derecho para impedir a otra el uso libre de su soberanía. El título de conquista no puede legitimar los actos de la fuerza: el pueblo que lo intente debe ser obligado por las armas a respetar el derecho convencional de las naciones.

Artículo 10°.- Si el atentado contra la soberanía del pueblo se cometiese por algún individuo, corporación, o ciudad, se castigará por la autoridad pública, como delito de lesa nación.

Artículo 11.- Tres son las atribuciones de la soberanía: la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar, y la facultad de aplicarlas a los casos particulares.

Artículo 12.- Estos tres poderes Legislativo, Ejecutivo, y Judicial no deben ejercerse, ni por una sola persona, ni por una sola corporación.

Capítulo III. De los ciudadanos

Artículo 13.- Se reputan ciudadanos de esta América todos los nacidos en ella.

Artículo 14.- Los extranjeros radicados en este suelo que profesaren la religión católica, apostólica, romana, y no se opongan a la libertad de la Nación, se reputarán también ciudadanos de ella, en virtud de carta de naturaleza que se les otorgará, y gozarán de los beneficios de la ley.

Artículo 15.- La calidad de ciudadano se pierde por crimen de herejía, apostasía y lesa nación.

Artículo 16.- El ejercicio de los derechos anejos a esta misma calidad, se suspende en el caso de sospecha vehemente de infidencia, y en los demás determinados por la ley.

Artículo 17.- Los transeúntes serán protegidos por la sociedad, pero sin tener parte en la institución de sus leyes. Sus personas y propiedades gozarán de la misma seguridad que los demás ciudadanos, con tal que reconozcan la soberanía e independencia de la Nación, y respeten la religión católica, apostólica, romana.

Capítulo V. De la igualdad, seguridad, propiedad, y libertad de los ciudadanos

Artículo 26.- Los empleados públicos deben funcionar temporalmente, y el pueblo tiene derecho para hacer que vuelvan a la vida privada, proveyendo las vacantes por elecciones y nombramientos, conforme a la constitución.

Artículo 27.- La seguridad de los ciudadanos consiste en la garantía social: ésta no puede existir sin que fije la ley los límites de los poderes, y la responsabilidad de los funcionarios públicos.

Artículo 28.- Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley.

Artículo 30.- Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declara culpado.

Artículo 37.- A ningún ciudadano debe coartarse la libertad de reclamar sus derechos ante los funcionarios de la autoridad pública.

Artículo 40.- En consecuencia, la libertad de hablar, de discurrir, y de manifestar sus opiniones por medio de la imprenta, no debe prohibirse a ningún ciudadano, a menos que en sus producciones ataquen al dogma, turbe la tranquilidad pública, u ofenda el honor de los ciudadanos.

II. Forma de Gobierno

Capítulo I. De las provincias que comprende la América Mexicana

Artículo 42.- Mientras se haga una demarcación exacta de esta América Mexicana, y de cada una de las provincias que la componen, se reputarán bajo de este nombre, y dentro de los mismos términos que hasta hoy se han reconocido las siguientes: México, Puebla, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Oaxaca, Tecpan, Michoacán, Querétaro, Guadalajara, Guanajuato, Potosí, Zacatecas, Durango, Sonora, Coahuila, y nuevo reino de León.

Artículo 43.- Estas provincias no podrán separarse unas de otras en su gobierno, ni menos enajenarse en todo o en parte.

Capítulo II. De las Supremas Autoridades

Artículo 44.- Permanecerá el cuerpo representativo de la soberanía del pueblo con el nombre de Supremo Congreso Mexicano. Se creará además dos corporaciones, la una con el título de Supremo Gobierno, y la otra con el de Supremo Tribunal de justicia.

Artículo 45.- Estas tres corporaciones han de residir en un mismo lugar, que determinará el Congreso, previo informe del supremo gobierno; y cuando las circunstancias no lo permitan, podrán separarse por el tiempo, y a la distancia que aprobare el mismo Congreso.

Artículo 46.- No podrán funcionar a un tiempo en las enunciadas corporaciones dos o más parientes, que lo sean en primer grado, extendiéndose la prohibición a los secretarios, y aun a los fiscales del supremo tribunal de justicia.

Artículo 47.- Cada corporación tendrá su palacio y guardia de honor iguales a las demás; pero la tropa de guarnición estará bajo las órdenes del Congreso.

Capítulo III. Del Supremo Congreso

Artículo 48.- El Supremo Congreso se compondrá de diputados elegidos uno por cada provincia, e iguales todos en autoridad.

Artículo 49.- Habrá un presidente, y un vice-presidente, que se ele-

girán por suerte cada tres meses, excluyéndose de los sorteos los diputados que hayan obtenido aquellos cargos.

Artículo 50.- Se nombrarán del mismo cuerpo a pluralidad absoluta de votos dos secretarios, que han de mudarse cada seis meses; y no podrán ser reelegidos hasta que haya pasado un semestre.

Artículo 51.- El Congreso tendrá tratamiento de Majestad, y sus individuos de Excelencia durante el tiempo de su diputación.

Artículo 52.- Para ser diputado se requiere ser ciudadano con ejercicio de sus derechos, la edad de treinta años, buena reputación, patriotismo acreditado con servicios positivos, y tener lances no vulgares para desempeñar las augustas funciones de este empleo.

Artículo 53.- Ningún individuo que haya sido del Supremo Gobierno, o del Supremo Tribunal de Justicia, incluso los secretarios de una y otra corporación, y los fiscales de la segunda, podrá ser diputado hasta que pasen dos años después de haber expirado el término de sus funciones.

Artículo 54.- Los empleados públicos que ejerzan jurisdicción en toda una provincia, no podrán ser elegidos por ella diputados en propiedad: tampoco los interinos podrán serlo por la provincia que representen, ni por cualquiera otra, si no es pasando dos años después de que haya cesado su representación.

Artículo 55.- Se prohíbe también que sean diputados simultáneamente dos o más parientes en segundo grado.

Artículo 56.- Los diputados no funcionarán por más tiempo que el de dos años. Éstos se contarán al diputado propietario desde el día que termine el bienio de la anterior diputación: o siendo el primer propietario en propiedad desde el día que señale el Supremo Congreso para su incorporación, y al interino desde la fecha de su nombramiento. El diputado suplente no pasará del tiempo que corresponda al propietario por quien sustituye.

Artículo 57.- Tampoco serán reelegidos los diputados, si no es que medie el tiempo de una diputación.

Artículo 58.- Ningún ciudadano podrá excusarse del encargo de diputado. Mientras lo fuere, no podrá emplearse en el mando de armas.

Artículo 59.- Los diputados serán inviolables por sus opiniones, y en ningún tiempo ni caso podrá hacerseles cargo de ellas; pero se sujetarán al juicio de residencia por la parte que les toca en la administración pública, y además podrán ser acusados durante el tiempo de su diputación, y en la forma que previene este reglamento por los delitos de herejía y apostasía, y por los de Estado, señaladamente por los de infidencia, concusión y dilapidación de los caudales públicos.

Capítulo IV. De la elección de diputados para el Supremo Congreso

Artículo 60.- El Supremo Congreso nombrará por escrutinio, y a pluralidad absoluta de votos, diputados interinos por las provincias que se hallen dominadas en toda su extensión por el enemigo.

Artículo 61.- Con tal que en una provincia estén desocupados tres partidos, que comprendan nueve parroquias, procederán los pueblos del distrito libre a elegir sus diputados así propietarios, como suplentes, por medio de Juntas electorales de parroquia, de partido, y de provincia.

Artículo 62.- El Supremo Gobierno mandará celebrar lo más pronto que le sea posible, estas Juntas en las provincias que lo permitan, con arreglo al Artículo anterior, y que no tengan diputados en propiedad: y por lo que toca a las que los tuvieren, hará que se celebren tres meses antes de cumplirse el bienio de las respectivas diputaciones. Para este efecto habrá en la secretaría correspondiente un libro, donde se lleve razón exacta del día, mes, y año, en que conforme al Artículo 56 comience a contarse el bienio de cada diputado.

Artículo 63.- En caso de que un mismo individuo sea elegido diputado en propiedad por distintas provincias, el Supremo Congreso decidirá por suerte la elección que haya de subsistir, y en consecuencia el suplente a quien toque, entrará en lugar del propietario de la provincia, cuya elección quedare sin efecto.

Capítulo V. De las Juntas Electorales de parroquia

Artículo 64.- La Juntas electorales de parroquia se compondrán de los ciudadanos con derecho a sufragio, que estén domiciliados, y residan en territorio de la respectiva feligresía.

Artículo 65.- Se declaran con derecho a sufragio los ciudadanos, que hubieren llegado a la edad de diez y ocho años, o antes si se casaren, que hayan acreditado su adhesión a nuestra santa causa, que tengan empleo, o modo honesto de vivir, y que no estén notados de alguna infamia pública, ni procesados criminalmente por nuestro gobierno.

Artículo 66.- Por cada parroquia se nombrará un elector, para cuyo encargo se requiere ser ciudadano con ejercicio de sus derechos, mayor de veinticinco años, y que al tiempo de la elección resida en la feligresía.

Artículo 67.- Se celebrarán estas Juntas en las cabeceras de cada curato, o en el pueblo de la doctrina que ofreciere más comodidad; y si por la distancia de los lugares de una misma feligresía no pudieren concurrir todos los parroquianos en la cabecera, o pueblo determinado, se designarán dos o tres puntos de reunión, en los cuales se celebren otras tantas Juntas parciales, que formarán respectivamente los vecinos, a cuya comodidad se consultare.

Artículo 68.- El Justicia del territorio, o el Comisionado que depute el Juez del partido, convocará la Junta, o Juntas parciales, designará el día, hora, y lugar de su celebración, y presidirá las sesiones.

Artículo 69.- Estando juntos los ciudadanos electores, y el presidente pasarán a la iglesia principal, donde se celebrará una misa so-

lemne de Espíritu Santo, y se pronunciará un discurso análogo a las circunstancias por el cura, u otro eclesiástico.

Artículo 70.- Volverán al lugar destinado para la sesión, a que se dará principio, por nombrar de entre los concurrentes dos escrutadores, y un secretario, que tomarán asiento en la mesa al lado del presidente.

Artículo 71.- En seguida preguntará el presidente, si hay alguno que sepa que haya intervenido cohecho, o soborno, para que la elección recaiga en persona determinada: y si hubiere quien tal exponga, el presidente y los escrutadores harán en el acto pública y verbal justificación. Calificándose la denuncia, quedarán excluidos de voz activa y pasiva los delincuentes, y la misma pena se aplicará a los falsos calumniadores, en el concepto de que en este juicio no se admitirá recurso.

Artículo 72.- Al presidente y escrutadores toca también decidir en el acto las dudas que se ofrezcan, sobre si en alguno de los ciudadanos concurren los requisitos necesarios para votar.

Artículo 73.- Cada votante se acercará a la mesa, y en voz clara e inteligible nombrará los tres individuos, que juzgue más idóneos para electores. El secretario escribirá estos sufragios, y los manifestará al votante, al presidente, y a los escrutadores, de modo que todos queden satisfechos.

Artículo 74.- Acabada la votación, examinarán los escrutadores la lista de los sufragios, y sumarán los números que resulten a favor de cada uno de los votados. Esta operación se ejecutará a vista de todos los concurrentes, y cualquiera de ellos podrá revisarla.

Artículo 75.- Si la Junta fuere compuesta de todos los ciudadanos de la feligresía, el votado que reuniere el mayor número de sufragios, o aquel por quien en caso de empate se decidiere la suerte, quedará nombrado elector de parroquia, y lo anunciará el secretario de orden del presidente.

Artículo 76.- Concluido este acto se trasladará el concurso, llevando al elector entre el presidente, escrutadores, y secretario, a la iglesia, en donde se cantará en acción de gracias un solemne Te Deum, y la Junta quedará disuelta para siempre.

Artículo 77.- El secretario extenderá la acta, que firmará con el presidente y escrutadores: se sacará un testimonio de ella firmado por los mismos, y se dará al elector nombrado, para que pueda acreditar su nombramiento, de que el presidente pasará aviso al juez del partido.

Artículo 78.- Las Juntas parciales se disolverán concluida la votación, y las actas respectivas se extenderán, como previene el Artículo anterior.

Artículo 79.- Previa citación del presidente, hecha por alguno de los secretarios, volverán a reunirse en sesión pública éstos y los escrutadores de las Juntas parciales, y con presencia de las actas examinarán los segundos las listas de sufragios, sumando de la totalidad los números que resulten por cada votado, y quedará nombrado elector el que reuniese la mayor suma, o si hubiese empate, el que decidiere la suerte.

Artículo 80.- Publicará el presidente esta votación por medio de copia certificada del escrutinio, circulándola por los pueblos de la feligresía; y dará al elector igual testimonio firmado por el mismo presidente, escrutadores, y secretarios.

Artículo 81.- Ningún ciudadano podrá excusarse del encargo de elector de parroquia, ni se presentará con armas en la Junta.

Capítulo VI. De las Juntas Electorales de partido

Artículo 82.- Las Juntas electorales de partido se compondrán de los electores parroquiales congregados en la cabecera de cada subdelegación o en otro pueblo que por justas consideraciones designe el juez, a quien toca esta facultad, como también la de citar a los electores, señalar el día, hora y sitio para la celebración de estas Juntas, y presidir las sesiones.

Artículo 83.- En la primera se nombrarán dos escrutadores y un secretario de los mismos electores, si llegaren a siete; o fuera de ellos si no se completare este número, con tal que los electos sean ciudadanos de probidad.

Artículo 84.- A consecuencia presentarán los electores los testimonios de sus nombramientos, para que los escrutadores y el secretario los reconozcan y examinen: y con esto terminará la sesión.

Artículo 85.- En la del día siguiente expondrán su juicio los escrutadores y el secretario. Ofreciéndose alguna duda, el presidente la resolverá en el acto, y su resolución se ejecutará sin recurso: pasando después la Junta a la iglesia principal, con el piadoso objeto que previene el Artículo 69.

Artículo 86.- Se restituirá después la Junta al lugar destinado para las sesiones, y tomando asiento el presidente y los demás individuos que la formen, se ejecutará lo contenido en el Artículo 71, y regirá también en su caso el Artículo 72.

Artículo 87.- Se procederá en seguida a la votación, haciéndola a puerta abierta por medio de cédulas, en que cada elector exprese los tres individuos que juzgue más a propósito: recibirá las cédulas el secretario, las leerá en voz alta y manifestará al presidente.

Artículo 88.- Concluida la votación, los escrutadores a vista y satisfacción del presidente y de los electores, sumarán el número de los sufragios que haya reunido cada votado, quedando nombrado el que contare con la pluralidad, y en caso de empate el que decidiere la suerte. El secretario anunciará de orden del presidente el nombramiento del elector de partido.

Artículo 89.- Inmediatamente se trasladarán la Junta y concurrentes a la iglesia principal, bajo la forma y con el propio fin que indica el Artículo 76.

Artículo 90.- El secretario extenderá la acta, que suscribirá con el presidente y escrutadores. Se sacarán dos copias autorizadas con

la misma solemnidad; de las cuales una se entregará al elector nombrado, y otra se remitirá al presidente de la Junta provincial.

Artículo 91.- Para ser elector de partido se requiere la residencia personal en la respectiva jurisdicción con las demás circunstancias asignadas para los electores de parroquia.

Artículo 92.- Se observará por último lo que prescribe el Artículo 81.

Capítulo VII. De las Juntas Electorales de provincia

Artículo 93.- Los electores de partido formarán respectivamente las Juntas provinciales, que para nombrar los diputados que deben incorporarse en el Congreso, se han de celebrar en la capital de cada provincia, o en el pueblo que señalare el intendente, a quien toca presidirlas, y fijar el día, hora y sitio en que hayan de verificarse.

Artículo 94.- En la primera sesión se nombrarán dos escrutadores, y un secretario, en los términos que anuncia el Artículo 83. Se leerán los testimonios de las actas de elecciones hechas en cada partido, remitidas por los respectivos presidentes: y presentarán los electores las copias que llevaren consigo, para que los escrutadores y el secretario las confronten y examinen.

Artículo 95.- En la segunda sesión que se tendrá el día siguiente, se practicará lo mismo que está mandado en los Artículos 85 y 86.

Artículo 96.- Se procederá después a la votación de diputado en la forma que para las elecciones de partidos señala el Artículo 87.

Artículo 97.- Concluida la votación los escrutadores reconocerán las cédulas conforme al Artículo 88, y sumarán los números que hubiere reunido cada votado, quedando elegido diputado en propiedad el que reuniere la pluralidad de sufragios; y suplente el que se aproxime más a la pluralidad.

Artículo 98.- Si hubiere empate, se sorteará el nombramiento de diputado así propietario, como suplente, entre los votados que sacaren igual número de sufragios.

Artículo 99.- Hecha la elección se procederá a la solemnidad religiosa, a que se refiere el Artículo 89.

Artículo 100.- Se extenderá la acta de elección, y se sacarán dos copias con las formalidades que establece el Artículo 90: una copia se entregará al diputado, y otra se remitirá al Supremo Congreso.

Artículo 101.- Los electores en nombre de la provincia otorgarán al diputado en forma legal la correspondiente comisión.

Capítulo VIII. De las atribuciones del Supremo Congreso

Artículo 102.- Reconocer y calificar los documentos que presenten los diputados elegidos por las provincias, y recibirles el juramento que deben otorgar para su incorporación.

Capítulo X. Del Supremo Gobierno

Artículo 132.- Compondrán el Supremo Gobierno tres individuos, en quienes concurren las calidades expresadas en el Artículo 52: serán iguales en autoridad, alternando por cuatrimestres en la presidencia, que sortearán en su primera sesión para fijar invariablemente el orden con que hayan de turnar, y lo manifestarán al Congreso.

Artículo 133.- Cada año saldrá por suerte uno de los tres, y el que ocupare la vacante tendrá el mismo lugar que su antecesor en el turno de la presidencia. Al Congreso toca hacer este sorteo.

Artículo 134.- Habrá tres secretarios: uno de guerra, otro de hacienda, y el tercero que se llamará especialmente de gobierno. Se mudarán cada cuatro años.

Artículo 135.- Ningún individuo del Supremo Gobierno podrá ser reelegido, a menos que haya pasado un trienio después de su administración: y para que pueda reelegirse un secretario, han de correr cuatro años después de fenecido su ministerio.

Artículo 136.- Solamente en la creación del Supremo Gobierno podrán nombrarse para sus individuos así los diputados propietarios del Supremo Congreso, que hayan cumplido su bienio, como los in-

terinos; en la inteligencia de que si fuere nombrado alguno de éstos, se tendrá por concluida su diputación; pero en lo sucesivo ni podrá elegirse ningún diputado, que a la sazón lo fuere, ni el que lo haya sido; si no es mediando el tiempo de dos años.

Artículo 137.- Tampoco podrán elegirse los diputados del Supremo Tribunal de Justicia, mientras lo fueren, ni en tres años después de su comisión.

Artículo 138.- Se excluyen asimismo de esta elección los parientes en primer grado de los generales en jefe.

Artículo 139.- No pueden concurrir en el Supremo Gobierno dos parientes que lo sean desde el primero hasta el cuarto grado; comprendiéndose los secretarios en esta prohibición.

Artículo 140.- El Supremo Gobierno tendrá tratamiento de Alteza: sus individuos el de Excelencia, durante su administración: y los secretarios el de Señoría, en el tiempo de su ministerio.

Artículo 141.- Ningún individuo de esta corporación podrá pasar ni aun una noche fuera del lugar destinado para su residencia, sin que el Congreso le conceda expresamente su permiso: y si el Gobierno residiere en lugar distante, se pedirá aquella licencia a los compañeros, quienes avisarán al Congreso, en caso de que sea para más de tres días.

Artículo 142.- Cuando por cualquiera causa falte alguno de los tres individuos, continuarán en el despacho los restantes, haciendo de presidente el que deba seguirse en turno, y firmándose lo que ocurra con expresión de la ausencia del compañero: pero en faltando dos, el que queda avisará inmediatamente al Supremo Congreso, para que tome providencia.

Artículo 144.- Los títulos o despachos de los empleados, los decretos, las circulares y demás órdenes, que son propias del alto gobierno, irán firmadas por los tres individuos y el secretario a quien corresponda. Las órdenes concernientes al gobierno económico, y

que sean de menos entidad, las firmará el presidente y el secretario a quien toque, a presencia de los tres individuos del cuerpo: y si alguno de los indicados documentos no llevare la formalidades prescritas, no tendrá fuerza ni será obedecida por los subalternos.

Artículo 150.- Los individuos del Gobierno se sujetarán asimismo al juicio de residencia; pero en el tiempo de su administración solamente podrán ser acusados por los delitos que manifiesta el Artículo 59, y por la infracción del Artículo 166.

Capítulo XI. De la elección de individuos para el Supremo Gobierno

Artículo 151.- El Supremo Congreso elegirá en sesión secreta por escrutinio en que haya examen de tachas, y a pluralidad absoluta de votos, un número triple de los individuos que han de componer el Supremo Gobierno.

Artículo 152.- Hecha esta elección continuará la sesión en público, y el secretario anunciará al pueblo las personas que se hubieren elegido. En seguida repartirá por triplicado sus nombres escritos en cédulas a cada vocal, y se procederá a la votación de los tres individuos, eligiéndolos uno a uno por medio de las cédulas que se recogerán en un vaso prevenido al efecto.

Artículo 153.- El secretario a vista y satisfacción de los vocales reconocerá las cédulas, y hará la regulación correspondiente, quedando nombrado aquel individuo que reuniere la pluralidad absoluta de sufragios.

Artículo 154.- Si ninguno reuniere esta pluralidad, entrarán en segunda votación los dos individuos que hubieren sacado el mayor número, repartiéndose de nuevo sus nombres en cédulas a cada uno de los vocales. En caso de empate decidirá la suerte.

Artículo 155.- Nombrados los individuos, con tal que se hallen presentes dos de ellos, otorgarán acto continuo su juramento en manos del presidente, quien lo recibirá a nombre del Congreso, bajo

la siguiente fórmula: «¿Juráis defender a costa de vuestra sangre la religión católica, apostólica, romana, sin admitir otra ninguna? --R. Sí juro.-- ¿Juráis sostener constantemente la causa de nuestra independencia contra nuestros injustos agresores? --R. Sí juro.-- ¿Juráis observar, y hacer cumplir el decreto constitucional en todas y cada una de sus partes? --R. Sí juro.-- ¿Juráis desempeñar con celo y fidelidad el empleo que os ha conferido la Nación, trabajando incessantemente por el bien y prosperidad de la Nación misma? --R. Sí juro.-- Si así lo hicieréis, Dios os premie, y si no, os lo demande». Y con este acto se tendrá el Gobierno por instalado.

Artículo 156.- Bajo de la forma explicada en los Artículos antecedentes se hará las votaciones ulteriores, para proveer las vacantes de los individuos que deben salir anualmente, y las que resultaren por fallecimiento u otra causa.

Artículo 157.- Las votaciones ordinarias de cada año se efectuarán cuatro meses antes de que se verifique la salida del individuo a quien tocare la suerte.

Artículo 158.- Por primera vez nombrará el Congreso los secretarios del Supremo Gobierno, mediante escrutinio en que haya examen de tachas, y a pluralidad absoluta de votos. En lo de adelante hará este nombramiento a propuesta del mismo Supremo Gobierno, quien la verificará dos meses antes que cumpla el término de cada secretario.

Capítulo XII. De la autoridad del Supremo Gobierno

Artículo 174.- Asimismo presentará cada seis meses al Congreso un estado abreviado de las entradas, inversión, y existencia de los caudales públicos: y cada año le presentará otro individual, y documentado, para que ambos se examinen, aprueben y publiquen.

Conclusiones

Como puede apreciarse, ambos textos constitucionales postularon un gobierno basado en la división de poderes, producto de la tesis de Montesquieu, en su obra *El espíritu de las leyes*; la Constitución de Cádiz dentro de un régimen monárquico y la de Apatzingán en uno republicano.

Ambas constituciones tuvieron una gran influencia de la corriente constitucionalista francesa y, en términos generales, coincidieron en:

1. El tratamiento de ciudadanos a los gobernados que cumplían los requisitos político-electorales del caso.
2. División tripartita de poderes (Legislativo, Ejecutivo y Judicial).
3. Elecciones indirectas a tres niveles.
4. Medios impugnativos electorales, consistentes en la denuncia previa, directa y verbal de los afectados ante las mesas directivas de casilla en cada nivel de elección.
5. Sistema de autocalificación de elecciones.⁶
6. Obligación de informar periódicamente las actividades desarrolladas por los órganos de gobierno.

De esta manera cumplieron su función de introducción y apertura a un sistema democrático electoral, en la medida en que lo permitieron sus propias circunstancias, de aquí la importancia de reflexionar respecto de estos temas iniciales, de una evolución muy larga cuya última fase se ha vivido con las recientes reformas de 2007-2008 en el contexto del derecho electoral mexicano.

⁶ La que privó en México desde 1812 hasta la reforma político-electoral de 1993.

Fuentes consultadas

- Lemoine, Ernesto. 1978. *El liberalismo español y la independencia de México*, tomo VIII de Historia de México. México: Salvat.
- Pérez de los Reyes, Marco Antonio. 2003. *Historia del Derecho Mexicano*, vol. 2. México: Oxford University Press.
- Rabasa, Emilio O. 2004. *La evolución constitucional de México*, Serie Doctrina Jurídica 194. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- INEHRM. Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana. 1990. *Nuestra Constitución. Historia de la Libertad y Soberanía del pueblo mexicano. De la Constitución de Cádiz a la República Federal de 1824*, Cuaderno 2. México: Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana.
- Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. www.cervantesvirtual.com (consultada el 12 de julio de 2010).

*Sección
Bibliográfica*

La política detrás de las reformas electorales: una propuesta metodológica para estudiar los procesos de reforma electoral en democracias consolidadas*

Ernesto Ramos Mega**

En México, las reformas electorales son comunes. Son un tema de discusión constante no sólo al interior del Congreso general y los de las entidades federativas, sino también en los medios de comunicación y la academia. Cuando no se discute un nuevo proceso de reforma, se debate sobre los errores y faltantes de las anteriores, o bien se hacen propuestas al por mayor sobre qué debería cambiar en nuestra legislación electoral para que el país funcione mejor.

Este proceso de constante discusión de reformas no es exclusivo del caso mexicano. Otras democracias nuevas también pasan por procesos similares. El nuestro no es un caso extraordinario. Las reformas electorales son comunes en democracias recientes, ya sea porque se está construyendo el marco institucional, o bien porque se quiere compensar cierta inestabilidad del sistema político (p. 5).

Otro dato a destacar. No sólo discutimos sobre reformas electorales constantemente, sino que cuando lo hacemos abarcamos muchos temas. Ponemos todo en la mesa de discusión: campañas, autoridades, financiamiento, tamaño del Congreso, reelección, organización de las elecciones, periodicidad, sistema electoral, democracia interna de los partidos, etcétera.

* Renwick, Alan. 2010. *The Politics of Electoral Reform. Changing the Rules of Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.

** Jefe de la Unidad de Capacitación en el Centro de Capacitación Judicial Electoral del TEPJF.

Queda claro que las reformas electorales son un tema de discusión siempre vigente en el país, pero lo que se discute poco es cómo se llevan a cabo esas reformas electorales. ¿Quiénes deciden hacia dónde deben conducirse las leyes electorales? ¿Qué actores influyen en el proceso de generación de reformas electorales? Además de los legisladores, ¿intervienen otros actores? Y si lo hacen, ¿cuál es su grado de influencia? ¿Cuáles son los objetivos o valores detrás de las reformas electorales? Estas preguntas no son objeto de estudio de los académicos en México, tal vez porque las respuestas parecen evidentes: son los partidos los que controlan los procesos de reforma electoral y el resultado final depende de la correlación de fuerzas que tienen en el Congreso. El presidente de la República tiene capacidad de veto, así que también debe influir en alguna medida.

Sin embargo, Alan Renwick, académico de la Universidad de Reading, especializado en política comparada, considera importante responder estas preguntas en los casos que él estudia, los cuales, vale destacar, son muy distintos al caso mexicano.

Como las legislaciones electorales abarcan muchos temas, Renwick acota su objeto de estudio a las reformas importantes sobre los sistemas electorales entendidos en sentido estricto, es decir, las fórmulas de conversión de votos en escaños. Los sistemas electorales son elementos fundamentales en las leyes electorales porque deciden la distribución de asientos en un congreso y, por lo tanto, el poder que cada fuerza política puede detentar. Con una misma votación, un partido puede obtener una diferencia significativa de legisladores en el parlamento, dependiendo del diseño específico del sistema electoral que se aplique y del tamaño de las circunscripciones donde se eligen.

A diferencia de lo observado en democracias nuevas, en democracias consolidadas las reformas relevantes a los sistemas electorales son muy pocas. De la década de los 80 hasta el momento, sólo se han presentado seis episodios de reformas a los sistemas electorales. Dichas reformas se han dado en cuatro países (pp. 5 y 6): Francia, Italia, Japón y Nueva

Zelanda. A partir de la observación de esta evidencia empírica, Renwick dio inicio a su investigación.

Ahora, ¿por qué no son frecuentes las reformas a los sistemas electorales en las democracias consolidadas? Renwick dice que los políticos son los que controlan los sistemas electorales, y aquellos que pueden cambiarlo son generalmente los que se benefician del sistema electoral vigente, por lo que tienen grandes incentivos para mantener el *status quo*. De este hecho se derivan dos rutas para las reformas a los sistemas electorales: 1) los políticos en el poder deciden que quieren una reforma, o 2) esos políticos pierden control sobre el proceso de decisiones (p. 10). Esta clasificación forma parte esencial del proceso de investigación que desarrolla en su libro.

Después de identificar su objeto de estudio y los casos a analizar, Renwick explica su metodología de investigación. Dado que sus casos son pocos, decide utilizar un enfoque cualitativo con un conjunto de variables relativamente amplio. De manera que la comparación de las distintas variables podría ayudar a explicar por qué en los seis casos distintos, con contextos diferentes, se decidió reformar los sistemas electorales prevalecientes.

Para analizar los casos, Renwick diseña un enfoque metodológico propio, puesto que los dos enfoques existentes en la ciencia política moderna no alcanzan para explicar los seis casos. Asegura que el enfoque “maximización del poder” (defendido principalmente por Kenneth Benoit), ayuda a explicar los casos Francia 1985 y 1986 e Italia 2005. Este enfoque defiende la idea de que los políticos controlan el proceso de reforma electoral, y eligen el sistema electoral que les otorgue más posibilidades de fortalecer su poder.

Por otra parte, el enfoque “factores inherentes y contingentes” (desarrollado por Matthew Soberg Shugart y Martin Wattenberg), explica los casos Francia 1985, Italia 1993, Nueva Zelanda 1993 y Japón 1994. Este enfoque considera un número de actores amplio (desde ciudadanos comunes hasta políticos de la élite gobernante) y explica las reformas electorales como consecuencia de una combinación de factores inherentes al sistema elec-

toral (que debe tener un diseño “extremo” para los partidos) y de factores contingentes (en determinado momento el sistema electoral presenta una falla sistémica que genera crisis).

La limitante de los dos enfoques prevalecientes es que ninguno por sí solo puede explicar los seis casos identificados. Por lo tanto, Renwick propone analizar las reformas electorales en democracias estables a partir de su clasificación en dos tipos: 1) imposición de la élite mayoritaria, y 2) interacción entre la élite y las masas (de ciudadanos). El autor afirma que ambas formas de reforma electoral se han presentado de manera equilibrada en los seis casos que estudia.

Las reformas electorales impuestas por la élite gobernante pueden tener un sentido “eficiente” o “redistributivo”. Los sistemas electorales eficientes mejoran las condiciones de todos (o casi todos) los grupos en una sociedad. Los redistributivos mejoran las condiciones de un grupo a expensas de otro u otros (p. 11).

Por otro lado, cuando los políticos pierden el control sobre las modificaciones a los sistemas electorales, el proceso de reformas puede ser dominado por tres tipos de actores: jueces, actores externos y ciudadanos. Los jueces pueden modificar las reglas a partir de sus decisiones, ya sea con jurisprudencia o al anular leyes por considerarlas inconstitucionales (Estados Unidos y Alemania son ejemplos destacados). Los actores externos pueden ser otros países u organizaciones que imponen sus ideas a los políticos locales. Por último, los ciudadanos pueden modificar las reglas a través de referéndums, como ha pasado en Suiza y en algunos estados de los Estados Unidos (Illinois y Oregon) (pp. 13-16). Pero también a través de grupos de presión, académicos, o ciudadanos comunes, que influyen sobre las decisiones de los políticos y la élite gobernante, específicamente sobre su legitimidad al tomar decisiones y sobre su posibilidad de reelección.

Al momento de analizar detalladamente las reformas electorales en los cuatro países que estudia, Renwick adapta el marco teórico de la elección racio-

nal para explicar el comportamiento de los actores políticos y ciudadanos, con base en las preferencias e incentivos que motivan su toma de decisiones.

Para el futuro, Renwick se aventura a predecir que las reformas derivadas de la interacción entre las élites y las masas van a volverse más frecuentes. Tal es el desarrollo político de los grupos ciudadanos que percibe en las democracias consolidadas, los cuales se están haciendo de las herramientas para influir en las leyes electorales de manera que en su diseño predomine el interés público. Por supuesto, su predicción es teórica, porque hasta el momento no hay evidencia empírica suficiente para afirmar esa tendencia.

El mérito del libro de Renwick es doble. En primer lugar aporta al conocimiento en materia electoral al explicar los procedimientos y motivaciones de las reformas a los sistemas electorales en democracias consolidadas. Nos explica que en no pocas ocasiones los políticos pierden control sobre los resultados de las reformas, lo cual pareciera ser contraintuitivo. Su investigación nos muestra que en determinadas circunstancias los ciudadanos sí pueden jugar un papel determinante al momento de definir un modelo de sistema electoral.

El segundo mérito del libro es su carácter didáctico. Renwick se toma el espacio suficiente para explicar paso a paso los detalles de su investigación: la observación empírica de un evento político, la definición de sus preguntas de investigación, sus hipótesis y la metodología empleada a detalle. Explica los métodos que se han utilizado antes, por qué sirven para explicar uno u otro caso pero no los seis que él observó, y cómo construye un método específico que ayude a comprender los casos estudiados. La claridad de la redacción y el lenguaje directo permiten que el lector se acerque más al trabajo del autor. Vale la pena destacar particularmente este aspecto porque Renwick expone a detalle su investigación al escrutinio de sus pares. Con esto satisface uno de los requisitos fundamentales de la investigación científica: que pueda ser replicable por otro investigador para comprobar sus resultados.

*Robespierre, Virtue and Terror*¹

Antonio Márquez Aguilar*

*El terror sin virtud es desastroso,
pero la virtud sin terror es impotente.*

Maximilien François Marie Isidore de Robespierre

La casa Verso,² la más grande editorial crítica en idioma inglés, nos presenta un texto para reflexionar sobre las posrevoluciones y su funcionamiento. Esta antología, compilada por John Howe, contiene una selección de textos atribuidos a Maximilien Robespierre y una profunda reflexión en forma de prólogo acerca de ellos a cargo del “filósofo vivo más peligroso” (Kirsch), Slavoj Žižek. Un personaje presente en los albores de la era moderna es visto desde la lente de un crítico que es testigo de la culminación de la modernidad.

Un vistazo al índice y se está frente a un menú de platillos que cualquiera querría probar: *Sobre el juicio del rey*; *Sobre los principios del gobierno revolucionario*; (extractos del) *Discurso del 8 Thermidor*, Año II (último texto de Robespierre antes de que fuera ejecutado) y otros. Lo mejor es que usted no quedará decepcionado. Algunos extremos parecen caricaturescos, pero son extractos de la realidad. Estos textos fueron, en su momento, presentados ante la Asamblea Constituyente, el Club Jacobino y la Convención Nacional,³ de diciembre de 1789 a julio de 1794.⁴

¹ Reseña de la obra de Slavoj Žižek. 2007. *Robespierre, Virtue and Terror*. Verso.

² www.versobooks.com

³ A excepción de *On the silver mark* (Sobre la marca de plata), que nunca fue presentado ante la Asamblea o la Convención, aunque sí impreso y discutido por los jacobinos.

⁴ Las fechas exactas pueden variar respecto a nuestro calendario y a otras fuentes.

* Asesor del Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y profesor de la asignatura Geografía económica política, en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. www.antoniomarquez.com.mx

Este ejemplar incluye, además de la introducción de Žižek, un glosario de términos de la época, un listado de personajes, una breve cronología (que se anexa al final de esta reseña) y una lista de lecturas sugeridas para profundizar en el tema. No cuenta con índice de términos por tratarse de una selección de textos, además de un ensayo explicatorio al comienzo, y no de un tratado completo.

¿Lectura obligada? Nada de eso, más bien es un ejercicio de reflexión y de curiosidad, una explicación con un perfil definidamente lacaniano en la que 1789 sin 1793, es decir, la Revolución sin el Terror, equivale a una revolución “descafeinada”. Es algo que se antoja y que puede tener buen sabor, pero que no satisface al no cumplir su objetivo. En otras palabras, tiene un nombre, una parte simbólica, pero su sustancia o contenido, su parte real, es incompleta o parcial. Una revolución sin muertes, es una revolución *light*.⁵

¿Quién es Maximilien Robespierre?

Maximilien François Marie Isidore de Robespierre corresponde al arquetipo del héroe.⁶ Nació en la provincia de Artois, de la que fue duque. Fue contemporáneo de Voltaire y de Balzac, de Fouché y de Saint Just. Robespierre vivió la Revolución Francesa desde adentro y a él se le atribuye la idea de operar con la virtud el terror posrevolucionario.

Robespierre fue miembro del Club Jacobino,⁷ cuyos principios inspiraron más tarde al leninismo, iguala su propia voluntad con la voluntad popular y

⁵ Para una explicación más amplia sobre la ideología contemporánea y los objetos *light*, véase Žižek 2003.

⁶ “Una y otra vez se escucha un relato que cuenta el nacimiento milagroso del héroe, sus primeras muestras de fuerza sobrehumana, su rápido encumbramiento a la prominencia o el poder, sus luchas triunfales contra las fuerzas del mal, su debilidad ante el pecado de orgullo (*hybris*) y su caída a traición o el sacrificio ‘heroico’ que desemboca en su muerte” (Henderson 1964, 109).

⁷ Jacobinismo se refiere a un término derivado del Club Jacobino, el grupo más radical y más importante de la Revolución Francesa, que se refiere a una forma elitista, directa, firme y radical de ejercer el poder. (...) hoy en día, se emplea para denominar aspiraciones y conductas caracterizadas por el radicalismo, elitismo y fanatismo de sus protagonistas en la persecución de sus fines (Nohlen 2006, 787).

al pueblo con el partido.⁸ No obstante haber llegado a acumular gran poder, Robespierre era conocido por inquebrantable, incorruptible, como revolucionario ejemplar. Sus argumentos siempre se enfilaban a defender los valores revolucionarios fundados en los derechos humanos. Al final del periodo del Terror, él mismo sería llevado a la guillotina acusado de dictadura.

Robespierre encabezó el Comité de Seguridad General, brazo ejecutivo de la Convención Nacional (surgido después de la Revolución para limpiarla de sus enemigos internos y externos), del 27 de julio de 1793 hasta su arresto, —justo un año después— el 27 de julio de 1794. Conocido por sus capacidades argumentativas y su poder para convencer y disuadir, al ser detenido, le es negado el derecho de hablar, lo que muchos piensan que podría haberle salvado o prolongado la existencia.

Fiero combatiente de las violaciones a los derechos fundamentales (Žižek 2007, 1), Robespierre apeló por los derechos de los habitantes de las colonias francesas sujetos a esclavitud; argumentó por la cancelación de prerrogativas especiales de la nobleza; defendió el derecho a votar y ser votado (Žižek 2007, 5); alegó en defensa de los derechos fundamentales como el derecho a votar de las minorías de los actores y los judíos;⁹ y promovió el derecho de asociación de las sociedades y los clubes (Žižek 2007, 22).

Robespierre tomó muy en serio la modernidad (incluso de manera adelantada) al cuestionar la ley vigente y decidir implantar un régimen de excepción para poder limpiar a la Revolución de sus enemigos, dentro y fuera de la Asamblea. Su escala de valores se presenta entre lo humano y lo divino al afirmar que "...el poder soberano de la tierra (...) es la especie humana y el legislador del universo (...) la naturaleza..." (Žižek 2007, 68). En otro momento señala que "el único fundamento sólido para la libertad es la moral" (Žižek 2007, 15). Con estas últimas justificaciones, era posible pasar por cualquier interés particular, incluyendo la vida.

⁸ Se le llamaba el Partido de la Montaña al grupo de radicales que se juntaban arriba de los asientos de la Asamblea Nacional.

⁹ Bajo el supuesto de que la profesión o la confesión no constituyen una razón para la privación del derecho al voto, ya sea activo o pasivo.

Añadió a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano original, artículos que él mismo sabía que levantarían ámpulas en los monarcas de toda Europa y sus partidarios, quienes consideraban a la Revolución un verdadero peligro. En esta Declaración (un posible borrador para una Ley fundamental), Robespierre incluye un ejercicio de definición de categorías básicas para el entendimiento del Estado social que aparecería después en Europa¹⁰ (Žižek 2007, 66-72).

En sus escritos, Robespierre elaboró profundas reflexiones y manifestaciones de sueños revolucionarios. En este contexto, y para este personaje, el término “revolucionario” tiene casi todas sus acepciones: insurrecto, rebelde, faccioso, revoltoso, provocador, incendiario, innovador y, desde luego, radical (Gispert 2009, 527). Puede afirmarse que Robespierre es una figura paradigmática del revolucionario.

¿Quién es Slavoj Žižek?

Žižek es un resultado que sólo un contexto socialista y su posterior cambio hacia una economía de mercado pueden producir. Ha participado en las elecciones de su país, Eslovenia, como candidato a presidente y es una reconocida personalidad; un intelectual crítico de la globalización en todas sus dimensiones, del liberalismo, del feminismo, de los estudios sociales, de las dictaduras y, en especial, de las ideologías.¹¹

Director de cine de primera vocación —según el mismo ha confesado—, Žižek es hoy uno de los más productivos filósofos, en términos de libros publicados, con más de medio centenar de títulos hasta la fecha. Las invitaciones que recibe al año para impartir conferencias y presentar sus libros en universidades y centros académicos y culturales (como la Biblioteca Pública de la ciudad de Nueva York), se cuentan por decenas al año (NYPL).

¹⁰ La propiedad, la justicia, la libertad, los derechos y obligaciones de la sociedad, entre otros conceptos, son plasmados a detalle por Robespierre para justificar, al final del texto, la persecución de “reyes, aristócratas y tiranos”.

¹¹ Para mayores referencias sobre Slavoj Žižek, véase <http://www.egs.edu/faculty/slavoj-zizek/biography/>

Aunque se esgrime a sí mismo como un crítico del liberalismo y de la economía globalizada y su ideología, Žižek también se asume como un afortunado y cómodo habitante de la aldea global que disfruta de un buen ingreso y privilegios burgueses (NYPL).

La Revolución Francesa y el Terror hoy

Salta a la vista que a más de dos siglos de estos hechos, algunos de los postulados de Robespierre están vigentes, como la defensa de la igualdad de todos los hombres ante el Estado y ante los demás hombres,¹² el derecho a votar y ser votado (Žižek 2007, 66).

En tono de fascinación, Žižek se pregunta: “¿Puede alguien imaginar algo más ajeno a nuestro universo de libertad de opinión, competencia de mercado, de interacción plural nómada, etc., que la política de la Verdad de Robespierre (Verdad con V mayúscula, desde luego, apunta Žižek) cuyo objetivo declarado es regresar el destino de la libertad a las manos de la verdad?” (Žižek 2007, VIII).

Una Verdad que permanece, a diferencia de los hombres que son temporales; una Verdad que sólo puede implementarse con el terror. Sobre el último, afirmó Robespierre: “La primera máxima de nuestra política debe ser gobernar al pueblo con la razón y a los enemigos del pueblo con el terror” (Robespierre 2002, 15). El terror que se define como “la justicia pronta, severa e inflexible; es entonces una emanación de la virtud; no tanto un principio como una consecuencia que el principio general de la democracia aplicado a las más urgentes necesidades de nuestra patria” (Robespierre 2002, 15).

“Yo digo que cualquiera que tema en este momento es culpable, pues la inocencia no teme al escrutinio público”.¹³ Bajo esta perspectiva, como lo señala Pipitone (2007, 14), en el terror “el gobierno revolucionario se asig-

¹² Una de las grandes fallas o deudas de la Declaración de los Derechos del Hombre es su lenguaje sexista, pues al decir “hombre” (*homme*) se refiere a todo el género humano, pero enuncia sólo al hombre y no a la mujer, a la que sólo asume.

¹³ Claude Leffort, citado por Žižek 2007, XVI.

na para el bien colectivo el derecho de eliminar físicamente a sus opositores presuntos o reales”.

Doscientos años después de la Revolución Francesa, símbolo de la posibilidad de cambiar al régimen presente (me refiero a cualquier régimen), caería el muro de Berlín, emblema de la división de ideologías de izquierda y derecha (división definida precisamente en el periodo de la Revolución Francesa), para, de acuerdo con el liberalismo posmoderno, dar paso al fin de las ideologías o, como dijo Francis Fukuyama, al “Fin de la Historia”.¹⁴

Esto ubica a Robespierre y a Žižek al principio y al final de un mismo continuo. Robespierre vive desde dentro la instauración de una revolución sanguinaria y llena de valores supremos y pasiones desbordadas. Una revolución paradigmática que inspiraría a liberales de la época, a futuros socialistas y a demócratas de todas las latitudes. Žižek, por su parte, vive el proceso de desmantelamiento de la Unión Soviética y de los estados socialistas del Este de Europa, y la vuelta de éstos al paradigma de la economía liberal. Eslovenia, cuna de Žižek, pasa de una economía estatizada, producto de la importación de los valores de la Revolución Rusa después de la Segunda Guerra Mundial, a un modelo de economía abierta. En 2004 se integra de manera definitiva a la Unión Europea.

¿Es vigente aún el debate sobre la Revolución Francesa? Tal vez como lo señaló el Primer Ministro Chino en 1953, “todavía es muy prematuro emitir un juicio al respecto”.¹⁵

En el contexto presente, hablar de los valores de la Revolución Francesa significa una elevación a los valores primigenios de la raza humana, una vuelta a los derechos fundamentales. Sin embargo, abordar el periodo del Terror es, especialmente para aquellos identificados con las izquierdas, algo vergonzoso. Al respecto, Žižek (2007, VIII) apunta:

¹⁴ La tesis de Fukuyama ha sido citada, refutada (e incluso ignorada a propósito) para explicar la culminación del modelo socialista y el paso a la economía de mercado.

¹⁵ Zhou Enlai, citado por Žižek 2007, VII.

Algo sucedió en 1990, una especie de corte histórico, tuvo lugar: todos, incluida la “izquierda radical” se sienten apenados por la herencia Jacobina del terror revolucionario con su formato de centralismo de estado (...) la izquierda debe reinventarse a conciencia, si quiere ganar de nuevo efectividad política, dejando de lado el “paradigma Jacobino”.

El hecho de enunciar una Verdad (única, que prevalece en tanto los hombres son temporales) es un síntoma de absolutismo, de intolerancia, de pasión irracional:

En una era postmoderna de “propiedades emergentes” (...) la interacción libre, en lugar de la jerarquía centralizada, la multiplicidad de opiniones en lugar de una sola Verdad, la dictadura Jacobina no es de “nuestro gusto” (Žižek 2007, VIII).

Leer *Robespierre, Virtue and Terror* nos lleva a reflexionar sobre los valores democráticos actuales a la luz del presente, en el que las revoluciones (con todo y su carga mortal) se ven como algo lejano y utópico.¹⁶ No es necesario invitar a usted, lector, a leer este volumen, pues su nombre, en sí mismo, es una provocación abierta a conocer más de este periodo, hoy referencial de todas las revoluciones.

¹⁶ “No aquí, no ahora, no nosotros”, es uno de los lemas de izquierda en la Francia actual y en Occidente. La revolución y los ideales socialistas se llevan a cabo allá, en otras latitudes: en Bolivia, Venezuela o Cuba (NYPL).

Fuentes

- Robespierre. 2002. Discurso original: Les principes de morale politique. En *Discours Politiques Français, De Danton à Jacques Chirac*, comps. Wolfgang Ader y Gerhard Krüger, 15. Philipp Reclam jun; Stuttgart.
- European Graduate School. <http://www.egs.edu/faculty/slavoj-zizek/biography/>
- Gispert, Carlos, edit. 2009. Nuevo Diccionario de Sinónimos. Barcelona: Océano.
- Gran Diccionario Español Francés; Français Espagnol. 2007. Barcelona: Larousse.
- Henderson, Joseph. 1964. En *El hombre y sus símbolos*, edit. y comp., Carl Gustav Jung, 109. Barcelona: Caralt.
- Kirsch, Adam. Ex editor de The New York Sun y editor asistente de The New Republic. http://www.amazon.com/First-As-Tragedy-Then-Farce/dp/1844674282/ref=sr_1_2?ie=UTF8&qid=1288897841&sr=8-2
- Nohlen, Dieter. 2006. *Diccionario de Ciencia Política*. México: Porrúa.
- NYPL. New York Public Library. Violence & the Left in Dark Times. <http://www.youtube.com/watch?v=1CwK2IMvT2w>
- Odegard, Carr, Bernstein and Morris, comps. 1961. *American Government: Documents and Readings, Reading Book Holt*. Nueva York: Rinehart and Willson.
- Pipitone, Ugo. 2007. *Para entender la izquierda*. México: Nostra Ediciones.
- Russell, Bertrand. 1946. *History of Western Philosophy*. Nueva York: Routledge.
- Žižek, Slavoj. 2003. *El Títere y el Enano. El núcleo perverso del cristianismo*. Trad. Alcira Bixio. México: Paidós.
- . 2007. *Robespierre, Virtue and Terror*. Serie Revolutions. Nueva York: Verso.

Anexo

Cronología (Žižek 2007, I y II)¹⁷

6 de mayo de 1758: Nace Robespierre en Arras.

8 de noviembre de 1781: Robespierre publica su primer texto *A la nación artesiana*; sobre la necesidad de reformar los estados de Artois.

1789

26 de abril: Robespierre es electo como representante del tercer estado de Artois.

Mayo-junio: Robespierre se adhiere al Club Bretón, después conocido como el Club Jacobino.

9 de julio: Toma de la Bastilla.

1790

31 de marzo: Robespierre es electo Presidente del Club Jacobino por un mes.

1791

17 de julio: represión del movimiento democrático del Campo Marte.

1 de octubre: apertura de la Asamblea Legislativa.

1792

10 de agosto: derrocamiento de la monarquía y formación de la Comuna Insurgente de París, de la que Robespierre es miembro.

2-6 de septiembre: masacres en las prisiones de París.

20 de septiembre: victoria de la República en la Batalla de Valmy.

21 de septiembre: apertura de la Convención. Inicia la Primera República.

¹⁷ Las fechas pueden variar dependiendo de la fuente.

1793

- 21 de enero: ejecución de Luis XVI.
- 10 de marzo: creación del Tribunal Revolucionario.
- 31 de mayo-2 de junio: caída de los Girondinos.
- 23-24 de junio: aprobación de la Constitución.
- 27 de julio: Robespierre ingresa al Comité de Seguridad General.
- 5 de septiembre: se implementan medidas de “terror”.
- 17 de septiembre: Ley de sospechosos.
- 29 de septiembre: se fija tope de precios y salarios.
- 10 de octubre: el gobierno se proclama “revolucionario, hasta que se restaure la paz”.
- 18 de noviembre: Billaud-Varenne presenta un informe sobre el funcionamiento del Gobierno Revolucionario.

1794

- 4 de febrero: abolición de la esclavitud en las colonias francesas.
- 26 de febrero-3 de marzo: Decretos de *Ventôse*¹⁸ de Saint Just.
- 14-24 de marzo: juicio y ejecución de los franciscanos.
- 30 de marzo-de abril: juicio y ejecución de los *Indulgents* o Moderados.
- 8 de junio: Festival del Ser Supremo.
- 10 de junio: Ley del “Gran Terror”.
- 3 de julio: última aparición de Robespierre en el Comité de Seguridad General.
- 27 de julio: la Convención decreta el arresto de Robespierre, tras negar a él y a Saint Just el derecho de hablar en su defensa.
- 28 de julio: ejecución de Robespierre.

¹⁸ Sexto mes del calendario francés.

Los límites del Poder Judicial¹

José Luis Enríquez Chínas*

Para comprender de manera integral el papel del Poder Judicial en un contexto democrático, no basta con estudiar los efectos inmediatos de las sentencias. Ése es el primer paso. La fase más complicada, pero también la más enriquecedora, consiste en analizar de manera empírica cuáles son las consecuencias a mediano y largo plazos de las decisiones que toman las cortes y los tribunales. Esto incluye determinar si una decisión se circunscribe al caso concreto que la motivó, o si puede tener un impacto mayor en la sociedad. Sólo así se podrá saber con certeza si las cortes de un país funcionan como un motor de cambio, como un actor relevante en el proceso de ampliación de derechos.

Gerald Rosenberg, profesor de derecho y ciencia política de la Universidad de Chicago, realiza un estudio de este tipo en *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?* El objetivo del libro es investigar hasta qué punto y bajo qué condiciones el Poder Judicial, en especial la Corte Suprema de Estados Unidos, puede provocar que algún grupo social comience a gozar de un derecho que antes le era negado. Sus casos de estudio son algunas de las decisiones judiciales más importantes en Estados Unidos durante el siglo XX. Estas decisiones son usualmente consideradas un parteaguas en temas como la integración racial, los derechos reproductivos de las mujeres y la representación política.

Los hallazgos de Rosenberg son contundentes: la Corte Suprema tiene muy pocas posibilidades de producir un cambio social por sí sola. Como el título del libro lo indica, confiar en las cortes para que actúen de manera

¹ Reseña de la obra de Gerald Rosenberg. 2007. *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 2ª ed. Chicago: University of Chicago Press.

* Asistente de Capacitador del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

efectiva cuando el ejecutivo y el legislativo fallan, es tener una esperanza hueca. El autor afirma que si hubo cambios en los temas que estudia, se produjeron por otros factores y no por la intervención de la Corte.

La primera parte del estudio analiza el impacto que tuvo el caso *Brown v. Board of Education* (1954), en el cual la Corte determinó que establecer escuelas distintas para blancos y negros era anticonstitucional. Usualmente, las organizaciones que promueven los derechos civiles citan el caso *Brown* como uno de los momentos más importantes en la lucha a favor de la integración racial. Argumentan que las escuelas dejaron de segregar a los estudiantes como consecuencia directa de la sentencia.

Sin embargo, el autor demuestra que este argumento es falso. Aunque la sentencia de *Brown* no deja lugar a dudas sobre la anticonstitucionalidad de la segregación, en los estados del sur de Estados Unidos no sucedió virtualmente nada. A 10 años de *Brown* las escuelas permanecían igual de segregadas que antes de la sentencia. Sólo hasta que el Congreso aprobó la Ley de Derechos Civiles en 1964, en todos los estados se comenzó a integrar a blancos y negros en las mismas escuelas. Por tanto, el Poder Judicial no pudo lograr el cambio social; éste sólo fue posible hasta que intervino el legislativo.

El segundo tema analizado en el libro es la legalización del aborto, que se dio gracias al caso *Roe v. Wade* (1973). El autor explica que los promotores de la legalización utilizaron herramientas similares a las organizaciones que defendían la integración racial. En lugar de promover cambios a través de la legislación, buscaron que el Poder Judicial actuara a favor de los derechos reproductivos de las mujeres. Sus esfuerzos, al menos en el plano jurisdiccional, fueron exitosos: la Corte declaró en *Roe* que las leyes que prohibían abortar eran anticonstitucionales, pues abortar era una decisión protegida por el derecho a la privacidad.

De nuevo, es necesario estudiar las consecuencias sociales de la decisión. Si la estrategia de los promotores de la legalización del aborto fue correcta, entonces después de *Roe* el número de abortos legales debió

haberse incrementado considerablemente. La evidencia demuestra que no fue así. Aunque sí se realizaron más abortos en 1973 (el caso se resolvió en enero de ese año) el aumento era parte de una tendencia que inició en 1970. De hecho, el mayor incremento se presentó entre 1970 y 1971, tres años antes de Roe.

Rosenberg explica que la razón por la que los abortos no aumentaron tiene que ver con las restricciones bajo las que opera el Poder Judicial. La sentencia despenalizó el aborto, pero la mayoría de los hospitales estadounidenses no contaban con personal capacitado para realizar esta práctica quirúrgica, por lo que el derecho a abortar se negaba a muchas mujeres. La Corte Suprema no sólo no previó este contratiempo, sino que no tenía herramientas para corregirlo.

Un último tema que vale la pena resaltar es la influencia de la Corte en la representación política. A finales de la década de 1950, un grupo de ciudadanos se organizó para promover que se volvieran a trazar los distritos electorales, ya que la distritación vigente sobrerrepresentaba a las zonas rurales de Estados Unidos, mientras que las ciudades quedaban subrepresentadas. Esto provocaba que el Congreso fuera dominado por políticos conservadores e impedía que se pudieran aprobar reformas liberales.

Los promotores de la redistribución prefirieron acudir a las cortes en lugar de impulsar una reforma desde el legislativo. Asumían que como el Congreso había sido elegido bajo la distritación vigente, no tendría incentivos para modificar el *statu quo*. En caso Baker v. Carr (1962) la Corte Suprema decidió que el derecho a una representación política adecuada era justiciable y, por lo tanto, las cortes podían resolver este tipo de casos. Los promotores siguieron ganando casos en los años siguientes, por lo que para 1964 ya se había habido vuelto a trazar los distritos a nivel federal y en 46 estados.

A pesar de que las redistribuciones sí fueron consecuencia directa de la intervención del Poder Judicial, Rosenberg argumenta que en realidad no es posible afirmar si sus promotores consiguieron lo que buscaban, es

decir, aprobar reformas liberales. El problema radica en que durante la década de 1960 en Estados Unidos se vivieron muchos cambios políticos, lo que dificulta establecer una causalidad clara entre la redistribución y las consecuencias esperadas.

La evidencia empírica de *The Hollow Hope* deja en claro por qué es muy difícil para el Poder Judicial estadounidense provocar cambios sociales a través de sus sentencias. Además, Rosenberg expone sus argumentos de manera sencilla y sistemática, pero sin perder nunca su rigor académico. Aun así, no resulta evidente por qué este libro sería interesante e incluso útil para los lectores mexicanos, que se desenvuelven en un contexto de derecho romano, ajeno a la tradición del *common law*.

La respuesta es sencilla. A partir de que México transitó a la democracia, el Poder Judicial ha adquirido un papel cada vez más relevante. Por tanto, para comprender la dinámica bajo la que opera es necesario llevar a cabo estudios que descifren qué sucede con las sentencias una vez que son emitidas. Resulta en particular importante conocer el impacto a largo plazo de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. El sistema judicial mexicano es muy distinto al estadounidense, pero la metodología utilizada por Rosenberg (evaluar con evidencia empírica las consecuencias de las decisiones judiciales) es un buen punto de partida para estudiarlo.

Justicia Electoral es una publicación periódica
del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,
se imprimió en diciembre de 2010
en Litográfica Dorantes S.A. de C.V.
Oriente 241-A núm. 29, Col. Agrícola Oriental
CP 08500, México, DF.

El cuidado de la impresión estuvo a cargo
de la Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial,
Ciudad Universitaria, DF.

Su tiraje fue de 1,500 ejemplares

