

Justicia Electoral.

Revista del Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación

Sección Doctrinal

La reforma del derecho de voto en España

Miguel Ángel Presno Linera

La representación de género en Italia

*Tania Groppi
Irene Spigno*

Sección Estados

Algunas consideraciones sobre el principio de definitividad en materia electoral y sus excepciones

*Rubén Enrique Becerra
Rojasvértiz*



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. 8, 2011

342.702
J888e
2011

Justicia electoral / Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación .— Cuarta época, vol. 1, Núm. 8, 2011 - . — México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011.
v.

ISSN pendiente.

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. 8, año 2011.

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

Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, revista periódica, diciembre 2011. 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

Magistrado José Alejandro Luna Ramos
Presidente

Magistrada María del Carmen Alanís Figueroa
Magistrado Constancio Carrasco Daza
Magistrado Flavio Galván Rivera
Magistrado Manuel González Oropeza
Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar
Magistrado Pedro Esteban Penagos López

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

María Guadalupe Villarruel Rodríguez
Secretario Administrativo

Felipe de la Mata Pizaña
Coordinador General de Asesores de la Presidencia

Sergio Arturo Guerrero Olvera
Coordinador de Jurisprudencia y Estadística Judicial

Alfonso Tirso Muñoz de Cote Otero
Coordinador de Relaciones con Organismos Electorales

Francisco Javier Acuña Llamas
*Coordinador de Información,
Documentación y Transparencia*

Ricardo Barraza Gómez
Coordinador de Comunicación Social

Yairsinio David García Ortiz
Coordinador de Asuntos Jurídicos

Ruth Zavaleta Salgado
Coordinadora de Institucionalización de la Perspectiva de Género

Paolo César Flores Mancilla
Coordinador Técnico Administrativo

Carlos Báez Silva
Director del Centro de Capacitación Judicial Electoral

Octavio Ernesto Alejo Nava
Coordinador de Recursos Humanos y Enlace Administrativo

Álvaro Raúl Lozada Cortés
Coordinador Financiero

Francisco Javier Sánchez Hernández
Coordinador de Adquisiciones, Servicios y Obra Pública

Rodrigo Esparza Cristerna
Coordinador de Protección Institucional

José Izcoatl Bautista Bello
Contralor Interno

Comité Académico y Editorial

Magistrado José Alejandro Luna Ramos
Magistrado Flavio Galván Rivera
Magistrado Manuel González Oropeza
Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar
Dra. Karina Mariela Ansolabehere Sesti
Dr. Álvaro Arreola Ayala
Dr. Lorenzo Córdova Vianello
Dr. Rafael Estrada Michel
Dr. Hugo Saúl Ramírez García

Secretarios Técnicos

Dr. Carlos Báez Silva
Lic. Ricardo Barraza Gómez

Contenido

Presentación	9
---------------------------	---

Sección Doctrinal

Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos <i>Political rights in the Inter-American System of Human Rights</i> Alberto Ricardo Dalla Via	15
---	----

La reforma del derecho de voto en España <i>The reform of the right to vote in Spain</i> Miguel Ángel Presno Linera	81
--	----

La reforma del censo electoral en España <i>The electoral reform in Spain</i> Francisco Javier Díaz Revorio	119
--	-----

La representación de género en Italia <i>Gender representation in Italy</i> Tania Groppi Irene Spigno	149
--	-----

Índice para evaluar normas sobre alianzas partidistas en México <i>Index to evaluate partisan coalitions laws in Mexico</i> Ernesto Ramos Mega	185
---	-----

El modelo de democracia constitucional de Carlos Nino y sus implicaciones para la práctica judicial <i>The Constitutional Democracy Model of Carlos Nino and its Implications for the Judicial Practice</i> Leopoldo Gama Leyva	223
--	-----

Sección Estados

Algunas consideraciones sobre el principio de definitividad en materia electoral y sus excepciones <i>Some considerations regarding the principle of exhaustion of all legal remedies in electoral law and its exceptions</i> Rubén Enrique Becerra Rojasvértiz	261
--	-----

Voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero <i>Vote for aboard Federal District citizens</i> Carla A. Humphrey Jordan	283
---	-----

La argumentación judicial electoral en México. El caso Yurécuaro <i>The legal electoral argument in Mexico.</i> <i>The case of Yurécuaro</i> Luis Octavio Vado Grajales	313
--	-----

Sección Entrevista

Conversando con Sergio García Ramírez Vladimir Alexei Chorny Elizalde Paulina Barrera Rosales	341
---	-----

Sección Documental

Elecciones del 10 de abril de 2011 en la República del Perú <i>Elections of April 10, 2011 in the Republic of Peru</i> Santiago Nieto Castillo	353
---	-----

Sección Bibliográfica

Una crítica sin evaluación <i>A critique without evaluation</i> Ernesto Ramos Mega	383
---	-----

<i>Diagnóstico de la Justicia Electoral</i> <i>en las Entidades Federativas</i> <i>Diagnosis of Electoral Justice in The Federal States</i> Luis Eduardo Medina Torres	393
--	-----

Presentación

El número 8 de la revista *Justicia Electoral* contiene estudios minuciosos que comparten dos elementos en común: se concentran en analizar los problemas de las democracias modernas con énfasis en las cuestiones electorales, y están escritos por académicos y funcionarios electorales especialistas en los temas que tratan.

Los primeros artículos de la Sección Doctrinal se concentran en explicar los derechos políticos vistos como derechos humanos. Se publican en un contexto inmejorable, después de que en junio de 2011 el Congreso de la Unión aprobó la reforma al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que en lugar de que el Estado mexicano *otorgue garantías individuales*, ahora *reconoce derechos humanos*. La diferencia no sólo es semántica, cambia drásticamente la forma de concebir la relación fundamental entre el Estado y sus habitantes.

Alberto Ricardo Dalla Via, presidente de la Cámara Nacional Electoral de Argentina, analiza las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las opiniones consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ambas a partir de la protección de los derechos políticos reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, de la que México forma parte.

Después de un repaso a los criterios expresados por los organismos interamericanos, Dalla Via concentra su análisis en dos casos emblemáticos sobre el desarrollo de los derechos políticos: *Yatama vs. Nicaragua* y *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*.

Miguel Ángel Presno Linera, profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Oviedo en España, estudia la normatividad española relacionada con el derecho al voto activo y concluye con una propuesta inno-

vadora: en lugar de reconocer el derecho a elegir representantes políticos a los nacionales de un país, debe reconocerse a los residentes (independientemente de su nacionalidad), quienes son los directamente afectados por las políticas públicas del gobierno en turno. Esta concepción también rechaza el derecho de voto de los nacionales en el extranjero.

Por su parte, Francisco Javier Díaz Revorio, catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla-La Mancha, escribe sobre la reciente reforma a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General en España. Ahora la normatividad que rige el censo electoral en España prevé medidas de seguridad para evitar empadronamientos fraudulentos, además de medios de impugnación que pueden ejercer los sujetos políticos para vigilar el padrón electoral. Resulta especialmente atractivo estudiar en democracias consolidadas, que se produzcan este tipo de reformas 15 años después de haberse aplicado en México.

Tania Groppi e Irene Spigno, académicas de la Universidad de Siena, enfocan su análisis en la evolución del acceso de las mujeres a cargos electivos en Italia, a través del estudio sistemático del cuerpo normativo. Parten de las disposiciones constitucionales y aterrizan en la jurisprudencia de la Corte constitucional sobre el tema. Las autoras reconocen que las cuotas de género en realidad se ubican dentro de una problemática más amplia de discriminación entre hombres y mujeres.

Ernesto Ramos Mega, profesor de posgrado en la Facultad de Derecho de la UNAM, propone un índice para medir el grado en que cada legislación electoral, de las 32 entidades federativas mexicanas, incentiva o desincentiva la formación de alianzas entre partidos. Utiliza siete variables con el propósito de obtener valores comparables para clasificar las normas electorales que regulan las figuras de coaliciones, candidaturas comunes y frentes.

Leopoldo Gama Leyva, secretario particular en la Sala Regional Monterrey del TEPJF, destaca la relevancia de las construcciones teóricas de

Carlos Santiago Nino, destacado jurista y profesor de las universidades de Buenos Aires y Yale, sobre el papel de los juzgadores como garantes de los derechos fundamentales de las personas. Concluye con la vinculación del ejercicio de la argumentación jurídica a partir de la comprensión de los postulados de Nino sobre teoría democrática, derechos fundamentales y Constitución.

La Sección Estados se compone de tres artículos. En el primero, Rubén Enrique Becerra Rojasvértiz, magistrado presidente de la Sala Regional Monterrey del TEPJF, razona sobre el principio de definitividad aplicable en materia electoral y las excepciones que pueden presentarse cuando se enfrenta a otros principios sustantivos. Sostiene la tesis de que este principio debe operar siempre y cuando su aplicación no transgreda los valores que pretende resguardar, como la certeza y el respeto a la voluntad ciudadana.

En el segundo artículo, Carla Humphrey Jordan, consejera electoral del Instituto Electoral del Distrito Federal (IEDF), identifica las tareas que ha realizado la autoridad administrativa local para que los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero puedan ejercer su voto para elegir al jefe de Gobierno del Distrito Federal en 2012. También identifica algunas áreas de oportunidad para una próxima reforma legislativa en la materia. El lector podrá encontrar aquí argumentos encontrados entre el escrito de Humphrey y la tesis que sostiene Presno contra el derecho de voto de los nacionales en el extranjero.

El tercer artículo, de Luis Octavio Vado Grajales, centra su análisis en la sentencia SUP-JRC-604/2007, que se ocupa tanto del tema de la aplicación de la causa de nulidad abstracta, así como de la relación creencias religiosas-elecciones.

La Sección Documental contiene un texto de Santiago Nieto Castillo, magistrado de la Sala Regional Toluca del TEPJF. Detalla su asistencia como observador a la primera vuelta del proceso electoral peruano para renovar a su presidente, vicepresidente, integrantes del Congreso nacional y el Parlamento Andino. Explica con detalle las características del

sistema electoral prevaleciente en el país andino, de cuya segunda vuelta presidencial finalmente resultó ganador Ollanta Humala.

En la Sección Entrevista, Vladimir Chorny y Paulina Barrera conversan con el Dr. Sergio García Ramírez, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El también investigador nacional emérito habla del control de convencionalidad y las vicisitudes de su adopción en el sistema jurídico mexicano, así como de algunas de las decisiones que la Corte Interamericana ha tomado contra el Estado mexicano y las implicaciones de ello.

La Sección Bibliográfica, como es tradición, incluye la reseña de dos textos ligados con la materia electoral. Ernesto Ramos Mega publica una reseña crítica del capítulo “El Tribunal Electoral: una evaluación crítica de su trabajo jurisdiccional”, publicado en el libro *Observación de las instituciones electorales en el proceso electoral 2008-2009. Consejo General del IFE y Tribunal Electoral del Poder Judicial*. Sostiene que algunas de las críticas expresadas contra el trabajo jurisdiccional del TEPJF presentan deficiencias metodológicas y otras derivan de una lectura parcial de las sentencias.

Por su parte, Luis Eduardo Medina Torres cierra este número con una reseña de la obra *Diagnóstico de la Justicia Electoral en las Entidades Federativas*. En esta reseña el autor enfatiza que la lectura del libro permitirá al lector conocer el estado de la cuestión relativa a la justicia electoral local.

*Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación*

Sección
Doctrinal

Los derechos políticos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Political rights in the Inter-American System of Human Rights

Alberto Ricardo Dalla Via*

Fecha de recepción: 10 de marzo de 2011

Fecha de aceptación: 26 de agosto de 2011

RESUMEN

El presente artículo desarrolla los criterios elaborados en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la protección de los derechos políticos tal como se encuentran contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ha resaltado el PNUD en su informe sobre “La democracia en América Latina” (2004) que

“[...] la democracia no se reduce al acto electoral sino que requiere de eficiencia, transparencia y equidad en las instituciones públicas, así como de una cultura que acepte la legitimidad de la oposición política y reconozca y abogue por los derechos de todos”. Ya que “la democracia excede a un método para elegir a quienes gobiernan, es

* Juez de la Cámara Nacional Electoral de Argentina. Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Académico de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

también una manera de construir, garantizar y expandir la libertad, la justicia y el progreso, organizando las tensiones y los conflictos que generan las luchas de poder”.

Asistimos a una ampliación en el alcance de los derechos políticos, por un lado para integrar otros derechos en el paraguas de un derecho más general y medular a la democracia: el derecho a la participación política y por el otro, la ampliación ciudadana producto de los procesos de integración supranacionales.

En este contexto, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los precedentes de la Corte Interamericana, principalmente los casos *Yatama vs. Nicaragua* del año 2005 y *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* de 2008, profundizan los desarrollos jurídicos del sistema en materia de derechos políticos.

PALABRAS CLAVE: Convención Americana de Derechos Humanos, democracia, derechos políticos, participación política, principios interpretativos, limitaciones, materia electoral.

ABSTRACT

The present article develops the criteria prepared in the judgments and advisory opinions of the Inter-American Court of Human Rights, with regard to the protection of the political rights as they are contemplated in the American Convention of Human Rights.

The PNUD has highlighted in his report on “The democracy in Latin America” (2004) that “[...] the democracy does not come down to the electoral act but it needs from efficiency, transparency and equity in the public institutions, as well as of a culture that should accept the legitimacy of the political opposition and recognizes, and abigue for, the rights of all”. Since “the democracy exceeds to a method to choose those who govern, it is also a way of constructing, of guaranteeing and of expanding the freedom, the justice and the progress, organizing the tensions and the conflicts that generate the struggles of power”.

We are present at an enlargement in the scope of the political rights, on the one hand to integrate other rights in the most general aspect of a right and fundamental to the democracy: the right to the political participation and on the other side, the civil enlargement product of the supranational processes of integration.

In this context, in the Inter-American System of Human rights, the precedents of the Inter-American Court, principally the cases *Yatama vs. Nicaragua* of the year 2005 and *Castañeda Gutman vs. The Mexican United States* of the year 2008, deepen the juridical developments of the system on the subject of political rights.

KEYWORDS: America Convention on Human Rights, democracy, political rights, political participation, principles of interpretation, limitations of electoral matters.

Los derechos políticos en la CIDH y en la Corte IDH

Los derechos políticos, consagrados en diversos instrumentos internacionales,¹ “propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político” así lo ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en sus principales pronunciamientos en materia de derechos políticos, casos *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* (Corte IDH 2008b, 42, párr. 141) y *Yatama vs. Nicaragua* (Corte IDH, 2005b, 88, párr. 192).

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) los derechos políticos están contemplados en su *artículo 23*:

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores; y c) de tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país.

¹ Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta Democrática Interamericana, artículos 2, 3 y 6; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XX; Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 25; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 5.c; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, artículo 42; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 7; Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, artículos I, II y III; Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 6; Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, artículos 2 y 3; Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, artículo 6; Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 párr. 5; Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.8, I.18, I.20, II.B.2.27; Protocolo No. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 3); y Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (artículo 13) de la CIDH.

La Comisión entendió a los derechos políticos “[...] como aquellos que reconocen y protegen el derecho y el deber de todos los ciudadanos de participar en la vida política de su país” (Informe Venezuela, CIDH 2009b, cap. II, párr. 18).

Sobre este punto, la Corte ha indicado que:

La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa (Castañeda, Corte IDH 2008b, 42, párr. 141) —y ha dicho que— Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos (Castañeda, Corte IDH 2008b, 43, párr. 147).

Asimismo, señaló que:

En la Carta Democrática Interamericana se enfatiza la importancia de la participación ciudadana como un proceso permanente que refuerza a la democracia. Así, se declara en ella que ‘La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional’ (artículo 2º). Esta declaración general adquiere un sentido teleológico fundamental para el desarrollo conceptual de los derechos políticos que la propia Carta produce en su artículo 4º. Todo ello configura un enfoque de expresión consensual que tiene relación directa con la interpretación y aplicación de una disposición amplia como la contenida en el artículo 23º de la Convención Americana (Yatama, voto concurrente Juez Diego García-Sayan, Corte IDH 2005b, 4, párr. 16).

La CIDH destacó que los derechos políticos tal como son considerados por la Declaración,

[...] tienen dos aspectos claramente identificables: el derecho al ejercicio directo del poder y el derecho a elegir a quienes deben ejercerlo. Ello supone una concepción amplia acerca de la democracia representativa que, como tal, descansa en la soberanía del pueblo y en la cual las funciones a través de las cuales se ejerce el poder son desempeñadas por personas escogidas en elecciones libres y auténticas (Informe Anual 2002, CIDH 2003a, Cap. IV, Cuba, párr. 11).

Y que

Los gobiernos tienen, frente a los derechos políticos y al derecho a la participación política, la obligación de permitir y garantizar la organización de todos los partidos políticos y otras asociaciones [...]; el debate libre de los principales temas socioeconómicos; la realización de elecciones generales, libres y con las garantías necesarias para que sus resultados representen la voluntad popular (Informe Anual 2002, CIDH 2003a, Cap. IV, Cuba, párr. 12 e Informe 67/06, CIDH 2006, párr. 246).
...el libre ejercicio del derecho de participación en el gobierno requiere además el respeto de otros derechos humanos, en especial de la libertad y seguridad personal. De la misma forma, la plena vigencia de la libertad de expresión, asociación y reunión es imprescindible para la participación directa en la toma de decisiones que afectan a la comunidad (Informe 67/06, CIDH 2006, párr. 256).

Como indica la Comisión “El ejercicio de los derechos políticos es ‘inseparable’ de los otros derechos humanos fundamentales” (Informe Haití, CIDH 1990a, cap. I, párr. 15).

Por eso, el adecuado ejercicio de los derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la CADH se vincula con la vigencia de sus derechos y li-

bertades entre los cuales se encuentran asociados el derecho a la libertad de expresión (artículo 13); a las garantías judiciales (artículo 8); el derecho de reunión (artículo 15), a la libertad de asociación (artículo 16), el derecho a la protección judicial (artículo 25); el derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión (IV); el derecho de asociación (XXII) y reunión (XXI); y el derecho de justicia (XVIII) de la DADH.

Así lo ha entendido la Corte al sostener que

Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana, como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático (Informe Haití, CIDH 1990a, cap. I).

Principios interpretativos de los derechos políticos

Es necesario señalar que respecto a la aplicación e interpretación de los derechos políticos confluyen los principios interpretativos derivados del derecho internacional público² —la CADH es un Tratado internacional— y los principios derivados del Derecho Constitucional —la Convención recepta y contempla derechos reconocidos en los textos constitucionales de los países de la región y completa e integra su alcance, ello sin perjuicio de su jerarquía en el ordenamiento jurídico de cada Estado—.

Entendiendo que no hay derechos políticos sin democracia y no hay democracia sin derechos políticos, el principio democrático es el principio fundamental para dimensionar e interpretar el alcance de estos derechos,

² La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados del 23 de mayo de 1969 establece en su artículo 3.1 como regla general de interpretación de los tratados la buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Asimismo, su artículo 18, los estados se comprometen a no frustrar el objeto y fin del tratado.

que además deben ser operativizados por los estados, sin discriminación como “oportunidades”.³

El principio democrático

En el Continente Americano, la democracia tiene un papel fundamental en la formación y el desarrollo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y en la creación y evolución del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,⁴ en palabras de la Corte Interamericana “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte” (OC 6/86 Corte IDH 1986a, 9, párr. 34) y por ello “constituye un ‘principio’ reafirmado por los Estados Americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano” (Castañeda, Corte IDH 2008b, 42, párr. 141; OC 6/86, Corte IDH 1986a, 9, párr. 34 y Yatama, Corte IDH 2005b, 88, párr. 192).

La Corte ha señalado que:

[e]n 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 componente se define, completa y adquiere

³ Principio de igualdad y no discriminación y principio de efectividad.

⁴ Ello se ve plasmado en numerosos instrumentos. Véase: la Carta de la Organización de Estados Americanos, Preámbulo “[s]eguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; artículo 2(b) “La Organización de los Estados Americanos, para realizar los principios en que se funda y cumplir sus obligaciones regionales de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, establece los siguientes propósitos esenciales [...] b) Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; artículo 3(d) “solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa; Resolución 837 (XVI-O/86) de la Asamblea General de la OEA “[r]eafirmar el derecho inalienable de todos los pueblos americanos a elegir libremente un sistema político, económico y social sin injerencias externas, por medio de un auténtico proceso democrático, en un régimen de justicia social, en el que todos los sectores de la ciudadanía gocen de las garantías necesarias para participar libre y efectivamente mediante el ejercicio del sufragio universal”.

sentido en función de los otros (caso Yatama, Corte IDH 2005b, 87-8, párr. 191; OC 17/02, Corte IDH 2002, 72, párr. 92; OC 13/93 Corte IDH 1993, 9, párr. 31; OC 9/87 Corte IDH 1987b, 9-10, párr. 35; OC 8/87 Corte IDH 1987a, 7, párr. 20; OC 18/03, Corte IDH 2003, 6, párr. 26).

La carta de la OEA declara en su preámbulo que la democracia participativa “es condición indispensable para la estabilidad, paz y el desarrollo de la región”. En su artículo 2.b dispone como uno de sus propósitos esenciales el de “promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”. Asimismo, el artículo 3.d afirma que “La solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”.

En este contexto, de defensa de la democracia, en 2001, se proclamó la Carta Democrática Interamericana,⁵ con el propósito de promover y consolidar la democracia representativa y proveer los mecanismos colectivos para dicho propósito. Así, este instrumento reza en su artículo 1 que “Los pueblos de las Américas tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, refleja en su preámbulo la voluntad de los Estados Americanos de reconocer normativamente los derechos humanos y entre ellos los derechos políticos, como un medio para consolidar un régimen de libertad personal y justicia social, en el marco de las instituciones democráticas.⁶

⁵ La Carta Democrática Interamericana fue adoptada en Lima Perú el 4 de septiembre de 2001. La OEA la aprueba por resolución general 1838, en sesión del 5 de junio de 2001.

⁶ CADH. Preámbulo. Párrafo 1. A diferencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales (CEDH) que reafirma en el párrafo tercero de su preámbulo la finalidad del Consejo de Europa de realizar una unión más estrecha entre sus miembros y a la protección y desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales como uno de sus medios.

En ese sentido, la Corte ha invocado el Preámbulo de la Convención en cuanto reafirma el propósito de los Estados Americanos de:

consolidar en [el] Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos y deberes esenciales del hombre —y ha dicho que— Este requerimiento se ajusta a la norma de interpretación consagrada en el artículo 29.c de la Convención (del Tribunal Constitucional, Corte IDH 2001b, 50, párr. 111).

Así, el artículo 29 de la CADH⁷ que establece las pautas de interpretación de la Convención, en su inciso c prohíbe la interpretación tendente a excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno.

Por su parte, el artículo 30 de la CADH⁸ refiriéndose a las restricciones que la propia convención autoriza respecto a los derechos y libertades consagrados, indica que las mismas “no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dicten por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

⁷ CADH. Artículo 29. Normas de Interpretación “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

⁸ CADH. Artículo 30. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

El artículo 32.2 de la CADH⁹ establece el marco de interpretación de los derechos de la Convención cuando indica “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”.

En el *Informe 30/93* la CIDH haciendo pie en el artículo 32.2 de la CADH como marco de interpretación de los derechos consagrados en la Convención, identifica como horizonte de análisis el resto de los instrumentos del sistema interamericano y

[...] en primer lugar la Carta de la Organización de Estados Americanos y los numerosos pronunciamientos a lo largo de la centenaria historia de la Organización, en cuanto reafirman al sistema democrático constitucional como base y objetivo de la acción del sistema y de sus Estados componentes (CIDH 1993b, párr. 23).

En la *Opinión Consultiva 5/85* la Corte Interamericana ha señalado que

Las justas exigencias de la democracia deben [...] orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas (Corte IDH 1985, 13, párr. 44).

Para la Corte “El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira” (OC 13/93, Corte IDH, 1993, 9, párr. 31; OC 8/87 Corte

⁹ CADH. Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

IDH 1987a, 2 y 9; OC 9/87, Corte IDH 1987b, 9, párr. 35; OC 17/02 Corte IDH 2002, 72, párr. 92).

La Comisión ha remarcado la existencia de

[...] una relación directa entre el ejercicio de los derechos políticos así definidos y el concepto de democracia representativa como forma de organización del Estado, lo cual a su vez supone la vigencia de otros derechos humanos fundamentales (Informe 1/90 CIDH 1990b, párr. 41).

Agregando que

...el concepto de democracia representativa se asienta sobre el principio de que es el pueblo el titular de la soberanía política y que, en ejercicio de esta soberanía, elige a sus representantes -en las democracias indirectas- para que ejerzan el poder político. Estos representantes, además, son elegidos por los ciudadanos para aplicar medidas políticas determinadas, lo cual a su vez implica que haya existido un amplio debate sobre la naturaleza de las políticas a aplicar —libertad de expresión— entre grupos políticos organizados —libertad de asociación— que han tenido la oportunidad de expresarse y reunirse públicamente -derecho de reunión- (Informe 1/90, CIDH 1990a; Informe Anual, CIDH 1991, cap. V, III, párr. 11; Informe 14/93, CIDH 1993a, caso 10.956, pág. 7; Informe 137/99, CIDH 1999b, caso 11.863, 27 de diciembre de 1999, párr. 38).

La Carta Democrática Interamericana tiene particular relevancia, como lo señaló la Corte

En el sistema interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular,

quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria del 11 de septiembre de 2001, durante el Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. En dicho instrumento se señala que: “[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos” (Corte CIDH 2008b, caso Castañeda, párr. 142, citando el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana).

Y por ello, la Corte también ha dicho que “la Convención protege los elementos esenciales de la democracia, entre los que se encuentra ‘el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho’” (Manuel Cepeda, Corte IDH 2010b, 63, párr. 172, nota a pie de página 247).

La Comisión ha señalado que:

[...] en el sistema interamericano existe un concepto acerca de la fundamental importancia de la democracia representativa como el mecanismo legítimo para lograr la realización y el respeto de los derechos humanos, y como derecho humano en sí [...], y que “[...] este concepto implica la protección de esos derechos civiles y políticos en el contexto de la democracia representativa y la existencia de un control institucional sobre los actos de los poderes del gobierno y el régimen de derecho” (Informe 137/99, CIDH 1999, párr. 536). Por ello agregó que “No se trata sólo de señalar, como surge de la propia Carta de la OEA y de otros instrumentos del sistema interamericano,

la relación orgánica que existe entre la democracia representativa y los derechos humanos. La experiencia que la Comisión ha constatado en los hechos es que las graves violaciones de los derechos humanos en algunos países de América tiene su origen en la necesidad de perfeccionar el funcionamiento de las instituciones y el Estado de derecho (Informe Anual 1985-1986, CIDH 1986, párr. 203; Informe Anual 1990-1991, CIDH 1991, párr. 12).

Sin embargo, la Corte ha entendido que en el Sistema Interamericano la violación al “Derecho a la Democracia” no puede ser alegado en forma autónoma o a través del artículo 29.c de la CADH sino que:

[...] en el marco de la jurisdicción contenciosa de esta Corte, el incumplimiento de los principios de interpretación que se derivan del artículo 29.c) sólo podrían generar la violación del derecho que haya sido indebidamente interpretado a la luz de dichos principios (Apitz Barbera, Corte IDH 2008a, 60, párr. 221).¹⁰

Por último, el principio democrático también impone una interpretación sistémica de los derechos políticos. Como ya señalamos es criterio de la Corte que:

[s]i bien cada uno de los derechos contenidos en la Convención tiene su ámbito, sentido y alcance propios, en ciertas ocasiones, por las circunstancias particulares del caso o por la necesaria interrelación que guardan, se hace necesario analizarlos en conjunto para dimensionar apropiadamente las posibles violaciones y sus consecuencias”. Máxime cuando se trata de ‘derechos políticos, [...]

¹⁰ Los representantes alegaban la violación del artículo 29 c) y d) de la Convención en relación con el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana.

libertad de expresión y [...] libertad de asociación conjuntamente, [que] [...] son de importancia fundamental dentro del Sistema Interamericano por estar estrechamente interrelacionados para posibilitar, en conjunto, el juego democrático”.¹¹

El principio de igualdad y no discriminación

Conforme al artículo 1.1 de la CADH los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la misma, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El artículo 24 de la CADH establece además que “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

Señala el preámbulo de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]”. Este instrumento además contempla el derecho de igualdad ante la ley (artículo II).

Ha indicado la Corte invocando la jurisprudencia europea que el principio de igualdad y no discriminación

[...] posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo —y a su vez

¹¹ Véanse casos Castañeda Gutman (Corte IDH 2008b, 41-2, párr. 140) y Manuel Cepeda Vargas (Corte IDH 2010b, 62, párr. 171). En similar sentido, la Corte Constitucional de Colombia, “en el constitucionalismo y en la doctrina de los derechos humanos, las libertades de expresión, reunión y asociación forman una trilogía de libertades personales que se constituye además, en prerequisite de los derechos de participación política”. Sentencia C-265 de la Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero de 2 de junio de 1994 (expediente de prueba, tomo XXII, anexo 9 a los alegatos finales de los representantes, folio 9145).

ha señalado que— Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable.¹²

En el caso *Yatama vs. Nicaragua* teniendo en cuenta los criterios desarrollados en sus opiniones consultivas ha dicho que:

El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales¹³ y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia

¹² Véanse las opiniones consultivas OC 18/03, Corte IDH 2003, 113, párr. 89; OC 17/02, Corte IDH 2002, 58, párr. 46; OC 4/84, Corte IDH, 1984, 15, párr. 56 y caso *Yatama*, Corte IDH 2005b, 86, párr. 185 con cita a la jurisprudencia del Sistema Europeo: Eur. Court H.R., *Case of Willis v. The United Kingdom*, Judgment of 11 June 2002, para. 39; Eur. Court H.R., *Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands*, Judgment of 4th June 2002, parag. 46; Eur. Court H.R., *Case of Petrovic v. Austria*, Judgment of 27th March 1998, Reports 1998-II, para. 30; y a la O.N.U., Comité de Derechos Humanos, *Joseph Frank Adam c. República checa*, (586/1994), dictamen de 25 de julio de 1996, párr. 12.4. Sobre el principio de no discriminación como *ius cogens* véase OC 18/03, párr. 101.

¹³ Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta de la OEA (artículo 3.I); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” (artículo 3); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (artículos 4.f, 6 y 8.b); Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (artículos I.2.a, II, III, IV y V); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1.1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43.1, 43.2, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5, 7 a 16); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (artículo 6); Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (artículos 1 a 3); Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico (Corte IDH 2005b, 85-6, párr. 184).¹⁴

Asimismo, reitera su postura de que:

Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de

sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (artículos 8 y 10); Convenio No. 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (artículo 6); Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párr. 1, 2, 5, 8 y 11); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artículos 19 a 24; II.B.2, artículos 25 a 27); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Declaración y Programa de Acción, (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (artículos 1, 3 y 4); Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 14); Carta Social Europea (artículo 19.4, 19.5 y 19.7); Protocolo No.12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1).

¹⁴ También en OC 18/03 cit., párr. 101. Como señala el juez Conçado Trindade en su voto razonado en la sentencia Yatama, el reconocimiento como *Jus Cogens* del principio de igualdad y no-discriminación se manifiesta ahora no sólo en la jurisprudencia consultiva sino en materia contenciosa de la Corte IDH.

este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas.¹⁵

Por último es importante señalar respecto a este principio que, la Corte ha dicho que la existencia de ciertas desigualdades de hecho legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen a la justicia y que, por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan jurídicamente más débiles.¹⁶

El principio de efectividad de los derechos políticos

Este principio tiene anclaje en los artículos 1 y 2 de la CADH, que establecen no sólo obligaciones negativas o de abstención en cabeza de los estados partes, sino también positivas de garantizar el goce y ejercicio de los derechos y en su caso de adoptar medidas necesarias para hacerlos efectivos, aun en ciertas condiciones, frente al accionar de particulares. Por ello, toda violación por acción o por omisión a un derecho político contemplado en la CADH se relaciona con la obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos (artículo 1) o de adoptar medidas efectivas entre ellas normativas del Pacto San José de Costa Rica (artículo 2).¹⁷

En ese sentido la Corte ha reiterado que para ello no basta el reconocimiento formal de los derechos

Toda vez que los Estados, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, tiene[n] la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del

¹⁵ Véanse las opiniones consultivas OC 18/03 (Corte IDH 2003, 113, párr. 88), OC 17/02 (Corte IDH 2002, 57, párr. 44) y OC 4/84 (Corte IDH 1984, 15, párr. 54).

¹⁶ Conforme al caso Yatama vs. Nicaragua.

¹⁷ El artículo 2 de la CADH impone un deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por ella. Algunos autores derivan de este artículo la fuerza o el efecto integrador del Sistema, y también el funcionamiento de la Corte como un tribunal cuasi Constitucional.

ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe[n] adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales (Yatama, Corte IDH 2005b, 89, párr. 201).

y señaló además que

Entre otros derechos políticos, el artículo 23 de la Convención protege el derecho a ser elegido, el cual supone que el titular de los derechos tenga la oportunidad real de ejercerlos, para lo cual debe adoptar medidas efectivas para garantizar las condiciones necesarias para su pleno ejercicio (casos Yatama, Corte IDH 2005b, 89, párr. 195 y Castañeda, Corte IDH 2008b, 43, párr. 145).

Como sostuvo la Corte en el caso *Velázquez Rodríguez vs. Honduras*:

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos (Corte IDH 1988, 35, párr. 167).

En otro caso indicó que:

En el ámbito de los derechos políticos la obligación de garantizar resulta especialmente relevante y se concreta, entre otros, en el esta-

blecimiento de los aspectos organizativos o institucionales de los procesos electorales, a través de la expedición de normas y la adopción de medidas de diverso carácter para implementar los derechos y oportunidades reconocidos en el artículo 23 de la Convención. Sin esa acción del Estado los derechos a votar y a ser votado, simplemente, no podrían ser ejercidos. Los derechos políticos y también otros previstos en la Convención como el derecho a la protección judicial, son derechos que ‘no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención [...], si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio, éste sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza; de igual manera que no puede ejercerse el derecho a la protección judicial sin que existan los tribunales que la otorguen y las normas procesales que la disciplinen y hagan posible.¹⁸

En el caso *Yatama* la Corte reafirmó que: “[e]s indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva [...]” (Corte IDH 2005b, 89, párr. 195).¹⁹

Recientemente en el caso *Chitay Nech y otros vs. Guatemala* señaló que “[...] el derecho a una participación política efectiva implica que los ciuda-

¹⁸ Véase caso *Castañeda Gutman* (Corte IDH 2008b, párr. 159), citando la opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante en la OC 7/86 (Corte IDH 1986b), *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana de Derechos Humanos), Opinión Separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante, párr. 27.

¹⁹ En igual sentido, CIDH Honduras: *Derechos Humanos y Golpe de Estado*, del 30 de diciembre de 2009.

danos tienen no sólo el derecho sino también la posibilidad de participar en la dirección de los asuntos públicos” (Corte IDH 2010a, 28, párr. 107).

La Corte ha resaltado que los derechos políticos no sólo están previstos en el artículo 23 de la CADH como derechos, sino también como oportunidades,²⁰ y de ello ha derivado la obligación de los estados de garantizar con medidas positivas “[...] que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos”.²¹

La importancia medular de la vigencia de los derechos políticos hace que conforme lo establece el artículo 27 de la CADH, los mismos no son susceptibles de suspensión en ningún momento. Como lo indicó la Corte, al ponderar la importancia que tienen estos derechos señaló que: “[...] la Convención, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos”.²²

Limitaciones a los derechos políticos

El párrafo 2 del artículo 23 de la CADH establece que la ley puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades de los derechos políticos, exclusivamente en razón de “edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil, mental o condena por juez competente, en proceso penal”.

Por ello, la Comisión había señalado en el *Informe 137/99* que

[...] la propia Convención reconoce las limitaciones que el Estado puede establecer razonablemente al ejercicio de los derechos políticos, mediante la reglamentación exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal. Se tra-

²⁰ Véase caso Castañeda Gutman (Corte IDH 2008b, 43, párr. 145): “[...] el artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”.

²¹ Véase casos Yatama (Corte IDH 2005b, 89, párr. 195) y Castañeda Gutman (Corte IDH 2008b, 43, párr. 145).

²² Véase casos Castañeda (Corte IDH 2008b, 41-2, párr. 140), OC 6/86 (Corte IDH 1986a, 9, párr. 34) y Yatama (Corte IDH 2005b, 87-8, párr. 191).

ta, en consecuencia, de limitaciones *numerus clausus*, por lo que toda otra causa que limite el ejercicio de los derechos de participación política igualitaria que consagra la Convención resultaría contraria y por lo tanto violatoria de las obligaciones internacionales del Estado bajo dicho instrumento (CIDH 1999b, párr. 101).

En la Convención el reconocimiento de los derechos se completa con el reconocimiento además de sus límites y con el artículo 30 de la CADH que prohíbe la aplicación de medidas restrictivas con propósitos distintos.

Posteriormente, la jurisprudencia ha ido receptando la legitimidad de otras restricciones no contempladas expresamente en el artículo 23 de la CADH.

Es así que si bien el término “exclusivamente” puede ser interpretado como prohibición de otras restricciones no contempladas, en el caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, uno de los más relevantes en materia de derechos políticos, al evaluar la legitimidad de la negativa de las autoridades mexicanas de inscribir la candidatura independiente del señor Castañeda, la Corte indica que: “[...] no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana” (Corte IDH 2008b, 47, párr. 161).

De esta forma destaca que:

El artículo 23 de la Convención Americana debe ser interpretado en su conjunto y de manera armónica, de modo que no es posible dejar de lado el párrafo 1 de dicho artículo e interpretar el párrafo 2 de manera aislada, ni tampoco es posible ignorar el resto de los preceptos de la Convención o los principios básicos que la inspiran para interpretar dicha norma (Corte IDH 2008b, 45, párr. 153).

En esta lógica interpretativa, la Corte afirma que el párrafo 2 del artículo 23 se limita a establecer razones por las cuales los derechos políticos pue-

den ser regulados en relación con los requisitos que las personas titulares deben cumplir, es decir “las condiciones habilitantes” que la ley puede imponer para ejercer los derechos políticos. Por ello, indica que “tiene como propósito único evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos” (Corte IDH 2008b, 45, párr. 155).²³

Agrega que

[...] las restricciones basadas en esos criterios son comunes en las legislaciones electorales nacionales, que prevén el establecimiento de edades mínimas para votar y ser votado, ciertos vínculos con el distrito electoral donde se ejerce el derecho, entre otras regulaciones. Siempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos [...] (Corte IDH 2008b, 45, párr. 155).

En efecto, para que los derechos políticos puedan ser ejercidos, la ley necesariamente tiene que establecer regulaciones que van más allá de aquellas que se relacionan con ciertos límites del Estado para restringir esos derechos, establecidos en el artículo 23.2 de la Convención. Los Estados deben organizar los sistemas electorales y establecer un complejo número de condiciones y formalidades para que sea posible el ejercicio del derecho a votar y ser votado (Corte IDH 2008b, 46 párr. 157).

En la OC 7/86, el juez Rodolfo E. Piza había señalado una cuestión que luego es receptada en el caso *Castañeda Gutman* en cuanto a que los derechos políticos como el derecho a la protección judicial

²³ La Corte analiza, entre otras cuestiones, si la negativa de registrar la candidatura independiente del señor Castañeda por las autoridades Mexicanas era una restricción violatoria del artículo 23 de la Convención como lo habían alegado sus representantes.

[...] no pueden tener eficacia simplemente en virtud de las normas que los consagran, porque son por su misma naturaleza inoperantes sin toda una detallada regulación normativa e, incluso, sin un complejo aparato institucional, económico y humano que les dé la eficacia que reclaman, como derechos de la propia Convención, es decir, en el plano internacional, y no sólo como cuestión del orden interno de cada Estado: si no hay códigos o leyes electorales, registros de electores, partidos políticos, medios de propaganda y movilización, centros de votación, juntas electorales, fechas y plazos para el ejercicio del sufragio, éste sencillamente no se puede ejercer, por su misma naturaleza [...].²⁴

En ese sentido, tanto la Comisión como la Corte Interamericana han reconocido al interpretar el artículo 23 de la Convención Americana, el grado de autonomía que debe otorgarse a los Estados para organizar sus instituciones políticas a fin de dar efecto a esos derechos, como el derecho a la participación política, deja margen a una amplia variedad de formas de gobierno y ha resaltado que su función y objetivo no es crear un modelo uniforme de democracia representativa para todos los Estados, sino determinar si la legislación de un Estado infringe derechos humanos fundamentales.²⁵

En este contexto el *artículo 29 de la CADH* es la norma interpretativa general de todas las limitaciones en los derechos de la Convención que se completan con los artículos 30 y 32 de la CADH, ya que los derechos políticos no son absolutos.

En *Yatama vs. Nicaragua* la Corte indica que: “La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*,

²⁴ Caso Castañeda (Corte IDH 2008b, 46, párr. 159); Opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante OC 7/86 (Corte IDH 1986b).

²⁵ Informe 137/99 (CIDH 1999, párr. 76 y 99), Informe 98/03 (CIDH 2003, párr. 88) y caso Castañeda (Corte IDH 2008b, 47, párr. 162).

una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones”.²⁶

En igual sentido en *Castañeda Gutman* agrega que:

Salvo algunos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, como el derecho a no ser objeto de tortura o de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, los derechos humanos no son absolutos” y que “Los derechos políticos no son absolutos, por lo que pueden estar sujetos a limitaciones, siempre que dicha reglamentación observe “los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática (Corte IDH 2008, 50-1, párr. 174).

Sin embargo, como salvaguarda del sistema, el artículo 29 de la CADH prohíbe lo que en el Sistema Europeo se titula abuso de derecho.

La Corte aborda los presupuestos o estándares con los cuales los derechos políticos pueden ser objeto de restricciones.

Señaló la Corte en el caso *Castañeda Gutman* que para que una restricción sea legítima

[...] debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue (Corte IDH 2008, 58, párr. 206).²⁷

²⁶ Párr. 206. Citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Cfr. Case of Hirst v. the United Kingdom* (no. 2), no. 74025/01, § 36, ECHR-2004.

²⁷ Retoma su anterior jurisprudencia en los casos *Ricardo Canese* (Corte IDH 2004b, 63, párr. 96 y 74, párr. 133, *Herrera Ulloa* (Corte IDH 2004a, 69, párr. 121 y 123) y OC 5/85 (CIDH 1985, 14,

En igual sentido indica que

La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo con los principios de la democracia representativa.²⁸

Estos presupuestos o estándares son desarrollados en la jurisprudencia del sistema interamericano, en un primer momento respecto al control de las restricciones al derecho de libertad de expresión,²⁹ y después con similares criterios en relación con los derechos políticos. Para ello la Corte analiza la legalidad y finalidad de la medida restrictiva, y si la misma es necesaria y proporcional en una sociedad democrática.

Legalidad de la medida restrictiva

La Corte ha señalado en su *Opinión Consultiva 6/86* que

[...] la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al

párr. 46). Asimismo cfr. Eur. Court H.R., Case of Barthold v. Germany, Judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, para. 58; Eur. Court H.R., Case of Sunday Times v. United Kingdom, Judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, para. 59; O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 27, Libertad de circulación (art. 12) de 2 de noviembre de 1999, párr. 14 y 15; y O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 25, Derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso, en condiciones de igualdad a las funciones públicas (art. 25) de 12 de julio de 1996, párr. 11, 14, 15 y 16.

²⁸ Caso Castañeda Gutman (Corte IDH 2008b, párr. 149). En similar sentido caso Yatama (Corte IDH 2005b, 91, párr. 207).

²⁹ Véase por ejemplo los casos: La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (Corte IDH 2001d), Claude Reyes y otros vs. Chile (Corte IDH 2006), Kimel vs. Argentina (Corte IDH 2008c), entre otros.

arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías [...] dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución”. Agrega la Corte que “A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento [...] es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder (Corte IDH 1986a, 6, párr. 22).

Asimismo indicaba que “La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos” (Corte IDH 1986a, 6, párr. 24).

Por ello, y con un espíritu protectorio, la Corte concluye que sólo la ley formal —actos normativos enderezados al bien común, emanados del Poder Legislativo democráticamente elegido y promulgados por el Poder Ejecutivo según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado— tienen aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención (Corte IDH 1986a, 6 y ss., párrs. 27, 35 y 37).

Así, la Corte sostiene que:

La necesaria existencia de los elementos propios del concepto de ley [...] permite concluir que los conceptos de legalidad y legitimidad

coinciden a los efectos de la interpretación [...], ya que sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana (Corte IDH 1986a, 9, párr. 37).

En el caso *Castañeda Gutman*, la Corte IDH indica en el mismo sentido que:

Ello significa que las condiciones y circunstancias generales que autorizan una restricción al ejercicio de un derecho humano determinado deben estar claramente establecidas por ley. La norma que establece la restricción debe ser una ley en el sentido formal y material (Corte IDH 2008b, 51, párr. 176).

En el caso *Yatama* la Corte IDH señala que:

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 (Corte IDH 2005b, 91, párr. 206).

Por otra parte, la Corte IDH aplica estos parámetros en *Yatama* (Corte IDH 2005b, 92, párr. 212) al resolver en el caso concreto, así indica que:

En cuanto a la observancia del principio de legalidad, la Corte estima que la Ley Electoral No. 331 de 2000 es ambigua debido a que no establece con claridad las consecuencias del incumplimiento de ciertos requisitos, tanto para quienes participaban a través de un partido, como para quienes lo hacían en una alianza de partidos; es

confusa la redacción sobre los procedimientos aplicables cuando el Consejo Supremo Electoral determina que hay incumplimiento de algún requisito; y no regula claramente las decisiones fundamentadas que dicho órgano debería adoptar para establecer quiénes quedan inscritos para participar en las elecciones y quiénes no cumplen los requisitos para ello, así como los derechos de las personas cuya participación se vea afectada por una decisión del Estado. Dicha ley no permite un claro entendimiento del proceso por parte de los ciudadanos y de los órganos electorales y favorece su aplicación arbitraria y discrecional mediante interpretaciones extensivas y contradictorias que restringen indebidamente la participación de los ciudadanos, restricción particularmente indeseable cuando afecta severamente bienes fundamentales, como son los reconocidos a través de los derechos políticos.³⁰

Finalidad de la medida restrictiva

Aún en los casos en que la CADH reconozca el derecho y a su vez la posibilidad —en ciertos supuestos— de su limitación, el artículo 30 de la CADH establece que esas limitaciones no pueden ser dictadas sino por razones de interés general y aplicadas sino con el propósito para el cual han sido establecidas.

Como se indicó con anterioridad, el párrafo 2 del artículo 23 enumera supuestos en los que la ley puede reglamentar limitaciones a los derechos políticos contemplados: edad, nacionalidad, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal.

Además, el artículo 32 de la CADH establece como causales de limitación de los derechos, los derechos de los demás, la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

³⁰ También en los casos *Ricardo Canese vs. Paraguay* (Corte IDH 2004b, 71, párr. 125), *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (Corte IDH 2001a, 85-6, párrs. 108 y 115) y *Cantoral Benavides vs. Perú* (Corte IDH 2000, 51-21, párr. 157).

En el caso *Castañeda Gutman*, la Corte define que entiende por finalidad de las medidas restrictivas e indica:

[...] esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea de aquellas permitidas por la Convención Americana, previstas en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos,³¹ o bien, en las normas que establecen finalidades generales legítimas (Corte IDH 2008b).³²

La Corte ha detallado en sus opiniones consultivas su interpretación de “orden público” y “bien común”, en los términos del artículo 30 de la CADH.³³

En su *Opinión Consultiva 5/85* señala que:

[...] una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público (Corte IDH 1985, 24, párr. 84).

En la *Opinión Consultiva 6/86* indicó que:

‘Bien común’ y ‘orden público’ en la Convención son términos que deben interpretarse dentro del sistema de la misma, que tiene una

³¹ Por ejemplo las finalidades de protección del orden o salud públicas, de los artículos 12.3, 13.2.b y 15, entre otras.

³² Por ejemplo, “‘los derechos y libertades de las demás personas’, o ‘las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática’, ambas en el artículo 32”, caso *Castañeda Gutman* (Corte IDH 2008b, 52, párr. 180).

³³ CADH. Artículo 30. Alcance de las Restricciones. Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

concepción propia según la cual los Estados americanos requieren la organización política de estos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa (Corte IDH 1986a, 8, párr. 30).

En ambas opiniones consultivas la Corte IDH sostuvo que:

Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana [y aclara que] No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos [...] (OC 5/85, Corte IDH 1985, 19-20, párr. 66-7; OC 6/86, Corte IDH 1986a, 8, párr. 31).

Con este criterio y hablando de la finalidad de la medida restrictiva y la prohibición de discriminación, la Corte señala en su *Opinión Consultiva 4/84* (párr. 57) que:

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y

que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.³⁴

Necesidad en una sociedad democrática y proporcionalidad de la medida restrictiva

La Corte en su *Opinión Consultiva 5/85* (párr. 44) indica que si bien es cierto que la Convención Europea utiliza la expresión “necesarias en una sociedad democrática” y no así la CADH, la diferencia en la terminología pierde significado puesto que la Convención Europea no contiene ninguna provisión comparable con el artículo 29 de la Americana que dispone reglas para interpretar sus disposiciones y prohíbe que la interpretación pueda “excluir otros derechos y garantías [...] que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

En su análisis comparativo, la Corte invocando la jurisprudencia europea destaca que la Corte Europea al interpretar el término “necesarias en una sociedad democrática” concluyó que “necesarias” implica la existencia de una necesidad social imperiosa y que además para ello no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno. Para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado.³⁵

En esta opinión consultiva la Corte IDH busca delimitar la interpretación del término “necesarias” del artículo 13 de la CADH,³⁶ y aclara que para ello

³⁴ También OC 18/03 (Corte IDH 2003, párr. 91).

³⁵ OC 5/85 (Corte IDH 1985, párr. 46), invocando la CEDH casos *The Sunday Times* y *Barthold*.

³⁶ CADH, artículo 13: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión.

debe considerarse el objeto y el fin del tratado teniendo presentes los criterios de interpretación resultantes de los artículos 29 c) y d) y 32.2 y el párrafo primero del preámbulo de la CADH,³⁷ lo que representa el contexto en el que se deben interpretar las restricciones permitidas. Concluye que de la reiterada mención a las “instituciones democráticas”, “democracia representativa” y “sociedades democráticas” se desprende que el juicio sobre si una restricción —en este caso a la libertad de expresión— impuesta por un Estado es “necesaria”, tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas (OC 5/85, Corte IDH 1985, 11-2, párr. 41-2).

En el caso *Castañeda Gutman*, reitera que para que una restricción sea permitida a la luz de la Convención debe evaluarse si la misma es necesaria para una sociedad democrática e indica que:

Este requisito, que la Convención Americana establece de manera explícita en ciertos derechos (de reunión, artículo 15; de asociación, artículo 16; de circulación, artículo 22), ha sido incorporado como pauta de interpretación por el Tribunal y como requisito que califica a todas las restricciones a los derechos de la Convención, incluidos los derechos políticos (Corte IDH 2008b, 52-3, párr. 185).³⁸

Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

³⁷ La CADH en el primer párrafo de su preámbulo reafirma el propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.

³⁸ También en el caso *Yatama* (Corte IDH 2005b, 91, párrs. 206 y ss).

En el caso *Yatama* señala que “Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo con los principios de la democracia representativa” (Corte IDH 2005b, 91, párr. 207).

La Corte reitera que la necesidad de las medidas en una sociedad democrática

[...] depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.³⁹

Son tres entonces los criterios que usa la Corte IDH para determinar si una medida restrictiva es necesaria en una sociedad democrática: si la misma satisface una necesidad social imperiosa, es decir, si está orientada a satisfacer un interés público imperativo; si es la que restringe en menor grado el derecho protegido; y si se ajusta estrechamente al logro del objetivo legítimo.

La Corte ha señalado que:

[...] es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones [...]. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan

³⁹ Véase los casos: Claude Reyes (Corte IDH 2006, 47, párr. 91), Palamara Iribarne (Corte IDH 2005c, 60-1, párr. 85), Ricardo Canese (Corte IDH 2004b, 63, párr. 96), Herrera Ulloa (Corte IDH 2004a, 69, párrs. 121 y 123) y OC 5/85 (Corte IDH 1985, 14, párr. 46).

un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso.⁴⁰

En el caso *Kimel vs. Argentina* (Corte IDH 2008c, 18-9, párrs. 74-5) sobre el derecho a la libertad de expresión, la Corte, para determinar si la medida es la que restringe en menor grado el derecho protegido, indica que “[se] debe examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas” y que “El ejercicio de cada derecho fundamental tiene que hacerse con respeto y salvaguarda de los demás derechos fundamentales”.⁴¹ Indica en este caso que al ponderar varios derechos en juego se debe analizar: “[...] I) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; II) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y III) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro” (Corte IDH 2008c, 25, párr. 84).

Partidos políticos y otras asociaciones con fines políticos

El funcionamiento de los partidos políticos se encuentra amparada en el artículo 16.1 de la CADH cuando menciona que: “Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines [...] políticos [...]”.⁴²

⁴⁰ OC 4/84 (Corte IDH 1984, 16, párr. 58) y caso Castañeda Gutman (Corte IDH 2008b, 49, párr. 169).

⁴¹ También en Chaparro Álvarez (Corte IDH 2007b, 21, párr. 93).

⁴² Artículo 16. Libertad de Asociación. 1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aún la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía. La dadh contempla en su artículo XXII, que “Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político [...]”.

Como los partidos políticos son organizaciones dotadas de personalidad jurídica, pueden verse alcanzadas por la protección del artículo 3 de la CADH que contempla el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.

La Carta Democrática Interamericana señala en su artículo 5 que “El fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas es prioritario para la democracia” (Chaparro, Corte IDH 2007b, 93).

En 1979, la Comisión Interamericana se refería a la participación privilegiada de los partidos políticos en la vida democrática e indicaba que:

La existencia, y desde luego la supervivencia de un régimen democrático representativo de gobierno no es posible sin el reconocimiento efectivo e irrestricto del derecho de los ciudadanos a constituir agrupaciones políticas y a afiliarse a aquellas cuyos idearios y programas políticos correspondan mejor a sus ideales, conscientes o subconscientes, de gobierno; y del derecho de tales agrupaciones a existir y realizar, sin indebidas restricciones, actos de propaganda y proselitismo; a participar en la vida política de la nación haciendo públicas sus opiniones sobre asuntos de Estado cuando estimen conveniente hacerlo; y a presentar candidaturas propias, o en fusión con otras agrupaciones, para las elecciones por sufragio de funcionarios públicos (Informe Argentina, CIDH 1980a, cap. IX, párr. 1).

En el *Informe 26/88* la Comisión indica que “Los partidos son institutos necesarios en la democracia” y citando a Linares Quintana (1981, 211 y 235) que “La democracia moderna descansa, puede decirse, sobre los partidos políticos [...]” (CIDH 1988, párr. 10).

La Comisión en el *Informe Anual 1979-1980 y 1990-1991*, identificando el derecho de asociación con los derechos políticos ha señalado que:

El derecho a la participación política permite el derecho a organizar partidos y asociaciones políticas, que a través del debate libre y de la lucha ideológica pueden elevar el nivel social y las condiciones económicas de la colectividad, y excluye el monopolio del poder por un solo grupo o persona.⁴³

En el *Informe Anual 1990-1991* sostuvo que:

En este contexto, los gobiernos tienen frente a los derechos políticos y al derecho a la participación política la obligación de permitir y garantizar la organización de todos los partidos políticos y otras asociaciones, a menos que éstas se constituyan para violar derechos humanos fundamentales (CIDH 1991a, 12).

En el *Informe 67/06* la Comisión indica que:

[...] el derecho de sufragio y participación en el gobierno comprende el derecho a organizar partidos y asociaciones políticas que, a través del debate libre de ideas, excluye el monopolio del poder por un solo grupo o persona (CIDH 2006, párr. 245).

Asimismo, señaló que en virtud del derecho de asociación

[...] un ciudadano es libre de asociarse con quien elija, sin estar sujeto a sanción alguna en el ejercicio de sus otros derechos civiles, políticos, económicos y sociales como consecuencia de esa asociación. Ello incluye el derecho a formar asociaciones, así como el derecho a ingresar en asociaciones ya existentes, y comprende todas las fases de la vida en una sociedad moderna” (CIDH 2006, párr. 218).⁴⁴

⁴³ Véase Informe Anual 1979-1980 (CIDH 1980b, 143); Informe Anual 1990-1991 (CIDH 1991a, 12).

⁴⁴ Véase también Informe Anual 2002 (CIDH 2003a, Vol. II, Cap. IV, párrs. 17-29) y Huilca Tecse (Corte IDH 2005a, 25-6, párr. 69 y 72).

La Corte, en los casos sometidos a su consideración hasta la fecha, se ha expedido sobre la exclusividad en la postulación de candidaturas de los partidos políticos, pero no se ha pronunciado, a diferencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, sobre la convencionalidad en la disolución de un partido político, entre otros aspectos.

Sin embargo, la Corte en el reciente caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*⁴⁵ invocando la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (*Case of Freedom And Democracy Party vs. Turkey*, TEDH 1999, párr. 47) ha reafirmado que:

[...] las voces de oposición resultan imprescindibles para una sociedad democrática, sin las cuales no es posible el logro de acuerdos que atiendan a las diferentes visiones que prevalecen en una sociedad. Por ello, la participación efectiva de personas, grupos y organizaciones y partidos políticos de oposición en una sociedad democrática debe ser garantizada por los Estados, mediante normativas y prácticas adecuadas que posibiliten su acceso real y efectivo a los diferentes espacios deliberativos en términos igualitarios, pero también mediante la adopción de medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, atendiendo la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales (*Case of Freedom And Democracy Party vs. Turkey*, TEDH 1999, párr. 173).⁴⁶

⁴⁵ El caso trata sobre la ejecución extrajudicial del entonces senador Manuel Cepeda Vargas, líder del partido Comunista Colombiano, y del partido político Unión Patriótica.

⁴⁶ En el mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que: “[T]he fact that [...] a political project is considered incompatible with the current principles and structures of [a] State does not mean that it infringes democratic rules. It is of the essence of democracy to allow diverse political projects to be proposed and debated, even those that call into question the way a State is currently organized, provided that they do not harm democracy itself”. *Case of Freedom And Democracy Party vs. Turkey* (TEDH 1999, párr. 41), *Case of Socialist Party and others vs. Turkey* (20/1997/804/1007) (TEDH 1998, párr. 47). En similar sentido Yatama (Corte IDH 2005b, párr. 201), OC 18/03 (Corte IDH 2003, 113, párr. 89) y OC 17/02 (Corte IDH 2002, 58, párr. 46).

En el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* sobre el despido de empleados públicos con motivo a su participación en una manifestación por reclamos laborales, la Corte analiza los artículos 15⁴⁷ y 16⁴⁸ de la CADH y menciona que:

Al considerar si se configuró o no en el caso en cuestión la violación de la libertad de asociación, ésta debe ser analizada en relación con la libertad sindical. La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad (Corte IDH 2001a, 99, párr. 156).

En esta sentencia se aclara que:

La libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse (Corte IDH 2001a, 100, párr. 159).

Respecto a la legitimidad de las restricciones a la libertad de asociación, la Corte sigue similares criterios a los que hemos desarrollado al

⁴⁷ Derecho de reunión.

⁴⁸ Libertad de asociación.

momento de analizar el alcance de las restricciones a los derechos políticos. En el caso del derecho de asociación el artículo 16 de la CADH establece específicamente que:

El ejercicio de la libertad de asociación sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás [y que] Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

En el caso *Huilca Tecse vs. Perú* con motivo de entender en el caso sobre la ejecución extrajudicial de un líder sindical peruano quien se desempeñaba como secretario general de la Confederación General de Trabajadores de ese país, la Corte señala que los términos del artículo 16 respecto al derecho a asociarse libremente:

[...] establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de asociarse libremente con otras personas, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho, lo que representa, por lo tanto, un derecho de cada individuo, [sino que] además gozan del derecho y la libertad de buscar la realización común de un fin lícito, sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad (Corte IDH 2005a, 25-6, párr. 69; Baena Ricardo, Corte IDH 2001a, 99-100, párrs. 156 y 159).⁴⁹

⁴⁹ La Corte reitera esta postura en los casos *Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú* (Corte IDH 2007a, 40, párr. 144) y *Kawas Fernández vs. Honduras* (Corte IDH 2009, 45, párr. 143).

La Corte se refiere a las dos dimensiones de la libertad de asociación,⁵⁰ y señala que:

En su dimensión individual [...] no se agota con el reconocimiento teórico del derecho a formar sindicatos, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para ejercer esa libertad [...] —y que— En su dimensión social [...] es un medio que permite a los integrantes de un grupo o colectividad laboral alcanzar determinados fines en conjunto y beneficiarse de los mismos (Corte IDH 2005a, 25-6, párrs. 69-71).

Citando la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte indica que el contenido de la libertad sindical, una forma de la libertad de asociación, implica la potestad de elección respecto de cómo ejercerla (Corte IDH 2005a, 27, párr. 77).⁵¹

Concluye en el caso que:

[...] la ejecución de un líder sindical, en un contexto como el del presente caso, no restringe sólo la libertad de asociación de un individuo, sino también el derecho y la libertad de determinado grupo a asociarse libremente, sin miedo o temor, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 16 tiene un alcance y un carácter especial. Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de asociación (Corte IDH 2005a, párr. 69).⁵²

⁵⁰ Para ello invoca su jurisprudencia *mutatis mutandis* en la OC 5/85 (Corte IDH 1985, 9 y 20, párrs. 30 y 70).

⁵¹ Con cita a: Eur. Court H.R. Plattform "Ärzte für das Leben" v Austria (TEDH 1988, párr. 32) y cfr. Eur. Court H.R. Gustafsson v Sweden (TEDH 1996, Reports 1996-II, párr. 45).

⁵² Véase también Baena Ricardo (Corte IDH 2001a, 100, párr. 159).

La CIDH, señaló que existe la obligación de los gobiernos frente a los derechos políticos y al derecho a la participación política, de permitir y garantizar la organización de todos los partidos políticos y otras asociaciones, “a menos que éstas se constituyan para violar derechos fundamentales”.⁵³

En el *Informe 67/06* (CIDH 2006, párr. 254) indica además que: “Tampoco es legítimo restringir el derecho de todo ciudadano a asociarse con el fin de cambiar el régimen político o el sistema político en un país, siempre y cuando esta asociación se lleve a cabo en un margen de respeto a la institucionalidad”, o como lo dice en el caso *Huilca Tecse* antes citado, con “un fin lícito”.

Así, en *Yatama* la Corte menciona que “Los partidos políticos y las organizaciones o grupos que participan en la vida del Estado, como es el caso de los procesos electorales en una sociedad democrática, deben tener propósitos compatibles con el respeto de los derechos y libertades consagrados en la Convención Americana”.

Es oportuno indicar que la OEA en sus resoluciones generales y la Comisión han condenado las actividades terroristas (OEA, AG/Res. 775 (XV-o-85), Res. 1043, entre otras).

En el caso *Kawas Fernández vs. Honduras* sobre el asesinato de la señora Kawas Fernández quien era presidenta de la Fundación ambientalista prolansate de ese país, la Corte reitera que la libertad de asociación sólo puede ejercerse en una situación en la que se respeten y garanticen plenamente los derechos humanos fundamentales, en particular los relativos a la vida y a la seguridad de las personas (Corte IDH 2009, 50-1, párr. 150).⁵⁴

⁵³ Véase Informe 67/06 (CIDH 2006, párr. 246), Informe anual 2002, Cuba (CIDH 2003, párr. 12), Informe Anual 1990-1991 (CIDH 1991, párr. 12).

⁵⁴ En igual sentido, *Huilca Tecse* (Corte IDH 2005, 26, párr. 75) y *Cantoral Huamaní* (Corte IDH 2007a, 40-1, párr. 146).

Órganos electorales

La Comisión ha indicado que es garantía de la “autenticidad” de las elecciones, el sistema legal e institucional de cada Estado. Por ello, la comisión se ha focalizado en sus distintos informes anuales y de país, en detectar la eventual manipulación de los procesos electorales a favor de quienes controlan las instituciones, quienes deciden sobre la validez del voto y cómo se controlan sus decisiones.

En los *informes 8/91 y 14/93* la Comisión señala que:

[...] es facultad del Estado determinar la naturaleza y modalidades que deben asumir tanto los organismos electorales como aquellos encargados de adoptar decisiones respecto a los reclamos que se presenten en materia electoral, siempre y cuando tales organismos, en sí mismos y en relación con el sistema en el que operan, garanticen el ejercicio de los derechos políticos a través de la independencia e imparcialidad con que desempeñen sus funciones (Informe 8/91, CIDH 1991b, párr. 51).⁵⁵

Agrega que:

Estos son los elementos [independencia e imparcialidad] que, a juicio de la Comisión Interamericana, debe contener la legislación en materia de derechos políticos a fin de que se adecue a las obligaciones contraídas por México bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Informe 8/91, CIDH 1991b, párr. 51).

La Comisión en sus informes anuales o de país ha efectuado distintas observaciones, respecto a la composición y funcionamiento del organis-

⁵⁵ En el caso se alegaba que la Ley Electoral del Estado de Nuevo León de México vulneraba el ejercicio de los Derechos Políticos, Informe 14/93 (CIDH 1993a, párr. 42).

mo electoral así ha señalado la necesidad de que exista una equitativa representación de los partidos políticos,⁵⁶ y con ello de los “necesarios controles institucionales que permiten garantizar la pureza de los actos electorales” (Informe Paraguay, CIDH 1987, párr. 106) y que ofrezca garantías de una actuación imparcial (Informe Panamá CIDH 1989). La Comisión ha atribuido a la falta de confianza en el funcionamiento del sistema como la causa de la escasa participación electoral del ciudadano.

En este sentido, en el *Informe 14/93*, respecto a la conformación de los órganos electorales, señaló que la independencia e imparcialidad de los mismos

[...] sólo es posible mediante la participación equitativa de todos los sectores de la vida política mexicana, lo cual exige una representatividad real, en condiciones de igualdad y equilibrio frente a los representantes del Gobierno que integran tales entidades” (CIDH 1993a, 8) —y que— [...] el modo de integración de los organismos electorales, no constituye, en sí mismo, una violación a la Convención Americana, pero es claro que si en éstos no existe un equilibrio que garantice la independencia e imparcialidad de los órganos, mal puede hablarse de una correcta aplicación de las leyes o de una valoración objetiva de las diferentes circunstancias puestas a su consideración. Es en este sentido que se requiere ajustar los organismos, según las preferencias de forma que cada Estado tenga, o los modelos que desee utilizar, pero siempre manteniendo unos parámetros de equidad —inspirados en los principios de la democracia representativa—, que permitan la participación de todos los sectores involucrados en la vida política de las naciones (CIDH 1993a, 8).

⁵⁶ Véase Informe El Salvador (CIDH 1978, párr. 153) e Informe Cuba (CIDH 1983, párr. 44-5 y 48).

En el *Informe 9/98* (CIDH 1998) sobre la denuncia de distintas irregularidades en las elecciones para gobernador del estado de Yucatán, México. Entre las cuestiones que se ventilan, los peticionantes habían alegado la parcialidad del Tribunal Electoral compuesto por cinco titulares y cinco suplentes designados por sorteo entre las propuestas de partidos políticos y organizaciones sociales, y el Tribunal Superior Electoral (TSE) conformado por tres magistrados designados por el Congreso del estado que por estar compuesto mayoritariamente por diputados del Partido Revolucionario Institucional (PRI) se habría designado a estos magistrados en forma parcializada. La Comisión resolvió la inadmisibilidad de la petición, por varias razones, entre ellas señaló que:

La Comisión considera que el hecho de que dos de los tres magistrados de dicho tribunal hayan sido designados de entre magistrados del Poder Judicial del Estado, los cuales a su vez, conforme al Código Electoral del Estado de Yucatán, hayan sido designados por el Congreso del Estado de Yucatán, no evidencia por sí sólo que en el caso bajo análisis dichos magistrados hayan actuado en forma parcializada. La Comisión presume, en principio y salvo pruebas concretas en contrario, que el Congreso del Estado de Yucatán, independientemente de la afiliación política de sus miembros, escogió como miembros del Tribunal Superior de Justicia del Estado (TSJ) a magistrados imparciales e independientes. Ello no quiere decir que esa presunción sea absoluta ni general, ni que eventualmente dichos magistrados no pudieran incurrir en actos violatorios del debido proceso. Sin embargo, es necesario que dicha determinación, como quedó establecido, sea debidamente probada con elementos específicos en el caso concreto (*Informe 9/98*, CIDH 1998).

Debido proceso electoral

El artículo 8 de la CADH, conforme lo indica la Corte

[...] se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.⁵⁷

Invocando la jurisprudencia Europea la Corte señaló que: “Las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la participación política, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”.⁵⁸

Ello tiene particular relevancia en materia electoral, como lo indica en el caso *Yatama*:

Las decisiones que emiten los órganos internos en materia electoral pueden afectar el goce de los derechos políticos. Por lo tanto, en dicho ámbito también se deben observar las garantías mínimas consagradas en el artículo 8.1 de la Convención, en cuanto sean aplicables al procedimiento respectivo (Corte IDH 2005b, 75, párr. 150).

Por ello, sin perjuicio del sistema electoral de cada Estado y de la naturaleza de los órganos electorales, en *Yatama* se reitera que:

Todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional tienen el deber de adoptar decisiones justas

⁵⁷ Yatama (Corte IDH 2005b, 75, párr. 147), Ivcher Bronstein (Corte IDH 2001c, 49, párr. 102), Baena Ricardo (Corte IDH 2001a), del Tribunal Constitucional (Corte IDH 2001b, 40, párr. 69) y OC 9/87 (Corte IDH 1987b, 8, párr. 27).

⁵⁸ Yatama (Corte IDH 2005b, 76, párr. 152) citando a la Corte Europea en casos *García Ruiz v. Spain*, TEDH 1999-I, y *Eur. Court H.R., Case of H. v. Belgium* (1987, párr. 53).

basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. El artículo 8.1 de la Convención, que alude al derecho de toda persona a ser oída por un ‘juez o tribunal competente’ para la ‘determinación de sus derechos’, es igualmente aplicable al supuesto en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos (Corte IDH 2005b, 75, párr. 149).⁵⁹

En ese sentido indicó en el caso *Yatama* que:

Las decisiones que emitió el Consejo Supremo Electoral incidieron directamente en el ejercicio del derecho a la participación política de las personas propuestas por el partido Yatama para participar en las elecciones municipales de noviembre de 2000, por cuanto se trataban de decisiones que les negaban su inscripción como candidatos, y la posibilidad de ser elegidos para determinados cargos públicos. La normativa nicaragüense ha asignado al Consejo Supremo Electoral el cumplimiento de funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional. Inclusive, el Estado en sus alegatos indicó que “la Ley en materia electoral le da al Consejo una función jurisdiccional [...] y por ello resolvió como un organismo judicial de última instancia, de acuerdo con la Constitución Política vigente” (Corte IDH 2005b, 75, párr. 151).

La Corte afirmó que:

Las decisiones que el Consejo Supremo Electoral emitió en materia electoral y que implicaban una afectación de los derechos políticos de las personas propuestas por Yatama como candida-

⁵⁹ También en casos *Ivcher Bronstein* (Corte IDH 2001c, 50, párrs. 104-5) y del Tribunal Constitucional (Corte IDH 2001b, 40, párr. 71).

tos para participar en las elecciones municipales de noviembre de 2000, debían estar debidamente fundamentadas, lo que implicaba señalar las normas en las que se fundamentaban los requisitos que estaba incumpliendo Yatama, los hechos en que consistía el incumplimiento y las consecuencias de ello (Corte IDH 2005b, 76, párr. 153).

Analizando las resoluciones en cuestión la Corte señala que en la primera de ellas en la que se indica que Yatama no cumple con un requisito para inscripción de candidatos

[...] no se hizo referencia alguna al incumplimiento de requisitos en que incurrió Yatama en la RAAS ni en la RAAN, lo cual creó inseguridad respecto de la aprobación de participación de sus candidatos. El Consejo no notificó a Yatama esta decisión, a pesar de que le afectaba por cuanto la exclusión del Partido de los Pueblos Costeños (PPC) podría tener consecuencias para la participación de los candidatos de Yatama en la RAAS. Tampoco se indicó que existiera problema alguno para la participación de los candidatos de Yatama en la RAAN (Corte IDH 2005b, 76, párr. 154) —y respecto a la segunda resolución señaló que— [...] El Consejo no indicó en qué municipios careció Yatama de representación —y que— No se indicó fundamentación alguna respecto de esta decisión (Corte IDH 2005b, 76, párr. 157).

Por último refiriéndose a la participación de candidatos propuestos por Yatama en la RAAN por extemporánea, la Corte señala que:

El Consejo Supremo Electoral no indicó si el ‘tiempo requerido consignado en la Ley Electoral’ que Yatama ‘no llen[ó]’ era el necesario para la obtención de la personalidad jurídica de Yatama como parti-

do político para participar en dichas elecciones, o el establecido en el calendario electoral para la presentación de la lista de candidatos (Corte IDH 2005b, 76, párr. 158).

En el caso *Yatama* la Corte se refiere además a la posibilidad de subsanación ante los incumplimientos en la inscripción de candidaturas y los defectos de notificación e indica que:

Al resolver que Yatama no cumplía los requisitos para la inscripción de sus candidatos en la RAAS y en la RAAN, el Consejo Supremo Electoral no otorgó a esa organización la oportunidad de subsanar la deficiencia existente. Tampoco se había notificado a Yatama la resolución que emitió el Consejo el 18 de julio de 2000 que excluyó de participar en las elecciones al PPC, partido que lideraba la alianza con Yatama en la RAAS, alianza que se encontraba pendiente de autorización por el Consejo Supremo Electoral. Un mes más tarde el Consejo dispuso que los candidatos propuestos por Yatama no podían participar porque no estaban satisfechos todos los requisitos para ello (Corte IDH 2005b, 77, párr. 162).⁶⁰

En el *Informe 14/93 la Comisión* indica además que: “No basta, pues, con una reglamentación legal sino que se requiere de una actitud positiva en su adecuada implementación, de acuerdo con los principios generalmente reconocidos, que deben regir en una democracia representativa” (CIDH 1993a).

⁶⁰ La Corte señala en el párrafo anterior al citado que el Consejo Supremo Electoral no respetó la garantía prevista en el artículo 84 de la Ley Electoral No. 331, que dispone: “[c]uando el Consejo Supremo Electoral de acuerdo con lo establecido en la presente Ley, deniegue una solicitud o rechace a un candidato por no llenar los requisitos de Ley, lo notificará al partido político o alianza de partidos dentro de los tres días siguientes a la resolución, para proceder a subsanar los defectos o a sustituir los candidatos”.

En el *Informe 119/99* la Comisión entendió en un caso en el cual el Jurado Nacional de Elecciones de Perú, había declarado improcedente por defectos de forma, la inscripción de la lista de candidatos al Congreso de la República encabezada por la señora Susana Higuchi Fujimori. El Jurado Nacional de Elecciones (JNE) luego de publicar la lista, había declarado de oficio improcedente la inscripción. La Comisión observó que se desconoció la posibilidad de subsanación prevista en la normativa vigente, de cualquier deficiencia en los expedientes de presentación de candidaturas, dentro de los cinco días siguientes de comunicada la observación (CIDH 1999a).

Señala la Comisión que:

[...] el referido artículo 86 de la Ley Orgánica Electoral no establece limitación alguna al plazo de cinco días dentro del cual los partidos o agrupaciones pueden subsanar las deficiencias ‘en los expedientes de presentación’. En consecuencia, cualquiera que fuese el método de interpretación que se aplique, resulta arbitrario, por irrazonable, concluir que el plazo de cinco días no rige para las agrupaciones que presentan las listas el último día —y que— El artículo 86, hace incompatible dicha disposición con los postulados de los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, al excluir la lista después de haber sido publicada en el diario ‘El Peruano’ durante tres días (Informe 119/99, CIDH 1999a, párrs. 49 y 51).

También en el *Informe 8/91* (CIDH 1991b, párr. 51), la Comisión entiende en una petición presentada por entonces diputados del estado de Nuevo León, México que alegan que la nueva Ley Electoral sancionada para el estado⁶¹ vulnera el ejercicio de los derechos políticos. Argumentan, entre otros, que la misma establece limitaciones en materia de prueba, ya que el Tribunal Electoral sólo puede considerar las documentales públicas, deja a

⁶¹ Ley de 1987.

juicio de las autoridades de la casilla electoral el cambio a último momento de su ubicación y que deja al gobierno del Estado la facultad de designar a la mayoría de los integrantes de todos los organismos electorales. En el informe la Comisión resolvió la admisibilidad de la petición y señaló que encuentra atendibles esas observaciones.

Además indicó que “El cumplimiento de la garantía de la fundamentación de las decisiones adoptadas en el proceso electoral de noviembre de 2000 era especialmente importante, tomando en cuenta que la Ley Electoral No. 331 que regía dicho proceso entró en vigencia aproximadamente 9 meses antes del día estipulado para la celebración de las elecciones, es decir, se trataba del primer proceso electoral que se realizaba bajo la vigencia de esa ley, la cual consagraba importantes modificaciones respecto de la ley anterior, tales como la eliminación de la figura de la asociación de suscripción popular y la nueva exigencia de que sólo se puede participar como candidato a través de un partido político.

Precedentes

Antes de los casos Yatama y Castañeda Gutman, la Corte IDH había abordado sólo tangencialmente algunas cuestiones respecto a los derechos políticos. A diferencia de la Comisión, que con sus informes viene abordando el tema de los derechos políticos y la democracia desde hace tiempo.

Elecciones, México (Informe 1/90, CIDH 1990b)

Se trata de irregularidades cometidas por el PRI en el proceso electoral. Tales como falsificación de las actas de escrutinio, empleo de fondos y otros recursos públicos, presiones para coartar la libertad de expresión, eliminación de personas de los padrones electorales, empadronamiento de personas inexistentes, creación y cancelación arbitraria de casillas electorales; y, durante el acto eleccionario, rellenado de urnas, apertura anticipada de casillas electorales, cambio de ubicación de casillas electorales, negativa

a reconocer representantes de partidos de oposición, fuerte presencia de militares y policías en el día de la elección cuyo control fue asumido por el gobernador del estado y por el presidente de la Comisión Estatal Electoral, ambos del PRI, encargados de la custodia del proceso y de las urnas.

La Comisión no se refirió a las situaciones de hecho alegadas porque no estuvo presente, pero al no existir un recurso para revisar las decisiones del organismo electoral recomendó al Estado adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivo el ejercicio de los derechos políticos.

Destacó, a su vez, que la competencia electoral se desarrolle con ausencia de coerciones directas o de ventajas indebidas y que las agrupaciones participen en condiciones equivalentes. Además, que los órganos electorales ofrezcan garantías de imparcialidad.

Monopolio de las candidaturas, Ríos Brito (Informe 26/88, CIDH 1988)

Se trata del monopolio partidario de las candidaturas en la legislación argentina.

La Comisión declaró el caso inadmisibles pero señaló que los partidos políticos son institutos necesarios para la democracia y, citando a Linares Quintana, destaca el rol que cumplen los partidos en el sistema democrático.

Además, destacó que las candidaturas independientes también se encuentran sujetas a determinados requisitos como la presentación de avales para su postulación.

Debido a que el cuerpo electoral está compuesto por miles de electores es necesario reglamentar el ejercicio del derecho a ser candidato.

Condiciones de inelegibilidad, Guatemala Ríos Montt (Informe 30/93 CIDH 1993b)

El caso trata sobre la negativa de las autoridades guatemaltecas de inscribir la candidatura del señor José Efraín Ríos Montt a presidente, basándose en un artículo de la Constitución de ese país que establece que no podrán optar a la presidencia de la república “El Caudillo ni los jefes de un golpe de Estado, revolución armada o movimiento similar que hay alterado el orden constitucional, ni quienes como consecuencia de tales hechos asuman la Jefatura de Gobierno”.

La Comisión concluyó en la consistencia con la Convención de esta condición de ilegibilidad al señalar que “[...] esta condición de inelegibilidad establecida por el artículo 186 de la Constitución de Guatemala es una norma constitucional consuetudinaria de firme tradición en la región centroamericana” (CIDH 1993b, 29). Reafirma que debe analizar en cada caso las circunstancias y situaciones jurídicas prevalecientes y el carácter restrictivo con que debe utilizar ese margen de apreciación el que debe ser concebido como tendente al refuerzo del sistema y sus objetivos (CIDH 1993b, 31).

Senadores vitalicios y designados, Andrés Alwin Azócar y otros (Informe 137/99, CIDH 1999b)

El caso trata sobre la figura de los senadores vitalicios (Pinochet) establecidos en la Constitución chilena.

La Comisión señaló que la figura de la senaduría vitalicia fue impuesta por un régimen de facto lo que implicó una autodesignación de Pinochet. Destaca, además que el Pacto no impone ningún sistema electoral concreto; todo sistema electoral vigente en un Estado parte debe ser compatible con los derechos amparados por el artículo 25 y garantizar y dar efecto a la libre expresión de la voluntad de los electores. Debe aplicarse el principio de un voto por persona y, en el marco del sistema electoral de cada uno de los Estados, el voto de un elector debe tener igual valor que el de otro. La

Comisión determina en el caso concreto, que estas figuras vulneran el derecho a la participación política y a la igualdad sin discriminación.

**Cupo Femenino, María Merciar di de Morini
(Informe 103/01, CIDH 2001)**

La Comisión aprobó un acuerdo de solución amistosa en este caso, basado en la nueva reglamentación sobre cupo femenino emitida por el Poder Ejecutivo Argentino y señaló que la consecución de la participación libre y plena de la mujer en la vida política es una prioridad para nuestro hemisferio.

**Electores-Representación Distrito de Columbia,
Statehood Solidarity Committee (Informe 98/03,
CIDH 2003b)**

La Comisión analizó la situación de las personas que viven en el Distrito de Columbia las que si bien reúnen los requisitos para votar en las elecciones federales y pueden depositar un voto por el Presidente de Estados Unidos no pueden votar para la elección ni elegir a miembros plenos de la Cámara de Representantes o el Senado, en el marco de los derechos políticos contemplados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El *fundamento* de la negativa a los peticionarios del derecho a votar para elegir miembros del Congreso radica en preocupaciones que existían cuando se negoció la Constitución de Estados Unidos, hace más de 200 años, en el sentido de que la sede del gobierno federal podría verse desproporcionadamente amenazada o de que la posición de un Estado podría robustecerse consiguientemente por colocar al Congreso dentro de un Estado, sin embargo “[...] al igual que con las demás protecciones de la Declaración Americana, la Comisión debe interpretar y aplicar los artículos II y XX en el contexto de las circunstancias y normas actuales”.

La Comisión reconoció el grado de deferencia que corresponde otorgar a los Estados en la organización de sus instituciones políticas para dar efecto al derecho al voto y a participar en el gobierno. La Comisión sólo debe interferir en los casos en que el Estado ha restringido la esencia y la eficacia misma del derecho de las personas a participar en su gobierno.

La Comisión concluyó que las restricciones del derecho de los peticionarios consagrado en el artículo XX a participar en su legislativo nacional ha sido limitado de tal manera que priva a los peticionarios de la esencia y eficacia mismas de ese derecho, sin adecuada justificación de parte del Estado para esta restricción. A juicio de la Comisión, priva a los peticionarios de la esencia misma del gobierno representativo, a saber, que el derecho a gobernar reside en el pueblo gobernado.

Libertad de expresión y campañas electorales, Ricardo Canese vs. Paraguay (Corte IDH 2004b)

En el caso Canese había sido condenado por el delito de difamación en el marco de una campaña electoral. El señor Ricardo Canese cuestionó la idoneidad e integridad del señor Juan Carlos Wasmosy, también candidato a la presidencia, al señalar que “fue el prestanombre de la familia Stro[e]ssner en Consorcio de Empresas Constructoras Paraguayas”.

La Corte analizó el alcance del derecho a la libertad de expresión en el marco de las campañas electorales, como prerequisite indispensable en una democracia participativa. Señaló que la formación de la voluntad colectiva mediante el ejercicio del sufragio individual se nutre de las diferentes opciones que presentan los partidos políticos a través de los candidatos que los representan. Respecto de las declaraciones públicas efectuadas en el marco de una contienda electoral, destacó que debe existir un mayor margen de tolerancia frente a afirmaciones y apreciaciones vertidas en el curso de los debates políticos o sobre cuestiones de interés público.

Participación política, caso Yatama vs. Nicaragua (Corte IDH 2005b)

La controversia se origina en una resolución del Consejo Supremo Electoral de Nicaragua (CSE), que impide a un partido político Yatama, representativo de grupos indígenas de la zona atlántica de ese país, participar en las elecciones municipales de noviembre de 2002, debido a las reformas introducidas a la Ley Electoral.

La Corte destacó la importancia de la participación política y sostuvo que el Estado debe asegurar la participación política de grupos de la sociedad tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales. La participación mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.

No se puede limitar el alcance pleno de los derechos políticos de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de la Convención se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria dicha participación, privando a tales derechos de su contenido esencial.

Sobre el monopolio de las candidaturas de los partidos señaló que no existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político. No se desconoce la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, pero se reconoce que hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales, cuya legitimidad ha sido reconocida e incluso se halla sujeta a la protección explícita

del Estado. Incluso, la Carta Democrática Interamericana señala que para la democracia es prioritario el fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas.

Monopolio de las candidaturas, caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos (Corte IDH 2008b)

El señor Castañeda Gutman había presentado al Consejo General del IFE de México una solicitud como candidato independiente al cargo de presidente para las elecciones del 2 de Julio de 2006, invocando el artículo 35 fracción II de la Constitución mexicana que establece como prerrogativas del ciudadano “Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley”. Esa solicitud fue rechazada en virtud de, entre otras disposiciones, el artículo 175 del Cofipe “corresponde únicamente a los partidos políticos nacionales el derecho de solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular” y jurisprudencia del TRIFE del 25 de octubre de 2001 que señala que:

[...] “no resulta inconstitucional ni violatoria del derecho internacional la negativa del registro como candidato independiente con base en [una disposición legal que establece] que sólo los partidos políticos tienen derecho a postular candidatos a los cargos de elección popular [...]”. El IFE afirmó que “[e]l derecho a ser postulado y ser votado para ocupar un cargo de elección popular a nivel federal, sólo puede ejercerse a través de alguno de los partidos políticos nacionales que cuenten con registro ante el Instituto Federal Electoral”.

La Corte volvió a analizar si la exclusividad de nominación de candidatos a cargos federales por parte de los partidos políticos, concluyó en el caso que no se encuentra probado que el sistema de registro de

candidaturas a cargo de partidos políticos en México, constituya una restricción ilegítima para regular el derecho a ser elegido previsto en el artículo 23.1.b de la Convención Americana y que por tanto no se constata una violación al artículo 23 de la CADH.

Para ello, descartó la identidad entre las circunstancias de hecho y el conflicto jurídico subyacente con el caso Yatama.

En la oportunidad para determinar si se trata del medio menos restrictivo para regular el derecho a ser votado la Corte ponderó que:

Ninguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de partidos políticos y el que permite candidaturas independientes, resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en términos de regular el derecho a ser elegido consagrado en su artículo 23 de la Convención —y agrega que— [...] ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales.

Este caso es relevante en materia de derechos políticos porque la Corte estableció criterios para determinar la convencionalidad de las restricciones en el ámbito interno. Destacando que la Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo con los principios de la democracia representativa.

Fuentes consultadas

- CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 1978. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Salvador, 1978. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/ElSalvador78sp/indice.htm> (consultada el 9 de marzo de 2011).
- . 1980a. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina 1980. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Argentina80sp/indice.htm> (consultada el 9 de marzo de 2011).
- . 1980b. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1979-1980 (2 de octubre de 1980). Disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/79.80sp/indice.htm>
- . 1983. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Cuba. Séptimo informe, 1983. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Cuba83sp/indice.htm> (consultada el 9 de marzo de 2011).
- . 1986. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/85.86span/Indice.htm> (consultada el 9 de mayo de 2011).
- . 1987. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, 1987. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Paraguay87sp/indice.htm> (consultada el 9 de marzo de 2011).
- . 1988. Informe 26/88. Caso 10109 Argentina, 13 de septiembre de 1988. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/87.88sp/Argentina10.109.htm> (consultada el 9 de marzo de 2011).
- . 1989. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Panamá, 1989. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Panama89-sp/indice.htm> (consultada el 9 de marzo de 2011).
- . 1990a. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Haití. 1990. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Haiti90-sp/indice.htm> (consultada el 11 de mayo de 2011).

- . 1990b. Informe 1/90 casos 9768, 9780 y 9828, México, 17 de mayo de 1990. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/89.90span/Cap3d.htm> (consultada el 11 de mayo de 2011).
- . 1991a. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1990-1991. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/90.91sp/Indice.htm> (consultada el 10 de mayo de 2011).
- . 1991b. Informe 8/91 caso 10.180, Estado de Nuevo León c. México, 22 de febrero de 1991. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/90.91sp/Mexico10180.htm> (consultada el 10 de marzo de 2011).
- . 1993a. Informe 14/93 caso 10.956, Luis Felipe Bravo Mena c. México, 7 de octubre de 1993. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III.mexico10.956.htm> (consultada el 10 de mayo de 2011).
- . 1993b. Informe 30/93 caso 10.804, José Efraín Ríos Montt c. Guatemala, 12 de octubre de 1993. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III.guatemala10.804.htm> (consultada el 10 de mayo de 2011).
- . 1998. Informe 9/98 caso 11.537, Luis Humberto Correa Mena y Otros c. México, 1998. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Mexico11.537.htm> (consultada el 9 de marzo de 2011).
- . 1999a. Informe 119/99 caso 11.428, Susana Higuchi Miyagawa c. Perú, 1999. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Peru11.428.htm> (consultada el 8 de marzo de 2011).
- . 1999b. Informe 137/99, caso 11.863 Andrés Aylwin Azócar y otros c. Chile, 27 de diciembre de 1999. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Chile11.863.htm> (consultada el 10 de mayo de 2011).

- . 1999c. Informe Anual (13 de abril de 2000). Disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/indice.htm>.
- . 2003a. Informe Anual 2002. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/indice.htm> (consultada el 11 de mayo de 2011).
- . Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2003b. Informe 98/03 caso 11.204, Statehood Solidarity Committee c. Estados Unidos, 29 de diciembre de 2003. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/EEUU.11204.htm> (consultada el 10 de mayo de 2011).
- . 2006. Informe 67/06. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Cuba12476sp.htm> (consultada el 11 de mayo de 2011).
- . Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2009a. Informe Honduras: Derechos Humanos y Golpe de Estado, 30 de diciembre de 2009. Disponible en: <http://cidh.org/countryrep/Honduras09sp/Indice.htm> (consultada el 11 de mayo de 2011).
- . 2009b. Informe Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. 30 de diciembre de 2009. Disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/Venezuela2009sp/VE09.indice.sp.htm> (consultada el 11 de mayo de 2011).
- Corte IDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1984. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC- 4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.
- . 1985. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana de Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC- 5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf (consultada el 9 de mayo de 2011).

- . 1986a. La expresión “leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC 6/86. 1986 Serie A No. 6. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf (consultada el 11 de mayo de 2011).
- . 1986b. Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC- 7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.
- . 1987a. El Hábeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC- 8/87. 1987 Serie A No. 8. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf (consultada el 9 de mayo de 2011).
- . 1987b. Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana de Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC- 9/87. 1987. Serie A No. 9. http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf (consultada el 9 de mayo de 2011).
- . 1988. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf (consultada el 10 de mayo de 2011).
- . 1993. Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93. 1993 Serie A No. 13. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf (consultada el 9 de mayo de 2011).
- . 2000. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf (consultada el 8 de marzo de 2011).

- . 2001a. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf (consultada el 8 de marzo de 2011).
- . 2001b. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf (consultada el 11 de mayo de 2011).
- . 2001c. Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf (consultada el 10 de marzo de 2011).
- . 2001d. Caso “La última tentación de cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf (consultada el 7 de marzo de 2011).
- . 2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02. 2002 Serie A No. 17. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf (consultada el 9 de mayo de 2011).
- . 2003. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC- 18/03. 2003. Serie A No. 18. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf (consultada el 10 de mayo de 2011).
- . 2004a. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf (consultada el 11 de mayo de 2011).
- . Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2004b. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf (consultada el 11 de mayo de 2011).

- 2005a. Caso Huilca Tecse vs. Peru. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_121_esp.pdf (consultada el 10 de marzo de 2011).
- 2005b. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf (consultada el 11 de mayo de 2011).
- 2005c. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf (consultada el 7 de marzo de 2011).
- 2007a. Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú, sentencia de 10 de julio de 2007. Serie C No. 167. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_167_esp.pdf (consultada el 10 de marzo de 2011).
- 2007b. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Sentencia de 21 de septiembre de 2007. Serie C No. 170. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf (consultada el 9 de marzo de 2011).
- 2008a. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf (consultada el 9 de mayo de 2011).
- 2008b. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 6 de Agosto de 2008. Serie C No. 184. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf (consultada el 11 de mayo de 2011).

- . 2008c. Caso Kimel vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf (consultada el 7 de marzo de 2011).
 - . 2009. Caso Kawas Fernández vs. Honduras. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_196_esp.pdf (consultada el 10 de marzo de 2011).
 - . 2010a. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C No. 212. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf (consultada el 10 de mayo de 2011).
 - . 2010b. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Sentencia 26 de Mayo de 2010. Serie C No. 213. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf (consultada el 10 de mayo de 2010).
- TEDH. Corte Europea de Derechos Humanos. 1999. AFFAIRE PARTI DE LA LIBERTÉ ET DE LA DÉMOCRATIE (ÖZDEP) c. TURQUIE (*Requête n° 23885/94*). 8 decembre 1999. Disponible en: <http://portales.te.gob.mx/internacional/sites/portales.te.gob.mx.internacional/files/Case%20of%20Freedom%20and%20Democracy%20Party%20vs%20Turkey,%20Corte%20Europea%20de%20Derechos%20Humanos.PDF> (consultada el 10 de marzo de 2011).

La reforma del derecho de voto en España

The reform of the right to vote in Spain

Miguel Ángel Presno Linera*

Fecha de recepción: 5 de abril de 2011

Fecha de aceptación: 26 de agosto de 2011

RESUMEN

En este artículo se analizan las exigencias previstas en el derecho español —Constitución y ley electoral— para la determinación de la titularidad del derecho de voto, entendido como derecho esencial para la democracia. El autor concluye que la clave está en considerar la residencia y no la nacionalidad como la base para la atribución del derecho de participación política y por tanto, primero, el derecho de voto tendría que reconocerse, en todo tipo de elecciones, a los extranjeros residentes y, segundo, los españoles que residan de manera prolongada en el exterior no deberían participar en las elecciones en España.

PALABRAS CLAVE: derecho electoral, derecho de voto, nacionalidad, ciudadanía, derechos de los extranjeros.

* Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo, acreditado como catedrático. Correo electrónico presno@uniovi.es; blog jurídico <http://presnolinera.wordpress.com>; página de internet <http://www.uniovi.es/constitucional/miemb/presno.htm>.

ABSTRACT

The paper analyzes the requirements established in the Spanish Legal System (Constitution and Spanish Electoral Acts) in order to determine which subjects are entitled to vote in an election, understanding that this right is absolutely essential in a democracy. The author supports the idea that it is necessary to consider “residence”, and not “nationality”, as the legal basis that defines who is entitled with the right to participate in politics. From this perspective, the paper concludes, on one hand, that voting rights should be recognized to foreign residents in all elections. On the other hand, the author suggests that Spanish nationals which are living abroad since a long period of time should not participate in the Spanish elections.

KEYWORDS: electoral law, the right to vote, nationality, citizenship, rights of aliens.

Presentación y antecedentes

El 29 de enero de 2011, se publicaron en el Boletín Oficial del Estado español nº 25 Y las Leyes Orgánicas 2/2011 y 3/2011, ambas de 28 de enero, que han introducido diversas reformas en la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General.

En el origen de estos cambios legales se encuentra, en primer lugar, la encomienda de 27 de junio de 2008 por la que el gobierno solicitó al Consejo de Estado la elaboración de un informe sobre las principales propuestas de reforma del régimen electoral general que estaban siendo objeto de debate político y doctrinal, analizando en particular tanto su ajuste al marco constitucional como su funcionalidad para el conjunto del sistema.

En términos literales, en el escrito remitido por el gobierno al Consejo de Estado se decían, entre otras, las siguientes cosas:

...El Gobierno es plenamente consciente de que el régimen electoral es una pieza clave del Estado constitucional puesto que habilita la participación política de los ciudadanos, transforma sus votos en escaños y, en definitiva, hace operativo el principio democrático en las instituciones del Estado. De ahí que el Gobierno considere que cualquier reforma de la legislación electoral sólo puede abordarse desde el máximo consenso entre todas las fuerzas políticas y dentro del marco constitucionalmente establecido.

Sentadas estas premisas, en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como uno de sus valores superiores el pluralismo político, todas las instituciones y todos los responsables políticos están obligados a prestar la debida atención a las continuas necesidades de actualización del sistema electoral y a las propuestas encaminadas a su perfeccionamiento.

En consecuencia, el Gobierno considera adecuado y conveniente el examen y la valoración de aquellas propuestas de reforma de la legislación electoral que, siendo compatibles con la Constitución,

contribuyan a incrementar la calidad democrática del sistema político y a facilitar el ejercicio del derecho al sufragio por los ciudadanos (Consejo de Estado 2009).

La habilitación normativa para atender esta petición data de la Ley Orgánica 3/2004, de 28 de diciembre, que atribuyó al Consejo de Estado la competencia para realizar a solicitud del gobierno “estudios, informes y memorias” e incluso “propuestas de reforma legislativa o de reforma constitucional” (artículo 2.3). Y se encuentran precedentes al informe que nos ocupa en el relativo a las modificaciones de la Constitución española, de 16 de febrero de 2006 (Consejo de Estado 2006), y en el realizado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008 (Consejo de Estado 2008).

No obedece a la casualidad que todos estos informes versen sobre asuntos de extraordinaria relevancia constitucional y política, y se refieran a cuestiones sobre las que existe una importante controversia académica y, lo que obviamente es más trascendente, un profundo desacuerdo entre las principales formaciones políticas, en particular en lo que respecta a las modificaciones constitucionales y electorales.

La Comisión de Estudios del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 24 de febrero de 2009, aprobó, por unanimidad, el informe que analiza, de forma pormenorizada,

I. El marco general de la participación política en la Constitución; II. El derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales; III. El voto de los españoles residentes en el exterior; IV. El sistema electoral del Congreso de los Diputados; V. La circunscripción electoral en las elecciones al Parlamento Europeo; VI. La elección de los alcaldes, y VII. Otras cuestiones.

En segundo término, pero relacionado con lo anterior, han de mencionarse los trabajos parlamentarios desarrollados en el seno de la subcomisión creada dentro de la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, y cuyo origen fue un compromiso formal contraído por el presidente del gobierno en el debate de investidura para estudiar y evaluar las cuestiones relacionadas con la mejora del régimen electoral general.

No obstante, ya desde el primer momento se apuntaron discrepancias entre los principales partidos políticos acerca del alcance y contenido de la futura reforma electoral: para el Partido Socialista Obrero Español era prioritario reformar el voto de los españoles residentes en el extranjero en las elecciones municipales; el Partido Popular pretendía un cambio del sistema de voto y de su asignación a las circunscripciones en relación con los españoles ausentes; los partidos de implantación general, pero con menos escaños, abogaban por una mayor proporcionalidad del sistema, y para los nacionalistas catalanes y vascos era prioritario modificar la circunscripción única nacional en las elecciones al Parlamento Europeo introduciendo circunscripciones de ámbito autonómico.

Este entramado de propuestas se formulaba sobre una normativa electoral muy asentada y que, con el fin de alcanzar la estabilidad gubernamental, ha favorecido a los dos partidos mayoritarios: el Partido Socialista y el Partido Popular, que de esta manera han venido gobernando España desde 1982, con sólidas mayorías parlamentarias.

No en vano, el punto de partida del régimen electoral español —entendido como el compuesto por las normas válidas para el conjunto de las instituciones representativas, sean del Estado o de las entidades territoriales en las que se organiza— se remonta a los años de la transición política a la democracia; en concreto a la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política y al Real Decreto-Ley sobre normas electorales, de 18 de marzo de 1977. La consolidación de este régimen se producirá, primero, en la Constitución de 1978; en segundo lugar, en los Estatutos de Autonomía; luego arraigará en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, finalmen-

te, en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (LOREG), en cuya Exposición de Motivos se admite sin pudor que la renovación no es en modo alguno radical, “debido a que el propio texto constitucional acogió los elementos esenciales del sistema electoral contenidos en el Real Decreto-Ley”.

En suma, el camino de las reformas legales que culminaron en enero de 2011 fue desbrozado en el Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General, de 24 de febrero de 2009, y el trabajo parlamentario.

En las líneas siguientes no se hablará de todos los cambios, sino de los más directamente relacionados con el ejercicio del derecho al sufragio, y se abordará la práctica desarrollada por el gobierno español de utilizar instrumentos jurídicos internacionales (acuerdos, canjes de notas) para permitir el ejercicio del sufragio en España de extranjeros cuyo país no pertenezca a la Unión Europea, al tiempo que se favorecía la participación electoral de los españoles residentes en dichos países.

Lo que no se aprobó ni discutió: la reducción de la mayoría de edad electoral

Una de las cuestiones que no se aprobó y ni siquiera fue discutida es la relativa a una eventual rebaja de la mayoría de edad electoral. No deja de llamar la atención esta ausencia sobre una cuestión que, en la línea de los criterios empleados por el gobierno a la hora de orientar el contenido del Informe del Consejo de Estado, se incluyó, al menos, en los programas electorales de Izquierda Unida e Iniciativa per Catalunya-Verds para los comicios del año 2004, y que también ha sido tratada académica e institucionalmente (Presno 2003a, 135). La sorpresa es mayor si se compara con el continuo debate académico y, sobre todo, político a propósito de la reducción de la edad penal o de las decisiones que puede adoptar una persona con 16 años respecto de su salud y los tratamientos médicos a recibir.

Cabe recordar que en algunos ordenamientos es la propia Constitución la que ha establecido la mayoría de edad electoral. Como ejemplo están,

en Europa, el artículo 38 de la Constitución alemana, 61 de la de Bélgica, 57.1 de la de Estonia, 14.1 de la de Finlandia, 16.2 de la de Irlanda, 50 de la de Noruega, 48.2 de la de Portugal, 18.3 de la Constitución de la República Checa, y 2 del Capítulo III de la de Suecia; en América, el artículo 13 de la Constitución chilena, la Enmienda XXVI de la Constitución de Estados Unidos o el artículo 30 de la Constitución peruana. En México, como es bien conocido, la condición de elector (artículo 35 de la Constitución) está vinculada a la ciudadanía, que a su vez requiere el cumplimiento de los 18 años (artículo 34).

En otros casos, como sucede en España, es el legislador electoral el que ha fijado esa edad en los 18 años.

Es también conocido que la exigencia de una edad mínima para el ejercicio del sufragio es coherente con su configuración como instrumento para la participación política de la persona, que requiere la capacidad para autodeterminarse, para intervenir en la formación de las diferentes opciones políticas y para poder pronunciarse sobre ellas, lo que puede hacerse si se cuenta con capacidad suficiente para discernir entre unas y otras propuestas.

La capacidad plena electoral debe ser coherente con la capacidad para el ejercicio de otros derechos de impronta similar, como los de reunión y manifestación, el derecho de asociación, la libertad de expresión o la elección de los representantes sindicales. Y es que si se garantiza y promueve el ejercicio de estos derechos para los menores de 18 años, no parece que existan motivos democráticamente aceptables para excluir al sufragio. Conviene recordar que, además de ejercer otros derechos políticos, con 16 años se puede trabajar o contraer matrimonio y, en España, a esa edad una mujer tiene plena capacidad para decidir acerca de la interrupción voluntaria de su embarazo.

Por otra parte, no debe olvidarse que la reducción de la edad para la emisión del voto ha sido una constante a lo largo de la historia —en España

hasta 1931 la edad electoral era 25 años; en 1931 se rebajó a 23 y en 1977 a 18— y sirve para fomentar el desarrollo de la participación política, tanto desde el punto de vista del individuo como desde la perspectiva de la sociedad política en la que dicho individuo está integrado y a cuya existencia contribuye. En Austria, tras la reforma legal del 1 de julio de 2007, el ejercicio del sufragio en las elecciones legislativas y del Parlamento Europeo se ha situado en los 16 años, edad en la que también lo han establecido varios cantones suizos.

En esta línea, la Constitución de Nicaragua atribuye la condición de ciudadano a la persona con 16 años, y las de Brasil y Ecuador establecen el sufragio voluntario entre los 16 y 18 años. Es posible también que una circunstancia personal —estar o haber estado casado— se equipare a la mayoría de edad a efectos de presunción de capacidad electoral, como sucede en la Constitución de la República Dominicana.

En España, esta reducción de la edad electoral no requiere —en mi opinión— una reforma constitucional que modifique el artículo 12, en el que se prevé que los españoles son mayores de edad a los 18 años. Ese precepto establece la presunción de que por encima de esa edad todos los ciudadanos tienen la capacidad intelectual necesaria, lo que excluye la posibilidad de que el legislador que desarrolle el derecho fundamental pueda imponer un sufragio capacitario para intervenir en los asuntos públicos; pero por debajo de esa edad no se debe deducir en general una regla restrictiva de la eficacia de los derechos fundamentales, lo que resulta coherente con la consideración de la minoría de edad como un proceso durante el cual la psicología de la persona se va formando y, con ello, su capacidad de autodeterminación.

El derecho de sufragio de los extranjeros residentes

En las páginas siguientes me centraré en el derecho de sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales —no afectado por las reformas legales de 2011—; más adelante, me detendré en el análisis del voto de los españoles residentes en el extranjero —modificado en 2011—. Es importante que al estudiar estos dos puntos se traiga al primer plano una idea clave: la progresiva disociación entre nacionalidad y ciudadanía, y es que, como se pone de relieve en la página 44 del Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del Régimen Electoral General,

si el derecho de sufragio en las elecciones municipales se distancia de la nacionalidad para vincularse a la residencia, una coherente aplicación de tal principio llevaría a que los extranjeros residentes en España votaran en el municipio de su residencia y no en el de su nacionalidad; pero también que los españoles que residen en el extranjero votaran en el país en el que residen, y no en España, al menos mientras no vuelvan a residir aquí.¹

Suele creerse que la historia del derecho de sufragio consiste en una constante e imparable extensión, pero lo cierto es que está jalonada por avances y retrocesos, por inclusiones y exclusiones. Estados Unidos constituye un buen ejemplo, pues aunque en los siglos XIX y XX se añadieron tres enmiendas para extender el sufragio a distintas categorías de nacionales (la Enmienda XV, en 1870, para garantizar el voto de los negros; la Enmienda XIX, en 1920, para el sufragio de las mujeres, y la Enmienda XXVI, en 1971, para el voto de los nacionales de 18 años),² en el caso de los

¹ Sobre la doctrina constitucional española, pueden verse las siguientes contribuciones: Aláez 2006, Aja y Díez 2000, Aja 2009, García 2007, Massó 1997, Moya y Viñas 2010, Presno 2003a, Rodríguez 1997, Santaolaya y Reventa 2007 y Santaolaya y Díez 2008.

² Sobre este proceso, véanse Keyssar 2000 y Hayduk 2006.

extranjeros, su derecho al sufragio fue reconocido en las constituciones de numerosos estados durante décadas, pero desapareció en 1926, año en el que se cambió la Constitución de Arkansas, el último estado en abolir ese derecho, todo ello con el aval del Tribunal Supremo.³

Uno de los motivos tradicionales de exclusión de los extranjeros ha sido el temor al menoscabo que podría sufrir la soberanía nacional con la intervención, en la formación de las decisiones políticas, de los nacionales de otro país. En la actualidad no se ha conseguido superar esta prevención y —salvo algunos casos como Chile, Uruguay, Nueva Zelanda y Ecuador— la abstracción de la condición de extranjero se ha admitido, a lo sumo, en las elecciones locales, precisamente por entender que en ellas no se adopta una decisión política que tenga que ver con el ejercicio de las funciones soberanas, reservadas a los nacionales.⁴ Determinados estados van algo más allá al permitir la participación de los extranjeros en elecciones de ámbito regional.⁵

El caso español no ofrece dudas de que la Constitución ha limitado la intervención política de los extranjeros a las elecciones municipales, y la cuestión que ahora interesa es la de los nacionales de países que no forman parte de la Unión Europea, puesto que los ciudadanos de la Unión tienen ya reconocido el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones

³ Hace más de un siglo que el Tribunal Supremo concluyó que los estados pueden conceder el derecho de sufragio a los que son sólo ciudadanos del estado, aunque no sean ciudadanos de Estados Unidos (ts 1904); si bien ya no es así, numerosos estados otorgaron el sufragio a residentes que no eran ciudadanos de Estados Unidos; como dijo expresamente ese Tribunal en *Snowden v. Hughes*, 321 U.S. 1, 7 “The right to become a candidate for state office, like the right to vote for the election of state officers, ...is a right or privilege of state citizenship, not of national citizenship ...” (ts 1943).

⁴ Para una perspectiva amplia de la cuestión, véase la exposición comparada, que incluye el análisis de 32 ordenamientos europeos y cuatro no europeos —Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda— (Waldrauch 2005).

⁵ Como sucede con la Constitución Bolivariana de Venezuela, que extiende el sufragio a las elecciones al Poder Legislativo de cada estado (artículo 64): “el voto para las elecciones parroquiales, municipales y estatales se hará extensivo a los extranjeros o extranjeras que hayan cumplido dieciocho años de edad, con más de diez años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y en la ley, y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política”.

municipales del estado en el que residan (artículo 19 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea).

En su informe, el Consejo de Estado entra en el núcleo de la cuestión al ocuparse de los fundamentos que, en su caso, justificarían una extensión del derecho de sufragio en las elecciones municipales y al hacerlo se va intuyendo la simpatía del Consejo con esa eventual ampliación. Entre los argumentos mencionados —aunque no explícitamente asumidos en el informe— están las exigencias del principio democrático, favorecer la integración de los extranjeros, la garantía de la dignidad humana y “la progresiva disociación entre nacionalidad y ciudadanía” (Congreso de Estado 2009).

En la misma línea de la extensión se invocan documentos internacionales y supranacionales de variada significación y alcance: el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo n° 593/2003, sobre “Incorporación a la ciudadanía de la Unión Europea”; la Comunicación de la Comisión sobre Programa Común para la Integración-Marco para la integración de los nacionales de terceros países en la Unión Europea, COM (2005) 389, de 1 de septiembre de 2005; el Convenio sobre Participación de extranjeros en la vida pública en el ámbito local, adoptado en 1992 (y no firmado por España a pesar de la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2003); los trabajos de la llamada Comisión de Venecia (European Commission for Democracy through law).

El resultado es contundente:

el reconocimiento del derecho al voto a los extranjeros residentes no es en absoluto una práctica excepcional, sino, antes al contrario, una tendencia progresiva, especialmente en los Estados con democracias más estables y de mayor tradición democrática (Consejo de Estado 2009, 60).

También es cierto que ese reconocimiento

es, generalmente, limitado y condicionado. Limitado, en el sentido de que se ciñe —en la mayoría de los casos— a la participación en las elecciones locales y son pocos los Estados que lo extienden a elecciones estatales o nacionales. Pero también en cuanto que la extensión del reconocimiento es desigual por lo que se refiere al derecho de sufragio activo y al sufragio pasivo, de forma que, al margen de la experiencia interna de la Unión Europea (de la ciudadanía de la Unión), está más generalizado el derecho al voto que el derecho a ser elegible.

Y es condicionado el reconocimiento, por cuanto se exige el cumplimiento de unos requisitos, como la residencia legal previa o permanente. Con carácter general, se exige la residencia legal, lo que puede traducirse en la necesaria inscripción en un registro o en la posesión de una tarjeta de residente. Y, con frecuencia, se requiere también un periodo previo de residencia que suele oscilar entre los dos y los cinco años, a veces ininterrumpida o continuada (Consejo de Estado 2009).

En el caso de los países de la Unión Europea, son mayoría los estados en los que se reconoce a nacionales de terceros estados (no miembros) el derecho de sufragio activo o pasivo en las elecciones municipales (Bélgica, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Finlandia, Hungría, Irlanda, Lituania, Luxemburgo, Holanda, Suecia, Portugal y Reino Unido); no obstante, algunos de ellos limitan el reconocimiento al sufragio activo. Por el contrario, el derecho de sufragio sigue reservado a los nacionales (y ciudadanos de la Unión) en Alemania, Austria, Bulgaria, Chipre, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Polonia y Rumania (y, con peculiaridades, Malta y República Checa).

En cuanto a los periodos de residencia previa exigidos, oscilan entre los cinco años (Bélgica, Estonia, Lituania, Luxemburgo y Holanda) y los tres años (Dinamarca y Suecia), aunque en algunos casos no se exige

residencia previa (Hungría e Irlanda), o se establecen periodos variables en función del estado de origen y del sufragio activo o pasivo (Portugal, Reino Unido y Finlandia).

Aunque se acaba de constatar que en el ámbito europeo son mayoría los estados que permiten el sufragio de los extranjeros en los comicios municipales, siguen quedando excluidos de los regímenes electorales regionales y estatales, a pesar de que —a mi juicio— la democratización de los procesos políticos internos e internacionales, la globalización incontenible y el flujo constante de personas de unos países a otros, convierten en perversas y anacrónicas estas exclusiones, y reclaman una mayor extensión de los derechos políticos a los no nacionales;⁶ en suma, una caracterización de la ciudadanía más dinámica y abierta tanto en el ámbito personal de sus beneficiarios como en el material de su contenido.

En un estado democrático los ciudadanos deben serlo por su relación jurídica con el estado, por el conjunto de derechos y obligaciones que integran dicha relación, que no es la consecuencia, sino el presupuesto de la ciudadanía. Cuando el estado admite que un individuo tenga la condición de residente, surge una relación integrada por un conjunto de obligaciones jurídicas y de derechos subjetivos que tendría que desembocar en una posición jurídica unitaria: la de ciudadano. De esta manera, se puede concebir la ciudadanía como una relación jurídica y no como un concreto *status* de la persona.⁷ Y esta democracia basada en la igualdad formal, al permitir una mayor aproximación entre gobernados y gobernantes, debe convertirse en un modelo a emplear en todas las esferas de poder político del Estado.

Sin embargo, en España, al igual que en otros muchos países, la teoría de los *status* todavía se sigue aplicando en materia de derechos políticos

⁶ Me he ocupado de esta cuestión en “La participación política como forma de integración” (Presno 2003a, 93).

⁷ La teoría de los *status* mantiene en esencia los rasgos dibujados por Georg Jellinek (1919) en su *System der subjektiven öffentlichen Rechte*.

y, en general, en otros ámbitos del ordenamiento.⁸ El *status* que presupone su titularidad es el de nacional.

Seguimos, pues, todavía inmersos en una concepción “nacional” de la ciudadanía; en la teoría de los *status* (nacional/extranjero), que trae causa de la consideración del “pueblo del que emanan todos los poderes del Estado” como el pueblo formado por las personas que tienen una concreta nacionalidad. Se asume así un concepto prejurídico de “pueblo”, entendido como esencia previa al ordenamiento constitucional, que éste no puede sino sancionar y convertirlo así en una categoría jurídica, cuando en términos normativos lo que sea el pueblo viene determinado por la existencia de un ordenamiento diferenciado, de un Estado. Y éste podría fijar que “su pueblo” lo integran el conjunto de personas sometidas a ese ordenamiento y que, por ese motivo, participan en una relación jurídica que surge a partir de la estancia continuada de los individuos en el territorio sobre el que se aplica tal ordenamiento.⁹

Debe recordarse que el ordenamiento, entendido desde una perspectiva normativa (Kelsen 1966), no considera a los individuos en cuanto tales como el contenido de las normas jurídicas, sino que atribuye esa condición a los hechos conectados a una conducta humana, en nuestro caso a la residencia continuada en un determinado territorio. Si se acepta la premisa que aquí se propone, el pueblo del Estado puede definirse con arreglo al criterio jurídico de la residencia.

En consecuencia, y desde la óptica de la legitimación democrática del sistema, de su autorreferencialidad constante, los residentes deben tener la posibilidad de intervenir en la creación y modificación del ordenamiento jurídico al que están sometidos. Desaparecería así la diferencia jurídica,

⁸ Por citar un ejemplo relevante dentro de la teoría política y sociológica, Thomas H. Marshall se sirve de la idea de *status* para articular su concepto de “ciudadanía” en su obra *Citizenship and Social Class and other essays* (Marshall 1950).

⁹ El concepto de relación jurídica que aquí se utiliza es el desarrollado por Hans Kelsen en sus obras *Reine Rechtslehre* (1976, 167) y *Allgemeine Staatslehre* (1966, 82 y 144).

incompatible con la democracia, entre “ciudadanos activos” y “ciudadanos pasivos”, entre personas que deciden y personas que únicamente soportan la decisión. En rigor, en democracia no cabe hablar de “ciudadanos pasivos”, pues la ciudadanía presupone la posibilidad jurídica de decidir, de participar, con independencia de que, de hecho, se intervenga o no. Por este motivo, tampoco es aceptable la configuración del sufragio a partir del *status activae civitatis* definido por Jellinek,¹⁰ pues en democracia el individuo además de poder actuar por cuenta del Estado, obra, sobre todo, por cuenta propia.

El camino para el reconocimiento de derechos políticos a los extranjeros, al menos en la esfera del gobierno municipal, ha venido siendo impulsado, además de en algunos ordenamientos nacionales, en ámbitos supranacionales, como el Consejo de Europa y la Unión Europea. Por lo que al Consejo de Europa se refiere, y como colofón de un proceso iniciado hace casi 20 años, el 5 de febrero de 1992, se aprobó en Estrasburgo la Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local.

considerando que la residencia de extranjeros en el territorio nacional será, en lo sucesivo, una característica permanente de las sociedades europeas; que los residentes extranjeros están, en el ámbito local, sometidos en general a los mismos deberes que los ciudadanos; conscientes de la participación activa de los residentes extranjeros en la vida y en el desarrollo próspero de la colectividad local, y convencidos de la necesidad de mejorar su integración en la comunidad local, en particular mediante el incremento de

¹⁰ Este *status* se otorga cuando el Estado reconoce al individuo la posibilidad de actuar por cuenta suya, de la que resulta la situación de ciudadano activo, que se corresponde con el ejercicio de los derechos políticos. Véase Jellinek 1919, 136 y ss.

las posibilidades de participación en los asuntos públicos locales (Consejo de Estado 2009).

En este texto, se dispone (artículo 6) que:

[C]ada parte se compromete, a reserva de las disposiciones del artículo 9.1, a conceder el derecho de voto activo y pasivo en las elecciones locales a todo extranjero residente, con tal de que éste cumpla las mismas condiciones que se aplican a los ciudadanos y, además, haya residido legal y habitualmente en el Estado en cuestión durante los cinco años anteriores a las elecciones (Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local 1992).

Aunque el compromiso de reconocer el sufragio activo y pasivo a los extranjeros se refiere a los nacionales de los países miembros del Consejo de Europa, el tenor del Preámbulo de este Convenio abogaría por su extensión a todo no nacional, pues se habla del “carácter universal e indivisible de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales fundadas en la dignidad de todos los seres humanos” (Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local 1992).

La necesidad de ampliar el espectro de participación política ha sido sancionada también en la Unión Europea, con el Tratado de Maastricht, que en su artículo 8B, además de disponer que

Todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

Añade que

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 138 y en las normas adoptadas para su aplicación, todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en el Estado miembro en el que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado.

Como desarrollo normativo de estas previsiones se han aprobado dos Directivas: la 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales, modificada por la Directiva 96/30/CE de 13 de mayo de 1996; y la Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo, por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales.

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, artículos 39 y 40) se incluyen los derechos de todo ciudadano de la Unión a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo y en los comicios municipales, en las mismas condiciones que los nacionales del Estado de residencia.

También son de interés las declaraciones que revelan los objetivos perseguidos por las normas comunitarias; así, esta regulación se inserta en la pretensión de crear “una ciudadanía de la Unión”, que trascienda las barreras de las nacionalidades de los estados miembros. Como dicen en sus preámbulos las directivas citadas, “la ciudadanía de la Unión tiene por objeto integrar mejor a los ciudadanos de ésta en su país de acogida” y con ella se “pretende, fundamentalmente, suprimir la condición de nacionalidad que se exige actualmente en la mayor parte de los Estados miembros para ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo”.

Esta pretensión reviste extraordinaria importancia, pues con ella se revela que la ciudadanía puede desconectarse de la nacionalidad. Es cierto que aquí la nacionalidad obviada es la de los estados de la Unión Europea, pero el punto de partida es el mismo: la integración de las personas en el país en el que residen y la consideración de los pueblos no como entidades homogéneas nacionales, sino como sociedades abiertas a la participación política de los que comparten una misma residencia y, en consecuencia, el sometimiento a un mismo ordenamiento. No en vano se dice en los preámbulos de las directivas que el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones en el Estado miembro de residencia “es el corolario del derecho de libre circulación y residencia contemplado en el artículo 8A del Tratado”.

Además, las modificaciones necesarias para la incorporación a la Unión Europea de nuevos estados (reconocimiento del sufragio en las elecciones locales y al Parlamento Europeo a los nacionales de los demás miembros de la Unión), han favorecido que la extensión del sufragio beneficie también a residentes de países no comunitarios. Es lo que ha sucedido en Hungría, tanto en elecciones locales como regionales, sin exigir además un lazo previo de residencia, y en Lituania, Eslovaquia y Eslovenia, que permiten votar en las elecciones locales a los residentes permanentes. A esta corriente se han sumado Bélgica y Luxemburgo, que han extendido el derecho de sufragio en los comicios locales a todos los extranjeros con cinco años de residencia.

La aceptación de que las personas pueden circular de un Estado a otro y tienen la posibilidad de establecerse donde lo consideren más oportuno es, pues, el presupuesto del reconocimiento de la capacidad para intervenir en la adopción de las decisiones jurídicas a las que las mismas se ven sometidas. Aceptar que un extranjero se puede instalar en el territorio de un Estado no ha de verse como una forma de incrementar el número de súbditos, sino como una vía para que aumente el número de ciuda-

danos, de personas que intervienen en la formación de la voluntad política del Estado.¹¹

En esta línea se mueven las directivas europeas;

Así, de conformidad con la que regula las elecciones al Parlamento Europeo (artículo 3): “Toda persona que, en el día de referencia: a) sea ciudadano de la Unión según lo previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 8 del Tratado, y que b) sin haber adquirido la nacionalidad del Estado miembro de residencia, *cumpla las condiciones a las que la legislación de este último supedita el derecho de sufragio activo y pasivo de sus nacionales*, tendrá derecho de sufragio activo y pasivo en el Estado miembro de residencia en las elecciones al Parlamento Europeo, siempre que no esté desposeída de esos derechos en virtud de los artículos 6 ó 7”. “Si, para ser electores o elegibles, los nacionales del Estado miembro de residencia deben residir desde un período mínimo en el territorio electoral se presumirá que cumplen este requisito los electores y elegibles comunitarios que hayan residido durante un período equivalente en otros Estados miembros. Esta disposición se aplicará sin perjuicio de las condiciones específicas relativas al período de residencia en una circunscripción electoral o entidad local determinada” (artículo 5).

De acuerdo con la Directiva relativa a las elecciones locales (artículos 8.2 y 3), “para inscribirse en el censo electoral, *el elector a que se refiere el artículo 3 deberá presentar las mismas pruebas que un elector nacional*. El Estado miembro de residencia podrá además exigir que el elector a que se refiere el artículo 3 [el comunitario no

¹¹ Alude al carácter novedoso de la conexión entre libertad de circulación y ejercicio de los derechos políticos Marco Cuniberti (1997, 249 y 518). En la libertad de circulación también fundamenta Luigi Ferrajoli su concepción de la ciudadanía y de los derechos a ella inherentes. Este trabajo puede leerse en *Derechos y garantías* (Ferrajoli 1999b, 97).

nacional] presente un documento de identidad en vigor, así como una declaración formal en la que conste su nacionalidad y su domicilio en el Estado miembro de residencia. 3. *El elector a que se refiere el artículo 3 que figure en el censo electoral permanecerá inscrito en el mismo, en idénticas condiciones que el elector nacional, hasta que se produzca su exclusión por haber dejado de cumplir los requisitos exigidos para el ejercicio del derecho de sufragio activo*".[‡]

Estos indudables avances no pueden ser, desde luego, la culminación de las aspiraciones de un sistema democrático, que, por definición, debe estar al servicio de la expresión plural de las comunicaciones políticas, socioeconómicas y culturales de todas las personas, nacionales o no. Como ya se ha dicho, la absorción de la ciudadanía por la nacionalidad, y la correlativa circunscripción de la capacidad de participación en el ejercicio de la soberanía únicamente a los individuos pertenecientes a la nación, definida conforme a parámetros que poco o nada tienen que ver con su mayor o menor sujeción al ordenamiento jurídico, resultan difícilmente compatible con esta comprensión funcional del principio democrático.

La persona que está jurídicamente obligada, precisamente por esa circunstancia, tiene que gozar de los derechos de participación política. Lo importante no es, pues, el "pueblo" del que emanan los poderes del Estado, sino el que participa en los poderes del Estado, y la delimitación de este pueblo no debe realizarse en atención a consideraciones geográficas, históricas o étnicas, sino por el mero hecho de estar sometido al ordenamiento jurídico que forma un Estado.

Así, en las propias directivas comunitarias mencionadas más arriba, se declara que nos encontramos ante una "aplicación del principio de igualdad y de no discriminación entre ciudadanos nacionales y no nacionales" y que

los ciudadanos no nacionales no deben estar sujetos a condiciones específicas a menos que, excepcionalmente, pueda justificarse un

‡ Énfasis añadido.

trato diferente de los nacionales y de los no nacionales por circunstancias especiales que distingan a estos últimos de los primeros.

Es decir, en la configuración jurídica del “pueblo gobernado” del municipio que ha de actuar como “pueblo gobernante”, no se distingue entre nacionales y extranjeros, sino entre quienes residen en el municipio y los meros transeúntes. Se está, como se ha dicho, ante “algo que tiene más trascendencia que una mera equiparación entre nacionales y extranjeros; significa el cambio de un criterio de igualdad sustancial a otro de igualdad formal” (Bastida 1998); en pocas palabras, ante una “democracia sin homogeneidad” (Gozzi 1997), sin una precomprensión social, étnica, política, económica o religiosa de los ciudadanos, cuya relación con el Estado no depende de una previa cualificación jurídica de su personalidad.

Esta idea de la identidad de poder político en las diferentes esferas territoriales del Estado está presente de manera expresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán. En particular, respecto a la idea de la “unicidad de la legitimidad democrática”, se mantiene que el artículo 28.1.2ª de la Constitución de la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949 (“En los *Länder*, Distritos y Municipios, el pueblo deberá tener una representación surgida del sufragio universal, directo, libre, igual y secreto”), implica que las decisiones esenciales relativas a los principios de la soberanía del pueblo, de la democracia y de un procedimiento electoral democrático, no se refieren únicamente a los ámbitos federal y federado, sino también a las subdivisiones de los estados, a los municipios y a las agrupaciones de municipios. “Esa disposición garantiza pues a todas las colectividades sobre el territorio de la República Federal de Alemania la unicidad de la legitimidad democrática” (*BVerfGE* 83, 37 [53]). El artículo 28.1.2ª no considera que el pueblo sea únicamente sujeto de legitimación de los *Ländern*, sino también de los municipios y de los distritos.

Es el sujeto real de la propia administración y debe, en consecuencia, tener una representación que ha de ser elegida de acuerdo con

los mismos principios que rigen para las elecciones al *Bundestag* y a los Parlamentos de los Estados (BVerfGE 83, 37 [55] y BVerfGE 83, 60).¹²

Es significativo que el propio Tribunal Constitucional Federal alemán, en las sentencias antes citadas, declarase que

el principio democrático, en especial la idea de libertad contenida en él, exige establecer una congruencia entre los portadores de los derechos políticos democráticos y quienes están habitualmente sometidos a una determinada dominación estatal.

No obstante, debe recordarse que estas sentencias declararon inconstitucionales leyes que pretendían extender a los extranjeros el derecho de sufragio en las elecciones locales. Los frustrados intentos tuvieron lugar en el año 1989 en la ciudad-estado de Hamburgo (ley de 20 de febrero) y en el estado de Schleswig-Holstein (ley de 21 de febrero).¹³

Una cuestión relevante es, como prevé la Constitución española, la exigencia de reciprocidad con los españoles residentes en el Estado del que

¹² <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv083037.html> y <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv083060.html>.

¹³ En la Ley de Hamburgo de 20 de febrero de 1989 se permitía a los extranjeros, con ocho años de estancia y permiso de residencia, que votasen en las elecciones de distrito. En Schleswig-Holstein se permitía el voto, bajo la premisa de la reciprocidad, en las elecciones municipales a los residentes de nacionalidad holandesa, irlandesa, noruega, sueca y suiza que tuvieran una residencia legal de, al menos, cinco años. Los fundamentos en los que basó el Tribunal sus decisiones fueron, en esencia, que la legitimidad democrática del poder estatal está íntimamente relacionada con el “pueblo alemán”, que se articula a partir de la nacionalidad. La conexión entre los elegidos y los que pueden elegirse se aplica también en el ámbito de los estados federados y en los municipios. No admitió, en consecuencia, la extensión a los extranjeros de la condición de sujetos portadores de legitimidad democrática, lo que no impedía que se les facilitara la adquisición de la nacionalidad alemana y así pudieran ejercer derechos políticos. En 1992 se reformó la Constitución alemana, de manera similar a lo que sucedió en otros países comunitarios, como España, para permitir el sufragio activo y pasivo en las elecciones locales de los nacionales de los demás países de la Comunidad Europea.

es nacional el extranjero para que éste pueda votar en España. El mero hecho de que los españoles residentes en un Estado extranjero tengan derecho de sufragio no implica, *ex Constitutione*, que los nacionales de ese Estado tengan derecho de sufragio en España. Tiene que ser la ley o un tratado los que lo establezcan y, en todo caso, no está obligado el legislador español a reconocérselo en los términos que allí se les reconoce a los españoles.

De acuerdo con el principio de una interpretación favorable al ejercicio de los derechos fundamentales, se podría reconocer el derecho de sufragio activo a los extranjeros residentes en España en las mismas condiciones que los españoles, siempre que a éstos se les permita votar en las elecciones municipales del Estado respectivo, aun cuando esto último esté sometido a otras restricciones. Incluso podría hacerse sin imponer a los extranjeros residentes en España condicionamientos que sí se impongan a los españoles residentes en ese otro Estado. En definitiva, la exigencia de que la ley atienda a criterios de reciprocidad no se debe identificar con la necesaria aplicación de un rígido régimen de reciprocidad. En todo caso, si en el Estado extranjero no pueden votar los españoles, bien sea por tratarse de un Estado no democrático o de uno que reserva el sufragio a sus nacionales, tampoco la ley o el tratado podrán permitir que en España voten esos nacionales.

Ese es el problema —un problema que afecta al principio democrático— que plantea la reciprocidad, y la manera de solventarlo sería reformar el precepto de la Norma fundamental para eliminar la reciprocidad.

Es obvio que existe otra posibilidad para que los extranjeros puedan acceder a los derechos políticos: la de adquirir previamente la nacionalidad, lo que revela un compromiso o, por lo menos, supone la asunción expresa de unos deberes de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes (Código Civil, artículo 23, apartado a). Esta idea fue sugerida en su momento por el Tribunal Constitucional Federal alemán al rechazar

el sufragio reconocido a los extranjeros en las legislaciones de Hamburgo y Schleswig-Holstein (Prof. Dr. Axel Tschentscher).¹⁴

En el caso español, a los nacionales de países iberoamericanos o de otros que tienen una particular vinculación les bastan dos años de residencia para acceder a la nacionalidad, lo que entraña el reconocimiento de plenos derechos políticos (sufragio activo y pasivo en todo tipo de elecciones). Además, pueden adquirir la nacionalidad española sin pérdida de la suya (artículo 23 del Código Civil, apartado b) y sin exigencia alguna de reciprocidad. En cambio, para un reconocimiento más limitado —derecho de sufragio en las elecciones locales— se exige, con carácter general, que se haga atendiendo a criterios de reciprocidad (aunque también sin exigencia alguna de que se preste juramento o promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes).

En mi opinión, en primer lugar, sería conveniente que se favoreciera, reduciendo plazos y requisitos, la adquisición de la nacionalidad a los extranjeros procedentes de países sin esas presuntas vinculaciones históricas con España. Y digo presuntas porque en el año 2011 no parece que sea mayor la vinculación que tienen con España los nacionales de Filipinas o de Guinea Ecuatorial que la que tienen los marroquíes. En todo caso, diez años de residencia legal, continua e inmediatamente anterior a la petición me parecen excesivos.¹⁵

¹⁴ <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv083037.html> y <http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv083060.html>.

¹⁵ Así, en España, según el artículo 22 del Código Civil: "1. Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes. 2. Bastará el tiempo de residencia de un año para: a) El que haya nacido en territorio español. b) El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar. c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuara en esta situación en el momento de la solicitud. d) El que al tiempo de la solicitud llevara un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho. e) El viudo o viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho. f) El nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles. 3. En todos los casos, la

Y, en segundo lugar, la adquisición de la nacionalidad no debe ser la única vía para el ejercicio de los derechos políticos por parte de los extranjeros, máxime cuando hay numerosos casos (Cuba, Brasil, Argelia) en los que la adquisición de la nacionalidad española llevaría aparejada la pérdida de la nacionalidad de origen, lo que puede suponer un precio muy alto para el interesado por el consiguiente quebranto personal, familiar y legal que tal circunstancia genera, en especial en los emigrantes de primera generación. En definitiva, si la persona, nacional o extranjera, está sujeta de manera continua a la autoridad del Estado, éste debe remover los obstáculos constitucionales y legales necesarios para darle “voz, y en última instancia una voz igualitaria, respecto de lo que la autoridad haga”. En términos de teoría de la justicia, otra cosa “no es libertad comunitaria sino opresión” (Walzer 1993).

Finalmente, y volviendo al derecho electoral positivo, debe comentarse que para promover el ejercicio del sufragio en las elecciones municipales por parte de los extranjeros residentes en España, el gobierno desarrolló una actividad diplomática a lo largo del año 2009 que le permitió concluir canjes de notas con Bolivia, Cabo Verde, Chile, Colombia, Ecuador, Islandia, Paraguay y Perú, que se sumaron al ya existente con Noruega.¹⁶ La regla es que

residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición. A los efectos de lo previsto en el párrafo d) del apartado anterior, se entenderá que tiene residencia legal en España el cónyuge que conviva con funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero. 4. El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española”.

¹⁶ Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y el Estado Plurinacional de Bolivia sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2009 (BOE núm. 306, de 17 de diciembre de 2010). Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Cabo Verde sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Praia el 8 de abril de 2009 (BOE núm. 11, 13 de enero de 2011). Canje de Notas, de 12 de mayo de 2009, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro (BOE núm. 35, de 9 de febrero de 2010). Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Colombia, sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid el 5 de febrero de 2009 (BOE núm.

los nacionales de estos países deben estar en posesión de la correspondiente autorización de residencia en España y haber residido, legal e ininterrumpidamente durante, al menos, los cinco años anteriores a su solicitud de inscripción en el censo electoral. La excepción es la de los nacionales noruegos, que precisan tres, y no cinco, años de residencia. En contrapartida, Bolivia y Perú únicamente exigen dos años de residencia a los españoles.

En las elecciones municipales de 22 de mayo de 2011 podrían votar, de acuerdo con esas condiciones, 350,287 personas, destacando especialmente el número de ecuatorianos (168,639) y colombianos (95,192). Sin embargo, el requisito adicional de que la persona interesada tuviera que presentar una solicitud hasta el día 25 de enero de 2011 y que fuera la primera ocasión, salvo en el caso de los noruegos, ha provocado que en la práctica el número de estos electores sea mucho más reducido: 51,582, de los que 25,460 son ecuatorianos y 12,536 colombianos.

El voto de los nacionales residentes en el extranjero

Esta interrogante alude al sufragio de los nacionales de un Estado que no viven en su ámbito territorial de manera continua, cuyo ejemplo más significativo vendría constituido por los emigrantes que se han asentado y

18, de 21 de enero de 2010). Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Quito el 25 de febrero de 2009 (BOE núm. 4, de 5 de enero de 2010). Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República de Islandia sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid y París el 31 de marzo de 2009 (BOE núm. 305, de 16 de diciembre de 2010). Canje de Cartas, constitutivo de Acuerdo entre España y Noruega, reconociendo el derecho a votar en elecciones municipales a los nacionales noruegos en España y a los españoles en Noruega, realizado en Madrid el 6 de febrero de 1990, y Anejo (BOE núm. 153, de 27 de junio de 1991). Canje de Notas constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Paraguay sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro, hecho en Madrid y Asunción el 13 de mayo de 2009 (BOE núm. 150, de 21 de junio de 2010). Canje de Notas, de fecha 6 de febrero de 2009, constitutivo de Acuerdo entre el Reino de España y la República del Perú sobre participación en las elecciones municipales de los nacionales de cada país residentes en el territorio del otro (BOE núm. 122, de 19 de mayo de 2010).

residen en otro país y que, en algunos casos, suponen un número relativamente alto de personas y, por tanto, de potenciales sufragios. Es paradigmático el caso de México, uno de los países con mayor número de emigrantes y que, además, se concentran en un porcentaje altísimo en un único país, Estados Unidos.¹⁷

En algunos textos constitucionales (artículos 171 y 176 de la Constitución colombiana,¹⁸ 68.5.2 de la española,¹⁹ 14 de la portuguesa,²⁰ 48 de la

¹⁷ Véanse al respecto las conclusiones del *Seminario internacional sobre el voto en el extranjero* (1998) y el *Estudio comparado sobre el voto en el extranjero* (2002). Para conocer la normativa debe consultarse el Cofipe (2008). Sobre la participación en las elecciones presidenciales de 2006 pueden consultarse los datos en <http://www.ife.org.mx/documentos/OE/participacion2006/votomex.html>. La información para las elecciones de 2012 está disponible en <http://www.votoextranjero.mx/>.

En el ámbito doctrinal véanse el estudio, centrado en el derecho mexicano, pero con amplias referencias comparadas, de Carpizo y Valadés (1998); del profesor Valadés (2005) también “Los derechos políticos de los mexicanos en Estados Unidos”. Otros estudios a tener en cuenta son los de López Macías (2004), Badillo Moreno (2004) y Zebadúa (2004).

¹⁸ Artículo 171: “Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República”; artículo 176: “La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior”. Según el artículo 116 del Código Electoral, “Los ciudadanos también podrán sufragar en el exterior para Presidente de la República, en las Embajadas, Consulados y demás locales que para el efecto habilite el Gobierno, previa inscripción de la cédula de ciudadanía o pasaporte vigente, hecha ante la respectiva Embajada o Consulado, a más tardar quince (15) días antes de las elecciones... Una vez cerrada la votación, hechos los escrutinios de cada mesa y firmada las actas, los jurados harán entrega de éstas y demás documentos que sirvieron para las votaciones al funcionario correspondiente que inmediatamente los enviará, en sobre debidamente cerrado y sellado, al Consejo Nacional Electoral, para que sean tenidos en cuenta en el escrutinio general”.

¹⁹ “La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España” (artículo 68.5.2); resulta llamativo que este mandato al legislador se realice únicamente en el precepto que contiene los elementos esenciales del sufragio activo para el Congreso de los Diputados, pero no se reitera ni en el artículo siguiente, el de la elección de los senadores, ni tampoco para la elección de los concejales (artículo 140) y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas mencionadas en el artículo 152. No obstante, el legislador electoral ha extendido la participación de los españoles residentes en el extranjero a todo tipo de procesos electorales.

²⁰ “Los ciudadanos portugueses que se hallen o residan en el extranjero gozarán de la protección del Estado para el ejercicio de los derechos y estarán sujetos a los deberes que no sean incompatibles con la ausencia del país.”

italiana,²¹ 63 de la ecuatoriana²²) esta situación ha sido reconocida de manera expresa —aunque con arreglo a modalidades distintas— por el Constituyente, que ha considerado necesario asegurar la participación política de los nacionales que residen en el extranjero, por lo que esta posibilidad no queda a disposición del legislador, cuyo protagonismo se reduce a la articulación de los mecanismos necesarios para hacer viable y efectiva esa participación.

El compromiso normativo de los estados puede tener también un origen internacional, por formar parte de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, y que entró en vigor el 1 de julio de 2003.²³

²¹ Con la Ley Constitucional n° 1/2000, de 17 de enero, se ha introducido una reforma en los artículos 48, 56 y 57 de la Constitución, a efecto de instituir una circunscripción “exterior” para el ejercicio del derecho de voto de los italianos residentes en el extranjero. El artículo 48 dispone ahora que “La ley establecerá los requisitos y modalidad de ejercicio del derecho de voto de los ciudadanos residentes en el extranjero, asegurando su efectividad. Con este fin se crea una circunscripción extranjera para la elección de las Cámaras, a la que serán asignados escaños en el número fijado por la norma constitucional y según los criterios determinadas por las leyes”. De acuerdo con el nuevo artículo 56, 12 de los 630 miembros de la Cámara de Diputados se elegirán en esa circunscripción; según el artículo 57 de la Constitución, de los 315 senadores electivos, 6 se elegirán por los residentes en el extranjero. El desarrollo normativo de estas disposiciones está en la Ley n° 459, de 27 de diciembre de 2001, de normas para el ejercicio del derecho de voto de los ciudadanos italianos residentes en el exterior. Más información institucional en http://www.esteri.it/ita/4_29_73_313.asp.

²² Tienen derecho a elegir a la presidenta o presidente y a la vicepresidenta o vicepresidente de la República, representantes nacionales y de la circunscripción exterior.

²³ http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/m_mwctoc_sp.htm. En su artículo 14 dispone que “los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a participar en los asuntos públicos de su Estado de origen y a votar y ser elegidos en elecciones celebradas en ese Estado, de conformidad con su legislación. 2. Los Estados de que se trate facilitarán, según corresponda y de conformidad con su legislación, el ejercicio de esos derechos”.

Como se constata tanto del título de la Convención como del enunciado del artículo 41, si bien se dirige a la protección de un concreto colectivo de nacionales residentes en el exterior —los trabajadores—, tiene un ámbito de aplicación mucho mayor, pues se extiende también a sus familiares: “A los efectos de la presente Convención, el término “familiares” se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación

El modelo mexicano, como ya se ha apuntado, presenta especial interés por ser uno de los más recientes, por la controversia política, social y doctrinal que ha suscitado y continúa provocando,²⁴ y por el potencial número de personas beneficiadas,²⁵ aunque se pueden mencionar otros ejemplos en Iberoamérica, como los que representan la legislación argentina, la dominicana, la hondureña y la venezolana, además de los ya citados de Colombia y Ecuador.

El fundamento de este reconocimiento del sufragio a los compatriotas que vivan fuera del territorio estatal se ha encontrado en su condición de nacionales, que les acompaña con independencia del ámbito territorial en el que residan, aunque ya se han citado otros argumentos en relación con determinadas categorías de nacionales (militares, marinos, diplomáticos) o respecto de todos los que vivan en el extranjero (como forma de estrechar los lazos con su país, por razones de universalidad del sufragio y de principio democrático o para compensar sus aportaciones a la economía nacional).²⁶

En algunos casos, el ejercicio del sufragio de los ausentes se limita a la participación de la elección de un órgano de representación nacional, como la presidencia y, en su caso, la vicepresidencia de la República o figuras afines (es lo previsto en la actualidad en Francia y Honduras). En estos supuestos no se requiere una determinada conexión con una concreta parte del territorio nacional como, por ejemplo, la última residencia. Aunque en México el voto de los residentes en otros países tuvo en principio una dimensión presidencial federal, desde el año 2007, también los michoacanos que viven o se encuentran en otros países pueden votar para elegir gobernador del estado.

aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate" (artículo 4).

²⁴ Polémica que también se suscitó en Italia. Las diferentes tesis doctrinales y político-constitucionales pueden consultarse en Martines 1984 y Varios Autores 1988.

²⁵ Véase el estudio de Valadés 2005.

²⁶ Se extiende sobre estos argumentos Carpizo 1998, 75 y ss.

En otros ordenamientos, como el portugués²⁷ y el italiano,²⁸ se ha creado una circunscripción especial constituida precisamente por los nacionales que residen en el extranjero, a los que se les asigna la elección de un determinado número de representantes. Se trata de una circunscripción que se delimita por la circunstancia personal de estar residiendo en el extranjero, también prevista en la Constitución colombiana para las elecciones a la Cámara de Representantes.

Existen otros sistemas constitucionales, como el argentino, el español hasta enero de 2011, el colombiano para las elecciones al Senado, el canadiense, el peruano, el venezolano y el estadounidense, en los que los residentes en el extranjero participan en los mismos comicios que sus compatriotas residentes en el territorio nacional. En algunos de estos casos, para el ejercicio del sufragio no basta con la condición de nacional, sino que es necesaria además una concreta vinculación con un espacio geográfico del territorio de su país, lugar donde, a efectos político-electorales, a esa persona se le sigue considerando residente y, por tanto, con capacidad para intervenir en la adopción de las decisiones políticas que afecten a esa concreta comunidad. Se pretende así una mayor vinculación a los designios políticos de esa parte del territorio a la que se presume que el ciudadano ausente sigue unido y con la que, en cierta medida, se identifica.

²⁷ Conforme a lo dispuesto en la Ley Electoral (artículo 12.4), en Portugal existen dos circunscripciones de esta naturaleza: la de los que residen en países europeos y la que comprende a los residentes en cualquier otro país. A cada una de ellas le corresponde la elección de dos diputados de la Asamblea de la República (Lei Eleitoral da Assembleia da República Lei 14/79, 16 Maio).

²⁸ Como ya se ha apuntado, de acuerdo con el artículo 56 de la Constitución, 12 de los 630 miembros de la Cámara de Diputados se elegirán en esa circunscripción; según el artículo 57, de los 315 senadores electivos, seis se elegirán por los residentes en el extranjero. De acuerdo con la Ley 459/2001, de 17 de diciembre, por la cual se establecen las normas para el ejercicio del derecho de voto por los ciudadanos italianos residentes en el exterior, se distinguen cuatro áreas: a) Europa, incluidos los territorios asiáticos de la Federación Rusa y Turquía, b) América del Sur, c) América del Norte y Central y d) África, Asia, Oceanía y la Antártida; en cada una de las subdivisiones anteriores se eligen un diputado y un senador, mientras que los demás escaños se distribuyen entre las mismas en proporción al número de ciudadanos italianos que viven allí, de acuerdo con la lista de ciudadanos italianos en el extranjero.

Esta exigencia demuestra que el problema del reconocimiento del derecho de sufragio no encuentra la solución acudiendo a meros criterios de nacionalidad, sino tomando en cuenta la “vecindad política”. Por tanto, la “residencia-ausencia” se presume como una situación de cambio geográfico, con obvias consecuencias económicas, sociales y personales, que no lleva aparejada una desvinculación política completa de la comunidad de la que se es originario.

En estos casos, el “domicilio” y los correspondientes derechos políticos acompañan a los nacionales que se trasladen al extranjero y se extienden, incluso, a sus descendientes, aunque nunca hayan residido en el territorio nacional. La decisión política electoral de estas personas tendrá el mismo valor que la de las que siguen residiendo en ese territorio y sobre las que en su momento se proyectarán las decisiones políticas y las normas jurídicas que aprueben los elegidos por todos ellos.

En cuanto al ejercicio del derecho de sufragio, son dos las modalidades más frecuentes: el voto por correspondencia y el presencial en las embajadas y consulados.

Pues bien, el voto de los españoles residentes en el extranjero es una de las reformas más relevantes de las llevadas a cabo en 2011. Antes se debatió si la Norma fundamental impone su sufragio en las elecciones municipales y la respuesta es clara: el sufragio en elecciones distintas al Congreso de los Diputados es una decisión del legislador, que se remonta a la Ley 39/1978, de 17 de julio, de elecciones locales, que ha pervivido en la LOREG y se ha ratificado en la Ley 40/2006.

A mi juicio, permitir el ejercicio del sufragio por nacionales que no hayan vivido nunca en el territorio de su Estado o que llevan un número mínimo de años (cinco, seis o más) fuera de él, es censurable: si la democracia demanda que participen en la toma de las decisiones los destinatarios de las mismas, no me parece que se pueda considerar destinatario a una persona que, si bien conserva el vínculo de la nacionalidad con un ordenamiento, ha dejado de residir en el ámbito geográfico de aplicación de sus normas

muchos años atrás, como sucede con los que llevan años residiendo fuera de su país de origen o, incluso, que ni siquiera hayan estado ahí, como los que nacen fuera del territorio nacional. Bien pudiera ocurrir que lo que en verdad interesara a estas personas es tener plenos derechos políticos en el lugar en el que residen, cuyas normas les afectan de manera directa y cotidiana, y no tanto la posibilidad de participar en procesos electorales lejanos geográfica y políticamente.²⁹

En esta línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que exigir la residencia en el territorio nacional “no es en sí irrazonable o arbitrario” (*Hilbe c. Liechtenstein* (dec.), n° 31981/96, CEDH 1999-VI) y en el asunto *Melnitchenko c. Ucrania*, de 19 de octubre de 2004 (TEDH 2004), concluyó

que la obligación de residir en el territorio nacional para poder votar se justifica en las razones siguientes: 1. Un ciudadano no residente está afectado de manera menos directa o continuada por los problemas cotidianos de su país y él los conoce peor; 2. Puede resultar difícil (o casi imposible) o inoportuno para los candidatos al Parlamento exponer las diferentes opciones electorales a los ciudadanos residentes en el extranjero, de manera que se respete la libertad de expresión; 3. La influencia de los ciudadanos residentes en el territorio nacional en la selección de los candidatos y en la formulación de sus programas electorales, y 4. La correlación existente entre el derecho de voto para elecciones legislativas y el hecho de estar directamente afectado por los actos de los órganos políticos así elegidos.

Si la confrontación de las fuerzas sociales, de sus ideas e intereses, sólo se puede articular si los procedimientos de decisión en ejercicio del

²⁹ De la misma opinión, Carpizo 1998, 79.

poder público y, por consiguiente, los fines políticos le son previsibles y comprensibles al ciudadano, y si éste, como elector, puede comunicarse con el poder público al que se haya subordinado,³⁰ los fines políticos difícilmente le resultarán previsibles a las personas que no pueden participar en su definición ni asistir a su expresión cotidiana.

En definitiva, en mi opinión, y con la salvedad de que la Constitución les garantiza el voto en las elecciones al Congreso, debiera eliminarse el sufragio de los españoles residentes en el exterior, salvo que, en la línea prevista en Canadá o Portugal, su ausencia no sea prolongada, lo que podría concretarse en el periodo que se impone a los extranjeros avecindados para que puedan votar (cinco años en el ámbito del Consejo de Europa según la Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local, idéntico plazo al previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980); otro criterio podría ser la duración del mandato del órgano en cuya elección pueden participar (cuatro años).

De esta manera se garantizaría el sufragio de los nacionales que están fuera de manera breve (por razones de estudio o de un trabajo temporal) o cuya salida se debe precisamente al cumplimiento de misiones ordenadas por órganos del Estado (militares, diplomáticos, miembros de organismos internacionales, personal en misiones en el extranjero), y en cuya elección han de poder intervenir, pues son destinatarios directos de sus decisiones.

En España, el legislador no ha ido tan lejos y en la mencionada reforma de enero de 2011 se ha limitado a excluirlos de las elecciones municipales desde el momento en el que se inscriban en el Censo de Residentes Ausentes, lo que ha supuesto para los comicios de 22 de mayo de 2011 que se haya pasado de 1,167,144 posibles votantes en el exterior a 5,715, que son los que pueden votar en las poblaciones de Ceuta y Melilla.

³⁰ BVerfGE 89, 155 [185] (<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv089155.html>); también BVerfGE 5, 85 [135, 198, 205] (<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv005085.html>) y BVerfGE 69, 315 [344 y ss.] (<http://www.oefre.unibe.ch/law/dfr/bv069315.html>).

Fuentes consultadas

- Aláez Corral, Benito. 2006. *Nacionalidad, ciudadanía y democracia. ¿A quién pertenece la Constitución?* Madrid: CEPC/Tribunal Constitucional.
- Aja, Eliseo. 2009. Los derechos políticos y en particular el derecho de sufragio. En *Los derechos de los inmigrantes*, ed. Eliseo Aja. Valencia: Tirant.
- y Laura Díez. 2000. *La participación política de los inmigrantes*. Disponible en <http://www.revistalafactoria.eu/articulo.php?id=141> (consultada el 30 de junio de 2011).
- Badillo Moreno, Gonzalo. 2004. *El voto de los mexicanos en el extranjero: documentos*. Gobierno del Estado de Michoacán.
- Bastida Freijedo, Francisco. 1998. “La soberanía borrosa: la democracia”. *Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional (Soberanía y Constitución)* 1. Disponible en <http://www.uniovi.es/constitucional/fundamentos/primer/index.html>.
- CDFUE. 2000. “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículos 39 y 40”. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 28 de diciembre.
- Carpizo, Jorge y Diego Valadés. 1998. *El voto de los mexicanos en el extranjero*. México: UNAM.
- Cofipe. 2008. Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Ordenamientos electorales. Tomo II. México: Instituto Federal Electoral. Disponible en http://normateca.ife.org.mx/internet/files_otros/NFI/REG2.pdf (consultada el 30 de junio de 2011).
- Consejo de Estado. 2006. Informe sobre Modificaciones de la Constitución Española. Disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/MODIFICACIONES%20CONSTITUCION%20ESP.pdf>.
- . 2008. Informe del Consejo de Estado sobre la Inserción del Derecho Europeo en el Ordenamiento Español. Disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>.

- . 2009. Informe del Consejo de Estado Sobre las Propuestas de Modificación del Régimen Electoral General. Disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf>.
- Constitución Bolivariana de Venezuela. 2000. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.453 de la República Bolivariana de Venezuela. 24 de marzo.
- Cuniberti, Marco. 1997. *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*. Padua: Cedam.
- Ferrajoli, Luigi. 1999a. Dai diritti del cittadino ai diritti della persona. En *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Danilo Zolo. Roma-Bari: Laterza.
- . 1999b. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- García Vázquez, Sonia. 2007. *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*. Valencia: Tirant.
- Gozzi, Gustavo. 1997. Cittadinanza e democrazia. Elementi per una teoria costituzionale della democrazia contemporanea. En *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*. Bologna: Il Mulino.
- Hayduk, Ron. 2006. *Democracy for All. Restoring Inmigrants Voting Rights in the United States*. Nueva York: Routledge.
- Jellinek, Georg. 1919. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Darmstadt: Scientia Verlag Aalen.
- Kelsen, Hans. 1966. *Allgemeine Staatslehre* (Nachdruck der resten Auflage von 1925). Berlín: Verlag Dr. Max Gehlen.
- . 1976. *Reine Rechtslehre* (Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage 1960). Viena: Frank Deuticke.
- Keyssar, Alexander. 2000. *The Right to vote. The contested history of democracy in the United States*. Nueva York: Basic Books.
- López Macías, Jesús Gerardo. 2004. *El voto de los mexicanos en el extranjero*. Instituto Electoral y de Participación Ciudadana de Coahuila.
- Marshall, Thomas H. 1950. *Citizenship and Social Class and other essays*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Martines, Temistocle. 1984. Artículo 56-58. En *Comentario della Costituzione, Le Camere*, Zanichelli-II Foro, tomo I: 59-60.
- Massó Garrote, Marcos Francisco. 1997. *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y de derecho de acceso a funciones públicas*. Madrid: Colex.
- Moya, David y Alba Viñas (eds.). 2010. *Sufragio y participación política de los extranjeros extracomunitarios en Europa*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer.
- Presno Linera, Miguel Ángel 2003a. *El derecho de voto*. Madrid: Tecnos.
- . 2003b. *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Rodríguez-Drincourt, Juan. 1997. *Los derechos políticos de los extranjeros*. Madrid: Civitas.
- Santaolaya, Pablo y Miguel Reventa. 2007. *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*. Madrid: CEPC.
- y María Díez Crego. 2008. *El sufragio de los extranjeros. Un estudio de derecho comparado*. Madrid: CEPC.
- TEDH. 2004. European Court of Human Rights. Disponible en <http://cmiskp.echr.coe.int/>.
- TS. 1904. Pope v. William. Disponible en <http://laws.findlaw.com/us/193/621.html>.
- . 1943. Snowden v. Hughes. Disponible en <http://laws.findlaw.com/us/321/1.html>.
- Valadés, Diego. 2005. “Los derechos políticos de los mexicanos en Estados Unidos”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 112: 365-403. Disponible en http://www.ejournal.unam.mx/boletin_mderecho/bolmex112/BMD11210.pdf (consultada el 30 de junio de 2011).
- VV. AA. 1988a. *Esercizio del diritto di voto degli italiani all'estero*. Roma: Ministero degli Affari Esteri-CNEL.
- . 1998b. *Seminario internacional sobre el voto en el extranjero del Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral*,

- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación/Instituto Federal Electoral.
- . 2002. *Estudio comparado sobre el voto en el extranjero*. México: Instituto Federal Electoral.
- Waldrauch, Harald. 2005. Electoral rights for foreign nationals: a comparative overview. Presentada en “ESF/LESC-SCSS Exploratory Workshop. Citizens, non-citizens and voting rights in Europe”, 2 al 5 junio, en Edimburgo, Gran Bretaña. Disponible en https://digitalcollections.anu.edu.au/bitstream/1885/41780/3/waldrauch_paper.pdf (consultada en mayo de 2011).
- Walzer, Michael. 1993. *Spheres of Justice*, Nueva York: Basic Books;
- . 2001. *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Zebadúa, Emilio. 2004. *El voto de los mexicanos en el extranjero: constitucionalidad y retos jurídicos*. Centro de Producción Editorial.

La reforma del censo electoral en España

The electoral reform in Spain

Francisco Javier Díaz Revorio*

Fecha de recepción: 30 de mayo de 2011

Fecha de aceptación: 26 de agosto de 2011

RESUMEN

El artículo parte del concepto, significado y finalidad del censo electoral en un Estado democrático, destacando su trascendencia para la transparencia del proceso electoral en España, y analiza la regulación legal del censo en el ordenamiento español. En particular, se estudia la última reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General promovida en 2011, que afecta a diversos aspectos del censo electoral. Las principales novedades de esta reforma en lo relativo al censo son la implantación de medidas y controles para evitar los empadronamientos fraudulentos, y la legitimación de los sujetos políticos para iniciar diversas vías de control y rectificación del censo.

PALABRAS CLAVE: derecho electoral, régimen electoral general, reforma electoral, censo electoral, garantías electorales.

ABSTRACT

The article takes the concept, meaning and purpose of the electoral register in a democratic state, and highlights its importance to the transparen-

* Catedrático de Derecho constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha.

cy of the electoral process in Spain. Legal regulation of electoral register in Spanish Law is also analyzed, in particular the new reform of the General Electoral Regulation Organic Act, held in 2011. The main innovations of this reform are the implementation of measures and controls to prevent fraudulent registrations, and the legitimization of parties and other political subjects to initiate different routes of control of the electoral census.

KEYWORDS: electoral law, general electoral regulation, electoral reform, electoral register, census, electoral guarantees.

Introducción: la reforma de la ley electoral española en 2011

Desde hace ya bastantes años, el tema de la reforma electoral ha sido recurrente en la doctrina y en ciertos ámbitos políticos —e incluso sociales— en España. En mi opinión, es claro que hablar de “reforma electoral” en abstracto es decir muy poco, si no se concreta cuáles son los aspectos que necesitaría una reforma, y en qué línea se considera que debe ir la misma. Quizá por ello, antes de emprender la última modificación de la ley electoral, el gobierno pidió un amplio informe sobre la materia al Consejo de Estado. Si bien es cierto que éste hubiera podido verse condicionado por el sentido de las consultas a las que debe responder, dicho informe ha constituido, y sigue siendo, un instrumento útil y una referencia importante a tener en cuenta para eventuales reformas.¹

De hecho, luego de presentarse el informe se inició un proceso de reforma legislativa que concluyó con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2011 (LO 2/2011). Aunque esta reforma no aborda en absoluto la modificación del sistema electoral para mejorar sus resultados proporcionales (que sin duda es una de las reivindicaciones más reiteradas por algunos sectores), establece muy importantes modificaciones que afectan al censo electoral, al procedimiento de los comicios, a la campaña electoral y las campañas institucionales, a los medios de comunicación, a la jornada de votación y al sufragio de los españoles residentes en el exterior. En su conjunto, es una reforma de calado que trata de mejorar la transparencia y eficacia del procedimiento electoral, así como sus garantías.²

¹ Se trata del informe de 24 de febrero de 2009 (Consejo del Estado Español 2009). Una obra con mayor amplitud, que incluye también debates doctrinales, es la de Rubio Llorente y Biglino (2009).

² Sobre dicha reforma ya existe un estudio global. En el momento de escribir estas líneas acaba de publicarse la obra dirigida por E. Álvarez y A. López (2011), la cual contiene, entre otras, una aportación de quien esto escribe, y que constituye la base y origen del presente estudio.

Entre los muy diversos aspectos apuntados, el presente trabajo se centrará en los relativos al censo electoral y al control del mismo.

Censo electoral, cuerpo electoral y representación política

El censo electoral es el documento o registro que “contiene la inscripción de quienes reúnen los requisitos para ser elector y no se hallen privados, definitiva o temporalmente, del derecho de sufragio” (LOREG, artículo 31.1). Cabría decir, por tanto, que es la expresión documental y jurídica de un concepto más complejo, como es el de “cuerpo electoral”, que se puede definir como el conjunto de ciudadanos con derecho de sufragio activo. El cuerpo electoral es, así, la formulación jurídico-política del pueblo soberano, y si bien su naturaleza jurídica ha sido una de las cuestiones tradicionalmente más debatidas en la doctrina, hoy parece haber perdido interés el tema de un órgano de la sociedad o del Estado, ya que se trata del punto de intersección entre ambos,³ y en definitiva del sujeto colectivo imprescindible para la expresión de la voluntad del pueblo soberano. Se trata, como se ha dicho, del órgano que por excelencia ejerce la soberanía nacional, interviniendo en la designación del órgano de representación (García 2010, 53).

En consecuencia, en las democracias representativas es necesaria la articulación de un cuerpo electoral, que incluye el conjunto de sujetos con derecho de sufragio, y de igual modo es indispensable la formalización jurídica de ese colectivo por medio del documento denominado censo electoral. Como es sobradamente conocido, la historia contemporánea se caracteriza por un proceso de extensión del derecho de sufragio (y, por consiguiente, de los ciudadanos que forman parte del cuerpo electoral y que en consecuencia son incluidos en el censo electoral), desde sus orígenes como derecho predicable sólo por los varones que alcanzaban un

³ Pueden verse, al respecto, las breves pero muy interesantes reflexiones que realiza J. Pérez Royo (2007, 537-8).

determinado nivel de rentas, hasta su casi universalización, que comienza a alcanzarse en el periodo de entreguerras del siglo xx.⁴ Tal es la relevancia del censo electoral como instrumento necesario para el ejercicio del sufragio. Al voto restringido se le ha llamado siempre “sufragio censitario”,⁵ pues en efecto el requisito de la inclusión en el censo se utilizaba con la finalidad de limitar el derecho de sufragio, excluyendo de su ejercicio a las mujeres y a las personas que no alcanzasen un determinado nivel de rentas, que fue la fórmula aplicada para articular la idea de que la voluntad de la nación sólo podía ser expresada por aquellos ciudadanos que tuvieran un mínimo nivel de cualificación.

Por descontado, con el tránsito del principio de soberanía nacional al de soberanía popular (y la paralela transformación del Estado liberal en uno social y democrático), el censo deja de cumplir una función limitativa o restrictiva del voto, pero mantiene su función como documento o registro público que contiene a todas las personas con derecho de sufragio activo, constituyendo un elemento fundamental a la hora de dotar de seguridad jurídica a todo proceso electoral.

Por tanto, la inscripción en el censo es, hoy como ayer, un requisito fundamental e inexcusable para el ejercicio del derecho de sufragio activo (dejando a un lado los supuestos excepcionales de certificación censal específica, que a estos efectos son equiparables a la inscripción *stricto sensu*). Pero una vez que existe sufragio universal, el censo ha perdido su función restrictiva. No obstante, es obvio que no todos los ciudadanos están inscritos en él, pues para ello, además de poseer la nacionalidad (con las excepciones conocidas para elecciones municipales y europeas [LOREG, artículos 176 y 210]) han de cumplirse dos requisitos: ser mayor de edad y

⁴ Pueden verse las distintas constituciones que fueron proclamando el sufragio universal (primero, como mera proclamación sin consecuencias, luego aplicable sólo como sufragio masculino, para finalmente incluir también el sufragio universal femenino) en A. Torres del Moral (2004, 374 y ss.).

⁵ El *Diccionario de la lengua española* (RAE 2001) define así “censitario, ria”: “Dicho de un sufragio, de un voto, etc.: Limitados a las personas incluidas en un censo restringido”.

no estar privado del derecho de sufragio por sentencia judicial firme. Tras la desaparición de la pena de pérdida del derecho de sufragio activo en el actual código penal, la privación de tal derecho sólo podría producirse en una sentencia de incapacitación o de internamiento en hospital psiquiátrico.⁶ De ahí que el censo siga manteniendo su trascendencia al indicar el conjunto de ciudadanos que pueden ejercer el derecho de sufragio, pues aunque éste se defina como universal, no todas las personas (ni siquiera todos los ciudadanos) pueden ejercerlo, por lo que la inscripción en el censo constituye el requisito *sine qua non* para su ejercicio.

La regulación del censo electoral en el ordenamiento español y sus reformas

Dado que no es objeto del presente trabajo un análisis monográfico del censo electoral, sino solamente de los aspectos que se reformaron en 2011, no se puede profundizar en más detalles sobre su concepto y significado.⁷ No obstante, y de cara sobre todo a los lectores mexicanos, creo procedente hacer una breve referencia a las características y naturaleza del censo en el ordenamiento español previo a la última reforma, para luego destacar sus puntos más relevantes. En esta línea, cabe apuntar que el censo se ha configurado siempre como registro único (sin perjuicio de la ampliación para las elecciones municipales y para el Parlamento europeo, según el artículo 31.3 de la LOREG), en el cual la inscripción es obligatoria y cuyas notas serían, además, la unicidad, la universalidad (incluye a todos los ciudadanos que forman parte del cuerpo electoral) y la permanencia, acompañada, eso sí, de una actualización más o menos frecuente. Por lo demás,

⁶ Se trataría de los apartados b) y c) del artículo 3 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), que señalan quiénes carecen del derecho de sufragio, ya que el apartado a) ("Los condenados por sentencia judicial firme a la pena principal o accesoria de privación del derecho de sufragio durante el tiempo de su cumplimiento") hoy sólo sería aplicable al sufragio pasivo.

⁷ Existe amplia bibliografía que aborda el tema, aunque no de manera monográfica, sino habitualmente en el marco del estudio de nuestro régimen, procedimiento o administración electoral. A título de muestra se encuentran los trabajos de Alcubilla (2002, 109) y Alcubilla y Delgado (2007, 70).

en el caso español la referencia al censo no puede entenderse sin la Oficina del Censo Electoral (OCE), órgano encuadrado en el Instituto Nacional de Estadística, cuya pertenencia a la administración electoral en sentido estricto ha sido discutida de forma doctrinal y finalmente negada por el Tribunal Constitucional.⁸ La OCE desempeña una función primordial en relación con el censo, hasta el punto de definirse como “órgano encargado de la formación del Censo Electoral”, que “ejerce sus competencias bajo la dirección y la supervisión de la Junta Electoral Central” (LOREG, artículo 29.1).

La Constitución española no contiene regulación específica del censo electoral ni tampoco en sentido estricto el Decreto-ley 20/1977, del 18 de marzo, que fue la norma aplicable a los procesos electorales hasta la aprobación de la LOREG.⁹ Por tanto, la ley orgánica fue la primera norma de rango legal que reguló el censo con cierto detalle, destinándole íntegramente el capítulo IV, del título I (artículos 31 a 41),¹⁰ dividido en cuatro secciones dedicadas a:

⁸ Véase, por ejemplo, F. Pascua Mateo (2007, 111 y ss.), quien recoge posturas a favor y en contra de su inclusión en la administración electoral, y P. Santolaya Machetti (1999, 86 y ss.). Quizá lo más adecuado sea entender que es un órgano auxiliar de la administración electoral, muy vinculado a la misma por sus funciones, pero orgánicamente ubicada en la administración ordinaria por su pertenencia al Instituto Nacional de Estadística. Por lo demás, el Tribunal Constitucional ha sido claro a la hora de no considerar a la Oficina del Censo Electoral como parte de la administración electoral: “la L.O.R.E.G. tiene un concepto preciso de lo que sea la ‘Administración Electoral’, que regula en el Capítulo III del Título Primero, y que en dicho concepto no se incluye la Oficina del Censo Electoral, y menos aún la Administración Local, que es la que tiene a su cargo el empadronamiento, presupuesto, a su vez, de la inclusión en el Censo Electoral” (STC 148/1999, 7).

⁹ Aunque el capítulo I, del título II, de dicha norma se titulaba “El censo electoral y las Juntas Electorales”, en realidad su contenido se refería fundamentalmente a la regulación de estas últimas. El artículo 2.1 señalaba: “Serán electores todos los españoles mayores de edad incluidos en el Censo y que se hallen en pleno uso de sus derechos civiles y políticos”. Y curiosamente, el artículo 3.2, respecto a la condición de elegible, disponía que “los que aspiren a ser proclamados candidatos y no figuren incluidos en las listas del Censo Electoral podrán serlo, siempre que con la solicitud acrediten de modo fehaciente que reúnen todas y cada una de las demás condiciones o requisitos exigidos para ello por estas normas”.

¹⁰ Preceptos a los que hay que añadir los relativos a la OCE, que en concreto son los artículos 29 y 30. Sin embargo, éstos se localizan en la sección III, del capítulo III, dedicado a la administración electoral (aunque como hemos visto, es dudoso que en sentido estricto la oficina sea administración electoral; esta ubicación en la ley claramente recalca sus vínculos con la misma como organismo auxiliar).

1. Las condiciones y modalidad de la inscripción.
2. La formación del censo.
3. La rectificación del censo en periodo electoral.
4. El acceso a los datos censales.

A pesar de que la regulación legal del censo en la LOREG pretendía ser amplia y completa, pronto se pusieron de relieve algunas insuficiencias de la misma, y sobre todo se hizo necesario adaptarla para que el censo fuera un instrumento más flexible y su actualización más frecuente y ágil. En consecuencia, tres de las 14 reformas de la ley (sin contar la más reciente de 2011, a la que nos referiremos más ampliamente después) incidieron de un modo u otro en la regulación del censo. En primer lugar, la LO 8/1991, del 13 de marzo, que había sido hasta ahora la más amplia modificación de la ley electoral, cambió diversos apartados de los artículos 31, 38 y 41. Mayor incidencia tuvo la LO 3/1995, del 23 de marzo, ya que afectó los artículos 32 a 39 y el 41, lo que prácticamente dio lugar a una nueva regulación del censo y su procedimiento de revisión, al establecer entre otros aspectos un sistema de revisión continua que permitiera que el censo se actualizara de modo permanente. Por último, la LO 1/2003, del 10 de marzo, afectó los artículos 39.2 y 41, relativos a la consulta de las listas electorales y al acceso a los datos censales, respectivamente.

El proceso de actualización del censo se ha agilizado y flexibilizado de forma notoria, pasando de anual a mensual a partir de la reforma de 1995. En todo caso, y como han destacado algunos autores, esta reforma (y cabría extender la apreciación a las demás que no han sido tan profundas) no logró alcanzar completamente los fines perseguidos, quedando aún varias cuestiones pendientes.¹¹ Pero además hay que destacar que la re-

¹¹ Por ejemplo, E. Arnaldo Alcubilla (2002, 118). No obstante, el mismo autor en la página 111 reconoce que tras la reforma de 1995, “el censo ha dejado de ser la institución conflictiva y polémica de otrora, y ha recuperado el crédito y la confianza social imprescindibles...”; aunque después enumera los problemas que quedaban pendientes de respuesta.

novación permanente del censo —sin duda un gran avance, que por su agilidad fue objeto de una generalizada valoración positiva— ha demostrado con el tiempo ser “un arma de doble filo”, dado que el reflejo casi inmediato en el censo de cualquier cambio de domicilio ha posibilitado situaciones fraudulentas, consistentes en modificaciones significativas del número de empadronados en determinados municipios, con la única finalidad de influir en el resultado electoral. El Tribunal Constitucional, como se verá enseguida, ha tenido que pronunciarse sobre algunos de estos supuestos de empadronamientos fraudulentos, pero es obvio que la situación no podía resolverse por medio de la jurisprudencia; la frecuencia y trascendencia de estas prácticas hacía necesaria una modificación legislativa que permitiera atajarlas.

El censo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Por supuesto, la evolución del censo electoral en España (y en particular las insuficiencias que han justificado la reforma de 2011, y que constituyen el objeto central de este trabajo) no puede entenderse sólo con el análisis de la LOREG y sus reformas, sino que resulta imprescindible considerar la labor de otros órganos. En particular, hay que mencionar a la OCE, a la que ya se ha hecho referencia, y a la Junta Electoral Central (JEC), como órgano superior de la administración electoral cuyas instrucciones, acuerdos y resoluciones poseen un gran valor a la hora de aplicar los preceptos electorales. De hecho, la experiencia de estos dos órganos constituye uno de los bagajes principales que el legislador ha considerado en las sucesivas reformas de la LOREG; en particular, en la reforma del censo llevada a cabo por la LO 2/2011 se consideraron las instrucciones de la OCE emanadas en los últimos años.¹²

¹² Así lo declara expresamente el apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2011 (INE).

Sin duda, desde la perspectiva de las fuentes del derecho, el mayor valor lo tiene la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que también se ha referido al censo electoral en reiteradas ocasiones. Desde luego, no es posible, en un trabajo de estas características, analizar en profundidad los elementos fundamentales de esa jurisprudencia, aunque cabe al menos destacar algunos de sus hitos o principios fundamentales:

1. El Tribunal ha recalcado que el censo electoral es único y su regulación forma parte del régimen electoral y le corresponde al Estado,¹³ por lo que no es compatible con la competencia del artículo 149.1.1 de la Constitución el que las comunidades autónomas pudieran regular censos específicos.
2. Sin embargo, la legislación autonómica podría añadir otros requisitos para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo (siempre que no se vulnere el contenido esencial del mismo), en particular la necesidad de inscripción registral.¹⁴
3. La LOREG tenía antes de la reforma de 2011 una laguna que impedía a los partidos políticos y candidaturas impugnar en periodo electoral, por la vía administrativa o jurisdiccional, aquellas irregulari-

¹³ Puede verse, por ejemplo, STC 154/1988, del 21 de julio. En el f. j. 3 se señala: "Dada la relevancia de la inscripción censal en el ejercicio del derecho fundamental de sufragio, el censo se convierte así en un instrumento indispensable para dicho ejercicio". Y, de forma más concreta y específica, en el f. j. 5 se dispone que "siendo la inscripción censal requisito imprescindible para el ejercicio del derecho de sufragio y definido éste en términos idénticos para todo tipo de consultas electorales (LOREG, arts. 2 y 3), la unidad de censo se impone como condición para hacer real el contenido uniforme del derecho, pues no resulta compatible con la igualdad exigida por el art. 149.1.1 C.E. el que dicho requisito pudiera llegar a ser diversamente reconocido, respecto de un mismo elector, para unas y otras elecciones. Hipótesis que podría darse si cada una de las Comunidades Autónomas elaborase, al margen y con independencia del censo nacional común, un censo propio destinado a ser utilizado en las elecciones para la constitución de la respectiva Asamblea Legislativa".

¹⁴ Véase STC 86/2003, del 17 de mayo, que sin embargo enfatiza la idea de que dicho requisito no puede interpretarse de forma estricta para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo "so pena, en caso contrario, de tener que concluir que el derecho de sufragio pasivo no admite modo de subsanación en el supuesto de error censal inadvertido por su titular, conclusión que aparece de todo punto inadmisibles respecto de un derecho en el que se fundamenta el sistema democrático" (STC 86/2003, 7).

dades fraudulentas del censo que pudieran tener consecuencias en los resultados electorales. Pero el Tribunal no puede subsanar o colmar esa laguna.¹⁵

En suma, el Tribunal Constitucional ha contribuido a perfilar el censo electoral como registro único, reafirmando sus características de integridad y totalidad, así como la competencia estatal para su regulación, dado que el censo debe ser un documento único para todo proceso electoral y se vincula plenamente con el derecho fundamental de sufragio activo. Sin embargo, el Tribunal no ha podido hacer frente a la que —hasta la reciente reforma de 2011— ha sido a mi juicio la principal carencia de la regulación legal del censo (una vez mejorada en 1995 la regulación de su actualización), consistente en su desvinculación respecto a las garantías administrativas y jurisdiccionales del procedimiento electoral, de modo que ningún sujeto diferente de las personas físicas afectadas por la inscripción (o falta de ella) estaba legitimado para instar la rectificación.

¹⁵ Creo que esa podría ser la síntesis de la jurisprudencia al respecto contenida en las STC 148/1999 y 149/1999, ambas del 4 de agosto, referentes a modificaciones fraudulentas del censo en los municipios de Valdeconcha (Guadalajara) y Fontanilles (Girona), respectivamente. En el f. j. 5 de la primera de ellas se lee: “puede entenderse fundadamente que no existe en la L.O.R.E.G. un cauce legal idóneo para que los partidos, federaciones o coaliciones electorales puedan impugnar en el curso del procedimiento electoral, y con eficacia en él, las posibles irregularidades producidas por rectificación del censo inicial, con arreglo al que deban celebrarse las elecciones...”, añadiendo el f. j. 7 que “Entre la elección y el censo, que opera como presupuesto de la misma, existe una clara diversidad de tratamiento y régimen jurídico en la L.O.R.E.G., estando perfectamente diferenciados los medios impugnatorios de los actos relativos a la primera y del segundo”, y por tanto “la única conclusión lógica y sistemáticamente aceptable a la hora de definir el objeto posible del proceso contencioso electoral en relación con los motivos impugnatorios, es la de que los vicios, en su caso, relativos a una Administración (la Oficina del Censo Electoral), no pueden ser tenidos en cuenta para impugnar los actos de otra (las Juntas Electorales), las cuales constituyen el objeto único de dicho proceso”. En suma, el Tribunal Constitucional, a pesar de reconocer expresamente la laguna de la LOREG, entiende que el contencioso electoral no es la vía idónea para corregir el resultado de los empadronamientos fraudulentos, anulando las decisiones de los tribunales superiores de justicia que corregían la proclamación de electos llevada a cabo por las juntas, y confirmando estas proclamaciones a pesar del supuesto fraude del censo. Acerca de estas sentencias, puede verse F. Reviriego Picón (1999, 213 y ss.).

El censo electoral en la Ley Orgánica 2/2011

De la exposición anterior puede deducirse, a mi juicio, que la experiencia acumulada tras la aprobación de la LOREG ha permitido mejorar la regulación del censo electoral en determinados aspectos, pero igualmente ha puesto de relieve diversas insuficiencias que era necesario superar. La reciente Ley Orgánica 2/2011, del 28 de enero, reforma ampliamente la LOREG que afecta en algunos aspectos importantes el censo electoral. Al mantener su definición, sus características y funciones esenciales, se trata de adaptar la regulación del censo a las actuales circunstancias, resolviendo problemas que surgieron durante la aplicación de la regulación anterior. En alguna medida, las modificaciones afectan a casi todos los artículos relativos a esta materia, en concreto los artículos 31 a 40 (sólo quedaría igual el artículo 41, relativo al acceso a datos censales, modificado en 2003). La nueva norma, fruto de un prolongado trabajo parlamentario que siguió al relevante informe del Consejo de Estado al que se hizo referencia al inicio de este trabajo, trata de responder a los principales retos y problemas del censo planteados hasta ahora, y sin duda supone un avance en los dos objetivos fundamentales (por lo demás vinculados entre sí) de evitar empadronamientos fraudulentos y mejorar el sistema de garantías del censo, así como el de modernizar y agilizar la gestión y el acceso a éste, aunque a mi juicio sigue dejando algunos aspectos sin resolver.

A continuación se comentarán y valorarán brevemente las principales novedades introducidas por la LO 2/2011 en relación con el censo electoral.

Nueva regulación del censo electoral en periodo ordinario y su actualización

Si bien, como se ha dicho, casi todos los preceptos relativos a esta cuestión han sufrido algún tipo de alteración, el eje central de la reforma en este punto es agilizar las comunicaciones con la OCE, tanto por parte de los

ayuntamientos como de los consulados, de cara a asegurar la actualización mensual del censo.

En esta línea son claves los artículos 35 y 36, relativos respectivamente al censo ordinario y al de residentes ausentes. El primero de ellos, si bien en esencia mantiene la obligación de los ayuntamientos de enviar a las delegaciones provinciales de la OCE las modificaciones del padrón, también contiene tres modificaciones de cierta relevancia respecto de la legislación anterior:

1. Se introduce un nuevo apartado segundo en el artículo 35, para prever expresamente las consecuencias del incumplimiento de la obligación de comunicar los cambios del padrón que se impone a los ayuntamientos, lo que no sucedía en la regulación anterior; si bien es verdad que esas consecuencias se enuncian de forma genérica, señalando que “el Director de la Oficina del censo dará cuenta de ello a la Junta Electoral Central para que por la misma se adopten las medidas procedentes”. Aunque es cierto que el artículo 19 de la LOREG encomienda a la JEC ejercer la potestad disciplinaria y la corrección de las infracciones (apartados j) y k)), quizá hubiera sido más conveniente que la reforma fuese más explícita en este punto, dado que esos dos apartados se refieren expresamente a “las operaciones electorales” y al “proceso electoral”, y como se ha visto es más que dudoso que la actualización del censo —más aún en periodo ordinario— pueda encuadrarse técnicamente en esas categorías.
2. La regulación anterior, si bien establecía esta obligación con carácter mensual, se remitía a la propia OCE para fijar los plazos concretos cada mes. En cambio, la LO 2/2011 especifica que la comunicación debe producirse “hasta el penúltimo día hábil de cada mes”.
3. En cambio, la regulación anterior era más prolija en el detalle de los datos que habían de comunicarse (variaciones del callejero, altas de residentes, cambios de domicilio), mientras que la nueva norma

se refiere exclusivamente a “todas las modificaciones del padrón producidas en dicho mes”. Se mantiene en todo caso la referencia a que la información debe facilitarse “en la forma prevista por las instrucciones de dicho organismo”.

Por su parte, el artículo 36, relativo al censo de residentes ausentes, es igualmente objeto de modificación en dos importantes puntos: por un lado, se establece que las solicitudes de cambio de adscripción a una nueva circunscripción sólo se admitirán si existe una causa justificada para ello, con lo cual se intenta limitar el amplio poder de disposición que el ciudadano residente ausente tenía hasta entonces sobre el cambio de circunscripción. Por otro lado, aunque luego se hará una referencia específica a las modificaciones del censo cerrado para cada elección, cabe apuntar que el mencionado artículo 36 dispone que a estos efectos no se tendrán en cuenta los cambios de adscripción producidos en el año anterior a la convocatoria de las elecciones. Obviamente, ambos preceptos van encaminados a intentar eliminar las modificaciones fraudulentas de circunscripción, cuyo propósito es alterar el resultado electoral en determinados municipios. Hay que tener en cuenta que, en principio, el cambio de circunscripción de los residentes ausentes debería ser menos frecuente, dado que no se vincula a un cambio de residencia en España, y por tanto es lógico exigir de forma más escrupulosa la causa justificativa para el cambio.

Por lo demás, es importante señalar que tras la reforma, la inclusión en el censo de residentes ausentes no legitima para ejercer el derecho de sufragio activo en elecciones municipales (LOREG, artículo 2.3), dado que en este tipo de comicios es necesario estar inscrito en el censo de residentes en España para votar, lo que sin duda es una modificación de gran trascendencia.

En fin, cabe enumerar también otras modificaciones que afectan al censo electoral y su actualización permanente:

1. Se explicita, en el artículo 31, la imposibilidad de que un mismo elector esté inscrito simultáneamente en el censo de residentes en España y en el de residentes ausentes. Aunque por pura lógica esa situación no podría darse con anterioridad, salvo en el caso de irregularidad, la reforma de 2011 incorpora de forma expresa esta incompatibilidad.
 2. Se menciona manifiestamente que la actualización mensual del censo se hará con referencia al día primero de cada mes (artículo 34).
 3. Se reforma el artículo 37, relativo a la actualización del censo a cargo del Registro Civil y del Registro de Penados y Rebeldes, se suprime la referencia a este último registro y se mantiene sólo la obligación de los encargados del Registro Civil de comunicar mensualmente a las delegaciones provinciales de la OCE “cualquier circunstancia que pueda afectar a las inscripciones en el censo electoral”.¹⁶
- La modificación se explica si tenemos en cuenta que ya no existe la condena penal de pérdida del derecho de sufragio activo, que sería, al menos en principio,¹⁷ la única circunstancia de orden penal que pudiera afectar la inscripción en el censo en los términos previstos en la legislación anterior.

¹⁶ Al respecto, conviene destacar que la LO 2/2011 introduce, sólo en algunos artículos, un “título” o epígrafe del propio artículo que antes no existía. Pues bien, resulta sorprendente y curioso que en la nueva redacción del artículo 37 de la LOREG, el título que se introduce es: “Actualización del Censo a cargo del Registro Civil y del Registro de Penados y Rebeldes”, lo cual no parece encontrar explicación alguna si tenemos en cuenta que lo que hace la nueva redacción es precisamente suprimir toda referencia a este último registro.

¹⁷ Téngase en cuenta que el censo electoral tiene la finalidad de incluir a quienes tienen derecho a ejercer el sufragio activo, no el pasivo. El propio artículo 7.2 de la LOREG dispone que “...los que aspiren a ser proclamados candidatos y no figuren incluidos en las listas del Censo Electoral, podrán serlo, siempre que con la solicitud acrediten de modo fehaciente que reúnen todas las condiciones exigidas para ello”. Sin embargo, como antes se ha apuntado, el Tribunal Constitucional admitió que la legislación autonómica podría exigir en ciertos supuestos la inscripción en el censo para ejercer el derecho de sufragio pasivo. No obstante, habría que entender que esa exigencia podría ser –si la ley lo establece– un requisito necesario, pero no suficiente si existe alguna condena penal, que imposibilite el ejercicio del derecho de sufragio pasivo al constituir causa de inelegibilidad.

La regulación del censo cerrado a efectos electorales y su rectificación

Uno de los aspectos importantes de la reforma del censo electoral es el que atañe a la nueva regulación de la rectificación del censo en periodo electoral, contenida en el artículo 39. Desde la reforma de 1995, que estableció la revisión mensual del censo en su fase ordinaria, algunos autores habían propuesto la supresión de la revisión especial en periodo electoral, al considerarla innecesaria.¹⁸ Sin embargo, la reforma de 2011 mantiene esta posibilidad de revisión, e incluso el artículo 39 incrementa de cinco a siete su número de apartados, incorporando algunos aspectos nuevos de relevancia. No obstante, es cierto que se trata de limitar de forma significativa las posibilidades de modificación del censo en el periodo electoral, hasta el punto de impedir por completo los cambios que impliquen traslado a otra circunscripción. En síntesis, las novedades más significativas en este punto son:

1. Se adelanta un mes la fecha del cierre del censo aplicable a la convocatoria, y se establece que tal fecha será el día primero del segundo mes anterior a dicha convocatoria (en la regulación anterior era el día primero del mes anterior).¹⁹ Como ya se ha apuntado, en el caso del censo de los residentes ausentes la fecha de cierre para cada elección, en lo relativo a cambios de adscripción de una circunscripción a otra, será de un año antes de la convocatoria (ar-

¹⁸ Véase, por ejemplo, en Arnaldo Alcubilla (2002, 119): “la complejidad técnica y la dilación temporal que comporta la exposición pública de las listas, la reclamación administrativa y la ulterior revisión jurisdiccional durante el desarrollo del período electoral, desaconseja la subsistencia de este mecanismo...”

¹⁹ Dado que la ley se publicó y entró en vigor el 29 de enero de 2011, ese criterio no podía ser aplicable a las elecciones locales y autonómicas de ese año, ya que la fecha de cierre era el 1 de enero, anterior a la entrada en vigor de la propia ley; por ello la disposición transitoria segunda dispuso que para este proceso electoral la fecha de cierre sería el 1 de febrero de 2011, que era la fecha aplicable de acuerdo con la legislación anterior, dado que las elecciones se convocan en marzo.

título 36.2), lo que resulta justificado para evitar modificaciones maliciosas y no supone una grave molestia para el elector si tenemos en cuenta que éste no vota en la mesa en su circunscripción, sino por correo o en la urna prevista en la nueva modalidad de voto de esta misma reforma, en el artículo 75, que se llevará a cabo en las oficinas o secciones consulares, con independencia de cuál sea la circunscripción del elector.

2. El apartado 3 del artículo 39 especifica ahora de forma clara las únicas modificaciones del censo admisibles en periodo electoral, y señala que “sólo podrán ser tenidas en cuenta las que se refieran a la rectificación de errores en los datos personales, a los cambios de domicilio dentro de una misma circunscripción o a la no inclusión del reclamante en ninguna Sección del Censo de la circunscripción pese a tener derecho a ello. No serán tenidas en cuenta para la elección convocada las que reflejen un cambio de residencia de una circunscripción a otra, realizado con posterioridad a la fecha de cierre del censo para cada elección, debiendo ejercer su derecho en la sección correspondiente a su domicilio anterior”. Se intenta así impedir modificaciones en el censo, con cambio de circunscripción, que pudieran frustrar el objetivo perseguido al adelantar un mes la fecha de cierre del censo, que no es otro que evitar las alteraciones fraudulentas cerca de las elecciones.
3. Se permite a los representantes de las candidaturas la impugnación del censo de las circunscripciones que en los seis meses anteriores hayan registrado un incremento de residentes significativo y no justificado, y que haya sido comunicado en su momento por la OCE a la JEC; aspecto al que se hará referencia en breve, al comentar las novedades en la impugnación del censo (artículo 39.4).

En fin, se mantiene intacta la modificación producida en el año 2003 respecto a la consulta de las listas electorales vigentes, que posibilitaba realizarla por medios informáticos en los ayuntamientos que contasen con los recursos para ello.

El control del censo electoral

La reforma contiene también significativas modificaciones en lo relativo a las posibilidades de impugnación del censo, que a mi juicio suponen claramente un intento de dar respuesta a las situaciones a las que se enfrentó el Tribunal Constitucional en las ya citadas sentencias 148 y 149 de 2009, del 14 de agosto, en las que tuvo que concluir que dado que las candidaturas carecían de legitimación para impugnar el censo, no cabía hacer frente a ciertas modificaciones fraudulentas del mismo (que lógicamente no iban a ser impugnadas por quienes las propiciaron), las cuales podían incidir en los resultados electorales.

Es importante destacar que las modificaciones que se efectuaron en 2011 suponen un cambio cualitativo en lo relativo a las impugnaciones del censo electoral, dado que por primera vez se da entrada a las candidaturas electorales, así como a los partidos, federaciones y coaliciones, en lo relativo a la actualización, rectificación e impugnación del censo electoral. Ello es coherente con una visión de este registro mucho más próxima al proceso electoral que al mero interés personal de sus integrantes. Aunque naturalmente este interés individual sigue considerándose y amparándose por medio de las diversas vías de rectificación e impugnación abiertas al mismo, las reformas que hasta ahora se han comentado lo restringen de forma apreciable en el periodo inmediatamente anterior a cada proceso electoral (al menos en todo lo que signifique cambio de adscripción a una circunscripción determinada). Por el contrario, las candidaturas electorales cobran un protagonismo hasta ahora inexistente en la configuración final del censo con efectos electorales, al poder controlarlo y modificarlo en diversos momentos, como se verá más adelante. En realidad, el legislador

asume que el interés que protege el censo no sólo afecta a los ciudadanos concretos inscritos en él (o excluidos de esa inscripción), sino también a todos los sujetos partícipes en el proceso electoral (y por supuesto, al Estado en su conjunto). Si la corrección del censo, y la transparencia en su elaboración y modificación, es requisito inexcusable para la celebración adecuada de un proceso electoral, es claro que hay un interés superior al individual para que dicho registro documental no sea alterado de forma injustificada con fines fraudulentos. Porque si bien es cierto que el censo se vincula de forma directa e inmediata al ejercicio del derecho de sufragio pasivo, alterarlo puede tener también una clara incidencia en el ejercicio de este derecho, y en definitiva en el resultado electoral.

Esta es, a mi juicio, la justificación del legislador para dar entrada directa a las candidaturas electorales y a los partidos, federaciones y coaliciones en el control y modificación del censo electoral. Esta entrada se puede producir en tres momentos: en primer lugar, mediante la impugnación ante la OCE por parte de los representantes de las candidaturas o los partidos, federaciones o coaliciones, del censo en periodo ordinario, en las circunscripciones que hubieren registrado un aumento de residentes significativo y no justificado, y que la OCE haya comunicado a la JEC (artículo 38.2). En segundo lugar, mediante la impugnación que pueden presentar los representantes de las candidaturas en el periodo electoral, si bien sólo se efectuará en las circunscripciones que durante los seis meses anteriores a la convocatoria hayan registrado un incremento de residentes significativo y no justificado, y que hayan sido objeto de idéntica comunicación (artículo 39.4). En tercer lugar, y para el caso de que la OCE rechace esta impugnación, queda abierta la posibilidad de que las candidaturas (como cualquier otro sujeto legitimado para impugnar el censo) inicien la vía jurisdiccional (Entrena 2001, 224).²⁰

²⁰ R. Entrena Cuesta opina que con la legislación anterior debería haberse interpretado que los partidos y demás entidades políticas tenían legitimación para formular el recurso jurisdiccional previsto en el artículo 40.1 de la LOREG, y critica la interpretación efectuada en sentido contrario llevada a cabo por el Tribunal Constitucional en las sentencias 148 y 149/1999.

Sin embargo, como es lógico, la ley orgánica no puede regular con detalle el procedimiento de los mencionados recursos, mediante los cuales los sujetos políticos pueden impugnar el censo. Si bien este aspecto debe ser objeto de desarrollo reglamentario, en tanto éste se produce la Junta Electoral Central es la que tiene establecido un procedimiento de impugnación del censo por parte de los sujetos políticos, tanto en el periodo ordinario como en el electoral.²¹ En ambos casos habrá una publicación de oficio por parte de la OCE de aquellos municipios que hayan registrado un incremento de residentes significativo y no justificado, y que haya dado lugar a la comunicación a la Junta Electoral Central, prevista en el artículo 30.c) de la LOREG. A partir de ese momento, la instrucción establece los plazos para la impugnación, que se llevará a cabo ante las delegaciones provinciales de la Oficina del Censo Electoral, frente a cuya resolución cabe recurso ante el juez de lo contencioso-administrativo.²²

En este aspecto, la ley introduce otra significativa modificación, ya que la impugnación jurisdiccional del censo en periodo electoral (con independencia de cuál sea el sujeto que inicie esa impugnación) se tramitará ante la jurisdicción contencioso-administrativa, en particular ante el juez de este ámbito. Anteriormente la ley atribuía esa competencia a los juzgados de primera instancia (que en España pertenecen al orden jurisdiccional civil), en una opción que acaso fue comprensible en el momento de aprobar la ley electoral debido a la ausencia de juzgados de lo contencioso-administrativo, pero que ya resultaba poco justificable y que

²¹ Instrucción 1/2011, de 24 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre las reclamaciones administrativas relativas a las modificaciones en el censo electoral que pueden realizar los representantes de las candidaturas o de las formaciones políticas en aplicación de lo dispuesto en los artículos 38 y 39 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, BOE de 28 de marzo de 2011.

²² También es de interés señalar que la mencionada Instrucción 1/2011 de la JEC dispone en su apartado segundo, 3, que la propia junta, “a propuesta de la Oficina del Censo Electoral, aprobará los criterios estadísticos utilizados para determinar el carácter significativo del incremento de residentes en una entidad local, que se publicarán en la página web de la Oficina del Censo Electoral”. El anexo de dicha instrucción incluye los criterios utilizados en los últimos seis meses.

había sido criticada por parte de la doctrina (Gimeno y Morenilla 2003, 84-5).²³ La unificación en la jurisdicción contencioso-administrativa de todos los procesos relativos a impugnaciones del censo y a los procesos electorales en sentido estricto se justifica por muy diversas razones de unidad y coherencia; y en lo relativo al censo, por el interés público que hay en este registro y documento, y al carácter administrativo de la OCE, cuyos acuerdos constituirán el objeto de la impugnación. En todo caso, la exposición de motivos de la LO 2/2011 apunta que esta unificación en la jurisdicción contenciosa tiene la finalidad de “evitar que las posibles irregularidades por empadronamientos fraudulentos o de conveniencia tengan efectos electorales”.

Garantías frente a empadronamientos fraudulentos o irregulares

En realidad, esa finalidad de evitar fraudes en el censo o los empadronamientos irregulares parece haber presidido toda la reforma de la LOREG en lo relativo al censo electoral, hasta el punto en que el resto de objetivos que se han apuntando (mejorar y agilizar la gestión del censo asegurando su adecuada actualización, perfeccionar el sistema de garantías administrativas y jurisdiccionales...) parece supeditarse al gran objetivo de impedir alteraciones fraudulentas o irregularidades del censo, aunque para ello haya que impedir prácticamente cualquier modificación que implique cambio de circunscripción cuando se aproximen las elecciones.

²³ Autores como Vicente Gimeno Sendra y Pablo Morenilla Allard, tras criticar duramente la inadaptación de este precepto electoral, consideraban incluso que en todo caso el juez civil debía seguir en este caso el procedimiento contencioso-administrativo aplicable y no la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por su parte, R. Entrena Cuesta (2001) sugiere que la justificación de atribuir esta competencia a los juzgados de primera instancia, en lugar de a los de lo contencioso-administrativo, está en la sobrecarga de estos últimos en periodo electoral.

En efecto, ya se ha hecho referencia al adelantamiento del cierre del censo (que se produce ordinariamente más de dos meses antes de la convocatoria y alcanza hasta un año antes de la misma, en el caso de los residentes ausentes), a la necesidad de justificar cualquier cambio de circunscripción en el caso de quienes estén ausentes y a la legitimación de los representantes de las candidaturas para impugnar el censo durante el periodo electoral. Es claro que todas estas modificaciones pretenden asegurar la estabilidad del censo frente a eventuales modificaciones irregulares.

A las reformas comentadas habría que añadir la que afecta al artículo 30, inciso c), que encomienda a la OCE el control y revisión

de oficio las altas y las bajas tramitadas por los órganos competentes y elabora un fichero nacional de electores, comunicando a la Junta Electoral Central los resultados de los informes, inspecciones y, en su caso, expedientes que pudiera haber incoado referidos a modificaciones en el censo de las circunscripciones que hayan determinado una alteración del número de residentes significativa y no justificada.

Como se apuntó antes, la comunicación de la OCE con la JEC será un requisito indispensable para que tanto en el periodo ordinario como en el electoral las candidaturas y, en su caso, los partidos, coaliciones y federaciones puedan impugnar el censo. De este modo se restringe de forma apreciable la legitimación de los sujetos políticos en lo relativo al censo, no sólo por la limitación de los supuestos de incremento significativo y no justificado de residentes, sino sobre todo porque esa legitimación depende de un acto ajeno, como es la previa comunicación entre la OCE y la JEC. De esta forma se limitan entre las miles de circunscripciones existentes en España, aquellas cuyo censo sea susceptible de impugnación. Aunque, en realidad, no sería descartable que esta correspondencia previa de la OCE haya tenido su origen en alguna reclamación o notificación

anterior que algún partido político u otro sujeto político haya formulado a la propia oficina.²⁴

Reflexiones finales

Como se ha intentado poner de manifiesto en las páginas anteriores, la regulación del censo electoral estaba necesitada de una actualización en ciertos aspectos. La importante reforma de 1995 había supuesto un salto cualitativo al permitir la actualización permanente del censo. Pero pronto se puso de relieve que esa fórmula ágil era un arma de doble filo que abría la puerta a posibles modificaciones fraudulentas o irregulares del censo, como consecuencia de cambios masivos de la circunscripción de un grupo significativo de residentes, sobre todo en pequeños municipios. Las dos sentencias del Tribunal Constitucional recaídas sobre este tema en 1999, pusieron de relieve que las vías administrativas y jurisdiccionales de control del censo (incluido el propio recurso de amparo constitucional) no eran eficaces para impedir estos fraudes, al estar cerradas a los sujetos políticos. Por ello, si bien la Oficina del Censo Electoral comenzó a hacer un seguimiento de los municipios que experimentaban incrementos significativos e injustificados en su número de residentes, parecía necesaria una refor-

²⁴ Al respecto de este tema, me parece de gran interés el comunicado de la OCE, que se puede leer en su página web (fecha de consulta 23 de marzo de 2011): "Información referida a 8 de febrero de 2011.

En el periodo comprendido entre las elecciones municipales de mayo de 2007 y febrero de 2011 el sistema de control de altas de la Oficina del Censo Electoral (OCE) ha detectado variaciones significativas en el número de electores en 395 municipios y entidades locales menores. En algunos de estos municipios el sistema ha detectado variaciones en varias ocasiones, que han originado un total de 672 actuaciones.

De acuerdo con el procedimiento habitual, la OCE ha requerido a los Ayuntamientos de estos municipios y entidades locales menores la justificación de dichas altas.

Un total de 121 municipios no han contestado a los requerimientos de información, lo que se ha puesto en conocimiento de la Junta Electoral Central.

La OCE también ha investigado reclamaciones de particulares y de grupos políticos en 14 municipios.

Además se han realizado o están en curso inspecciones en 5 municipios, con el objetivo de comprobar la veracidad de las altas comunicadas por los ayuntamientos.

La OCE no ha presentado ninguna denuncia al Ministerio Fiscal".

ma legislativa de la regulación del censo electoral para establecer un mejor control de estas situaciones y dar entrada en el control del censo a los partidos políticos y otros sujetos políticos.²⁵

La LO 2/2011 —aprobada tras un largo proceso parlamentario, que además fue consecuencia de un amplio estudio llevado a cabo por una subcomisión— trata de dar respuesta, en lo que atañe al censo electoral, a los problemas y dificultades antes apuntadas. En este sentido, y desde mi punto de vista, va en la línea correcta y debe ser objeto de una valoración positiva. Sin embargo, cabe todavía plantear algunas cuestiones en relación con la misma, como son el grado de eficacia en el cumplimiento de su objetivo principal, el coste que las medidas implantadas pueda tener en lo relativo al sacrificio de otros intereses legítimos y determinar qué otras cuestiones han quedado pendientes, aun tras la reforma.

Desde luego, es imposible en este momento valorar cuál va a ser la eficacia de las medidas introducidas, desde el punto de vista del logro de sus objetivos. Si partimos de que la eliminación del fraude y la irregularidad en las modificaciones censales es el objetivo principal, todo parece apuntar a que la ley lo va a poner más difícil, aunque lógicamente no estamos en condiciones de afirmar que este tipo de irregularidades pueda desaparecer sin más. Por supuesto, la labor de la OCE, la JEC y los órganos jurisdiccionales que desempeñan el control del censo será fundamental en este terreno, pero también resultaría imprescindible una actitud activa e implicada de los partidos políticos, no sólo a través de la impugnación del censo cuando proceda, sino también mediante la vigilancia de cualquier indicio de actuación fraudulenta, aun cuando les pudiera beneficiar. En cuanto al

²⁵ Éstos, por cierto, si bien pueden ser los principales perjudicados por estas alteraciones fraudulentas del censo, también pueden resultar beneficiados por ellas, pues es claro que si estas modificaciones logran alterar el resultado electoral, habrá una candidatura beneficiada y otra perjudicada. Así que cabría preguntarse si unos partidos y otros hicieron en su momento lo necesario para impedir todas estas modificaciones injustificadas, incluso las que pudieran beneficiarles, pues parece extraño que estas súbitas modificaciones censales se produzcan de forma espontánea, y si hay detrás algún tipo de impulso, habría que saber si el partido beneficiado en cada caso es totalmente ajeno al cambio.

resto de los objetivos de la reforma (mayor flexibilidad y agilidad y mejores garantías), también todo indica que la ley puede contribuir a un avance en esos terrenos.

Por otro lado, hay que plantearse qué coste o sacrificio de otros intereses o derechos ha implicado la reforma. En efecto, el gran avance conseguido en 1995 respecto a la actualización permanente y ágil del censo, se condiciona ahora de forma apreciable en algunos casos, sobre todo cuando se aproxima el proceso electoral (incluso un año antes para los residentes ausentes). Naturalmente esto afecta en alguna medida los derechos e intereses del ciudadano, de manera que la gran mayoría de cambios o modificaciones que no tienen finalidad fraudulenta alguna también se van a ver frenados o retrasados cuando se aproximen las elecciones. Cabe argumentar que la reforma no afecta el derecho de sufragio en sentido estricto, cuando mucho incidirá en el lugar donde éste se ejerce (y ni siquiera eso, sino sólo a donde va destinado el voto, en el caso de los residentes ausentes); en todo caso, aunque se considere asumible el coste de las molestias o la espera del elector para ver reflejados los cambios en un proceso posterior, conviene no ignorar por completo ese coste a la hora de ponderar los pros y contras de las medidas.

Y por último, cabe preguntarse qué otras reformas quedan pendientes tras la LO 2/2011. Desde luego, si procediéramos a realizar una valoración global de ésta, cabría destacar que al final la reforma se refiere sobre todo a aspectos técnicos y procedimentales, dejando de lado una demanda muy extendida en sectores políticos y sociales, en el sentido de modificar el propio sistema electoral para buscar una mayor proporcionalidad del mismo, entre otros posibles aspectos que cabría apuntar. Pero aun ciñendo este comentario al censo electoral, conviene apuntar que todavía quedan pendientes algunas cuestiones que desde hace años la doctrina viene apuntando. Así, por ejemplo, cabe plantearse si sigue teniendo sentido un proceso específico de revisión del censo en el periodo electoral, máxime cuando el mismo, tras esta reforma, va a resultar aplicable a

poco más que pequeñas correcciones en los datos personales o cambios de domicilio sin relevancia en la circunscripción. O también si no sería conveniente una reforma del régimen del padrón para evitar todos los casos de irregularidades y fraudes. O si la legitimación concedida a partidos y candidaturas permitirá hacer frente a cualquier supuesto de alteración del censo, en cuya revisión o corrección tengan un interés legítimo. En fin, aunque esta reflexión supere ya el objeto del presente trabajo, en mi opinión queda pendiente implantar y aprovechar la total informatización del censo para permitir el acceso simultáneo e inmediato a sus datos, incluso durante la jornada electoral, así como la anotación de los votantes, lo que podría servir de base en el futuro a un sistema de sufragio electrónico.

Fuentes consultadas

- Alcubilla, Enrique Arnaldo. 2002. *El régimen electoral local en la doctrina de la Junta Electoral Central*. España: Fundación democracia y Gobierno Local e Institut de Dret Public.
- y Manuel Delgado-Iribarren García-Campero. 2007. *Código electoral*. 5ª ed. Madrid: La Ley. El Consultor de los Ayuntamientos.
- Álvarez Conde, Enrique y Alicia López de los Mozos Díaz-Madroñero, dirs. 2011. *Estudios sobre la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General: la reforma continua y discontinua*. Madrid: Instituto de Derecho Público.
- Consejo del Estado Español. 2009. Informe del Consejo de Estado sobre las propuestas de modificación del régimen electoral general. Disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/REGIMEN-ELECTORAL.pdf> (consultada el 31 de octubre de 2011).
- Constitución Española. 1978. España: Congreso de los Diputados. Disponible en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=1&tipo=1> (consultada el 2 de noviembre de 2011).
- Decreto-ley 20/1977. Real Decreto-ley sobre Normas Electorales. *Boletín Oficial del Estado* 70 (marzo). Disponible en <http://www.boe>.

- es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-1977-7445 (consultada el 2 de noviembre de 2011).
- Entrena Cuesta, Rafael. 2001. El proceso contencioso electoral. En *Derecho contencioso electoral*, dir. P. García-Escudero. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- García, María. 2010. *Elementos de Derecho Electoral*. 3ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gimeno Sendra, Vicente y Pablo Morenilla Allard. 2003. *Los procesos de amparo. Civil, penal, administrativo, constitucional y europeo*. Madrid: Colex.
- González, Juan. 1996. *Derecho Electoral español. Normas y procedimiento*. Madrid: Tecnos.
- Instrucción 1/2011, de 24 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre las reclamaciones administrativas relativas a las modificaciones en el censo electoral que pueden realizar los representantes de las candidaturas o de las formaciones políticas en aplicación de lo dispuesto en los artículos 38 y 39 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2011/03/28/pdfs/BOE-A-2011-5521.pdf> (consultada el 2 de noviembre de 2011).
- LO 8/1991. Ley Orgánica 8/1991, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Disponible en <http://www.senado.es/solotexto/leyelect/articuls/ley891.html> (consultada el 2 de noviembre de 2011).
- LO 3/1995. Ley Orgánica 3/1995, de 23 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Disponible en <http://www.senado.es/solotexto/leyelect/articuls/ley395.html> (consultada el 2 de noviembre de 2011).
- LO 1/2003. Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los ayuntamientos y la seguridad de los conceja-

- les. Disponible en <http://www.senado.es/solotexto/leyelect/articuls/ley103.html> (consultada el 2 de noviembre de 2011).
- LO 2/2011. Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. *Boletín Oficial del Estado* 25 (enero). Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/2011/01/29/pdfs/BOE-A-2011-1639.pdf> (consultada el 31 de octubre de 2011).
- LOREG. Ley Orgánica del Régimen Electoral General. 2011. España: Senado de España. Disponible en <http://www.senado.es/leyelect/indices/index.html> (consultada el 31 de octubre de 2011).
- Pascua Mateo, Fabio. 2007. *La Administración electoral*. Madrid: INAP.
- Pérez Royo, Javier. 2007. *Curso de Derecho Constitucional*. 11ª ed. Madrid: Marcial Pons.
- RAE. Real Academia Española. 2001. *Diccionario de la lengua española*. 22a ed. Madrid: Espasa-Calpe.
- Reviriego Picón, Fernando. 1999. "Los empadronamientos de conveniencia: picaresca censal y recurso contencioso electoral (notas a las STC 148 y 149/1999, de 4 de agosto)". *Revista de las Cortes Generales* 47: 213 y ss.
- Rubio Llorente, Francisco y Paloma Biglino Campos. 2009. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma electoral*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Santolaya Machetti, Pablo. 1999. *Manual de procedimiento electoral*. 4ª ed. Madrid: Ministerio del Interior.
- Sentencia STC 154/1988. Recurso de inconstitucionalidad. Pleno del Tribunal Constitucional Español. Ponente: doña Gloria Begué Cantón. Disponible en http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1988-0154 (consultada el 2 de noviembre de 2011).
- STC 148/1999. Recurso de amparo electoral 3.186/99. Contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que

anuló las elecciones celebradas en el municipio de Valdeconcha. Ponente: Vicente Conde Martín de Hija. Disponible en <http://www.boe.es/boe/dias/1999/08/26/pdfs/T00066-00072.pdf> (consultada el 31 de octubre de 2011).

- STC 86/2003. Recurso de amparo. Sala Primera del Tribunal Constitucional Español. Ponente: María Emilia Casas Baamonde. Disponible en <http://sentencias.juridicas.com/docs/00175261.html> (consultada el 2 de noviembre de 2011).

Torres del Moral, Antonio. 2004. *Estado de Derecho y democracia de partidos*. 2ª ed. Madrid: Universidad Complutense.

La representación de género en Italia

Gender representation in Italy

Tania Groppi*

Irene Spigno**

Fecha de recepción: 23 de junio de 2011

Fecha de aceptación: 26 de agosto de 2011

RESUMEN

El tema de la representación de género en el acceso a cargos electivos se enfrenta al problema más general de la discriminación entre hombres y mujeres. En Italia esta consideración ha representado el punto de partida para el desarrollo de una legislación y doctrina constitucionales que paulatinamente han reconocido la necesidad de aprobar disposiciones para que las mujeres accedan a los cargos electivos y desempeñen otras tareas públicas en condiciones de igualdad con los hombres. Tras una breve reconstrucción histórica, el artículo analiza las disposiciones constitucionales que reconocen la igualdad entre hombres y mujeres, la legislación aprobada por los legisladores nacional regionales, y la jurisprudencia sentada por la corte constitucional sobre el asunto de la representación de género.

PALABRAS CLAVE: representación política, igualdad, género, jurisprudencia constitucional, Italia.

* Tania Groppi es profesora de Derecho Público Comparado en la Universidad de Siena (Italia).

** Irene Spigno es investigadora en Derecho Público Comparado en la Universidad de Siena (Italia).

Nota: Aunque el presente trabajo es el fruto de reflexiones compartidas de las dos autoras, se deben atribuir a Irene Spigno los apartados 1, 2, 4, 5 y 7 y a Tania Groppi los párrafos 3 y 6, mientras que las conclusiones son comunes.

ABSTRACT

The issue of gender representation in the access to elective functions deals with the more general problem of discrimination between men and women. In Italy this consideration has represented the starting point for the development of legislation and constitutional doctrine which have gradually recognized the need to adopt measures in order to ensure women's access to elective offices and other public duties on equal grounds with men. Firstly, after a brief historical reconstruction, the article analyses the constitutional rules recognizing equality between men and women. Secondly, the attention is focused on the legislation approved by regional and national legislative bodies and, thirdly, the jurisprudence issued by the Constitutional Court on gender representation will be taken under scrutiny.

KEYWORDS: political representation, equality, gender, constitutional jurisprudence, Italy.

Introducción

El tema de la igualdad de género en el acceso a cargos electivos llama la atención sobre diferentes problemas, entre los cuales se destaca el de la discriminación entre hombres y mujeres que sigue muy presente en la sociedad italiana del siglo xxi. De hecho, aunque desde un punto de vista jurídico muchas formas de discriminación se hayan reducido, el problema de la igualdad entre hombres y mujeres sigue sin resolverse y toma particular fuerza cuando entra en contacto con el tema de la representación política, involucrando asuntos relacionados con el derecho de voto y con las libertades que se asocian a la igualdad de género. Desde esta perspectiva, la experiencia italiana sobre la igualdad de género destaca en el panorama europeo y comparado por la fuerte subrepresentación del género femenino en las calificaciones profesionales más importantes, así como en las instituciones y en las asambleas electivas.

Un estudio hecho por la Oficina de Relaciones de la Cámara de Diputados con la Unión Europea (Ufficio Rapporti con l'Unione Europea, Camera dei Deputati 2011) muestra cómo la presencia femenina en los órganos constitucionales italianos sigue siendo bastante pequeña en número y muy limitada en cuanto a las posiciones de mayor jerarquía. Más en concreto, según el análisis anual del World Economic Forum sobre la presencia de las mujeres en los niveles más altos de las instituciones (gobierno, parlamento y otras legislaturas, alta dirección, etcétera) en la clasificación de 2010, Italia ocupa la posición número 74 sobre un total de 134 países (ocupaba la 72 en 2009, la 67 en 2008 y la 84 en 2007) (World Economic Forum 2010). Ninguna mujer ha desempeñado nunca el cargo de presidente de la República o de presidente del Consejo de Ministros, y el de presidente de la Cámara fue ocupado por mujeres sólo en las legislaturas de 1979, 1983 y 1987, con la elección de Nilde Iotti, y en aquella de 1994 con la elección de Irene Pivetti.

En cuanto a la actual legislatura, en las últimas elecciones de 2008 fueron elegidas a la Cámara de Diputados 133 mujeres sobre el total de 630

diputados y 58 de los 315 senadores en el Senado, mientras entre los senadores vitalicios,¹ el 1 de agosto de 2001, la profesora Rita Levi Montalcini fue nombrada por el presidente de la República.

En el actual gobierno, las mujeres que desempeñan el cargo de secretarías son cinco sobre un total de 22 secretarios, y las mujeres subsecretarías de Estado son siete sobre un total de 31.²

La presencia de las mujeres italianas es baja también en el Parlamento Europeo, a pesar de la nueva legislación —que será analizada más adelante— que contiene disposiciones que garantizan la presencia equilibrada de ambos sexos. De hecho, en las elecciones de 2004, las primeras bajo la nueva ley, 15 mujeres fueron elegidas para un total de 78 escaños asignados a Italia. En las elecciones anteriores (1999) las mujeres elegidas fueron ocho de un total de 87 escaños italianos, y en las de 2009 las mujeres elegidas al Parlamento Europeo fueron 16 de los 72 escaños asignados. En lo que concierne a la composición de la Corte Constitucional, el 4 de noviembre de 1996, el presidente de la República nombró a la primera mujer al cargo de juez constitucional: Fernanda Contri, que cesó del cargo en 2005. Abogada, Fernanda Contri había ocupado anteriormente también el cargo de ministra de Asuntos Sociales y fue miembro del Consejo Superior de la Magistratura. Una segunda mujer fue nombrada juez de la

¹ Según lo establecido por el artículo 59, párrafo 1 de la Constitución italiana, al cargo de senador vitalicio pueden acceder, salvo renuncia, los ex presidentes de la República. Además, el presidente de la República puede nombrar cinco senadores vitalicios entre quien ha ilustrado la nación por méritos en el sector social, científico, artístico y literario (véase, en este sentido, el párrafo 2 del artículo 59, párrafo 2).

² Las mujeres que desempeñan el cargo de secretaria son: Stefania Prestigiacomo, secretaria del Medio Ambiente, Protección del Territorio y del Mar; Mariastella Gelmini, secretaria de Educación, Universidad e Investigación; Giorgia Meloni, secretaria sin cartera, responsable de la Política de Juventud; Maria Rosaria Carfagna, secretaria sin cartera para la Igualdad de Oportunidades; Michela Vittoria Brambilla, secretaria sin cartera de Turismo. Las subsecretarías de Estado son: Stefania Craxi, Asuntos Exteriores; Maria Elisabetta Alberti Casellati, Justicia; Francesca Martini y Eugenia Maria Roccella, Salud; Laura Ravetto, Relaciones con el Parlamento; Daniela Santanchè, Actuación del Programa de Gobierno; Sonia Viale, Economía y Finanzas. Los ministros sin cartera están previstos por el artículo 9 de la Ley 400/1988 que establece que desempeñan los cargos asignados por el presidente del Gobierno. Además, se llaman “sin cartera” porque no tienen un presupuesto que pueden administrar de manera autónoma.

Corte Constitucional por el presidente de la República el 4 noviembre de 2005: Maria Rita Saulle, profesora universitaria de derecho internacional. Ni el Parlamento ni los tribunales supremos estatales³ han nombrado a ninguna mujer como juez de la Corte Constitucional.

Con referencia a los órganos de gobierno de las regiones, la presencia de mujeres en 2010 ascendió a 22.1% del total en las Juntas (órganos de gobierno de las regiones) y a 11.4% en los consejos regionales (asambleas con poderes legislativos).

En los ayuntamientos italianos, la media de la representación de las mujeres es de 11.8% en los consejos locales y de 17.9% en las juntas. En las provincias, las cifras ascienden a 12.9% del total en los consejos provinciales, mientras los concejales provinciales mujeres representan el 17.2% del total (Osservatorio Delle donne Nella Pubblica Amministrazione).

Las razones de estos datos tienen que ser buscadas principalmente en una cultura discriminatoria todavía dominante en la sociedad italiana. Como se verá a continuación, en Italia una igualdad plena entre hombres y mujeres sigue siendo un objetivo lejano de alcanzar. Y esto también considerando el monopolio de la presencia masculina en los partidos y en la política, consecuencia de la exclusión por largo tiempo de las mujeres del electorado activo y pasivo, que todavía produce consecuencias relevantes, impidiendo así la plena inclusión de las mujeres en la vida política en general y en las elecciones en particular.

La (des)igualdad de género en Italia entre derecho y sociedad

Como ya se ha adelantado, sin olvidar los pasos relevantes que se han producido en las últimas décadas, el problema de la igualdad entre hombres y mujeres sigue sin resolverse. De hecho son muchas las situaciones

³ Según lo establecido por el artículo 135 de la Constitución italiana “El Tribunal Constitucional estará compuesto de quince jueces nombrados en un tercio por el Presidente de la República, en otro tercio por el Parlamento en sesión conjunta y en el tercio restante por las supremas magistraturas ordinaria y administrativas”.

discriminatorias que persisten: por ejemplo, el nombre de familia. En Italia, los hijos adquieren de forma automática y obligatoria el apellido del padre, sin que haya la posibilidad de adquirirlo de la madre o de ambos, o cualquiera que elijan de los dos, como ocurre en otros ordenamientos.⁴

La legislación no es suficiente en sí para garantizar una efectiva igualdad, el logro de la cual es la conclusión de un camino largo y tortuoso, que se ve afectado no sólo por los instrumentos legales y constitucionales de un país, sino aun más por la cultura dominante en la sociedad que, con especial referencia al caso italiano, es la herencia de una fuerte discriminación histórica.

En Italia, la familia fue el primer lugar en el que la discriminación tuvo lugar. Sería suficiente pensar en la institución de la autorización marital prevista por el Código Napoleónico —que entró en vigor en Italia en 1806— que en el artículo 217 preveía que la mujer no podía tomar ninguna acción más allá de la ordinaria administración, sin el concurso del marido o sin su consentimiento escrito.

Esta autorización estaba presente también en el artículo 130 del Código del Reino de Piamonte-Cerdeña de 1837, mientras el artículo 134 del primer

⁴ Por lo que concierne al tema de la más recientemente obligatoria adquisición del apellido paterno, con la sentencia 61 del 2006, la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de ocuparse de la cuestión relativa a la compatibilidad, respecto al parámetro constitucional, de las normas del Código Civil que imponen la adquisición del apellido paterno para los hijos legítimos, incluso en el caso en que se manifieste una voluntad distinta por los cónyuges.

En particular, los jueces constitucionales han sido llamados por la Corte de Casación a examinar las normas contenidas en los artículos 143 bis, 236, 237, párrafo segundo, 262 y 299 párrafo tercero del Código Civil, en la parte en que no se prevé que al hijo legítimo se le pueda poner el apellido de la madre, aunque haya consenso, legalmente manifestado, de ambos progenitores. La Corte Constitucional, al declarar inadmisibile la cuestión, ha sustancialmente reafirmado lo que se afirmó en dos no tan recientes decisiones (autos número 176 y 586 de 1988) relativas a cuestiones casi idénticas, a las cuales el Parlamento no les ha dado ningún seguimiento. De hecho, en la sentencia 61 de 2006, como en los citados precedentes, después de haber puesto de manifiesto que se está frente a una disparidad de tratamiento, la Corte ha concluido que la elección de las modalidades a través de las cuales se debe asegurar la asunción del apellido materno es “una cuestión de política” y que, por tanto, compete a la libre apreciación del legislador la elección entre una pluralidad de opciones para volver a escribir una normativa que sea coherente con los principios del ordenamiento y con el valor constitucional de la igualdad entre el hombre y la mujer en la familia y en la sociedad.

Código Civil de la Italia unida (1865) preveía la posibilidad de que el marido concediera a su esposa, a través de un acto público, una autorización general o sólo para determinados actos, salvo el derecho a revocar.

En el Reino de Cerdeña, la institución de la autorización marital estuvo presente durante mucho tiempo, pero en otros estados preunitarios la situación era diferente: así, en el Lombardo-Veneto, el Código austriaco (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) de 1811, vigente desde 1826, preveía disposiciones más favorables para las mujeres, excluyendo la necesidad de la autorización marital y admitiéndolas en condiciones de igualdad con los hombres a la sucesión de familia y restringiendo el tiempo y la intensidad de la autoridad paterna (Ungari 1974, 123).

En el Código Civil de la Italia unida, la situación de inferioridad de la mujer en la familia también fue confirmada por el artículo 131, según el cual el marido era el jefe de familia y la esposa debía seguir su condición civil y asumir su apellido (Longo 1988, 195). Además, la mujer era obligada a acompañar a su marido a donde él creía oportuno fijar su residencia. El principio que dictaba que el marido era el jefe de la familia influyó profundamente en la sociedad italiana, resistiendo a la supresión de la autorización marital y también a la entrada en vigor de la Constitución. De hecho, el contenido del artículo 131 fue confirmado por el artículo 144 del Código Civil de 1942, que se mantuvo en vigor hasta la reforma del derecho de familia de 1975.

Más discriminaciones estaban presentes en la esfera pública de la vida de las mujeres. Entre las leyes más importantes se destaca la Ley 1176 del 17 de julio de 1919, sobre la capacidad jurídica de la mujer, que anuló la necesidad de la autorización marital y la prohibición de ejercer determinadas profesiones, admitiendo a las mujeres —en paridad con los hombres— a participar en todas las profesiones y a cubrir todos los cargos públicos, excluyéndolas sólo en caso de no haber expresa autorización por ley de las profesiones que implicaban ejercicio de poderes públicos jurisdiccionales, o el ejercicio de derechos y poderes políticos, o que implicaban la defensa militar del Estado, refiriendo a un siguiente reglamento especial para mayor especificación.

Estas limitaciones fueron interpretadas de manera muy extensa, incluyendo una amplia variedad de cargos públicos de las cuales las mujeres eran excluidas, incluso profesiones no previstas en el listado contenido en la Ley 1176. La interpretación restrictiva de la reforma efectuada por el legislador de 1919 se había consolidado aun más con el fascismo, así que el Real Decreto 2480 de 1926 prohibió a las mujeres la enseñanza de la literatura y de la filosofía en las escuelas secundarias, y otras medidas fueron tomadas para excluir el género femenino de todos los cargos más cualificados, como los de decano de las escuelas o instituciones de educación secundaria (Real Decreto 1054 de 6 de mayo de 1923 y el Real Decreto 899 de 01 de julio de 1940). De la misma manera, aunque la ley de 8 de junio de 1874, que regulaba el ejercicio de la profesión forense, no impedía a las mujeres el ejercicio de esta actividad de manera explícita, hubo varias dificultades de orden práctico para que una mujer pudiera colegiarse como abogado y ejercer la profesión. Lo mismo ocurrió con respecto al acceso a las profesiones judiciales.

La igualdad de género en la Constitución italiana

La aprobación de la Constitución republicana, en 1947, representa desde un punto de vista jurídico el momento de ruptura respecto al pasado. Sin embargo, el reconocimiento constitucional del principio de igualdad entre hombres y mujeres y de igualdad entre los cónyuges en los artículos 3 y 29 no eliminaron las existentes discriminaciones. De hecho, en tales disposiciones se prevé que todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales (artículo 3, párrafo 1) y que el matrimonio se regirá sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia (artículo 29, párrafo 2), se quedaron sin actuación durante mucho tiempo.

A este respecto es necesario señalar la decisión de la Corte de Casación 2150 de 8 de julio de 1955, que estableció que no hizo abuso del ejercicio de la autoridad conferida al marido el hombre que prohibió a su esposa ejercer una profesión, pues por un lado le habría impedido asistir a su esposo e hijos y por otro, no era necesaria a la luz de la situación financiera de la familia. Según los jueces de la Casación, sería el mismo artículo 144 del Código Civil el que excluye la igualdad absoluta entre los cónyuges.

Así que, durante mucho tiempo, los tribunales italianos en lugar de interpretar la legislación ordinaria a la luz de las nuevas disposiciones de la Constitución, seguían interpretándola conforme a la legislación vigente y en consonancia con una cultura discriminatoria. De hecho, algunos eminentes expertos constitucionales, entre ellos Carlo Esposito (Esposito 1954, 46), argumentaron que la cláusula establecida por el segundo párrafo del artículo 29 de la Constitución, según el cual el matrimonio se basa en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges “dentro de los límites establecidos por ley en garantía de la unidad familiar” era suficiente para descartar la inconstitucionalidad de muchas de las disposiciones en vigor. La superación del principio en virtud del cual el marido era el jefe de la familia se obtuvo sólo con la reforma del derecho de familia (G.U. 1975).

En varias disposiciones, la Constitución republicana de 1948 promueve la igualdad entre hombres y mujeres, pero al mismo tiempo trata de proteger otros valores, como la maternidad.⁵ Si bien por un lado la Asamblea Constituyente proclamó la igualdad de los cónyuges, por el otro, todavía tenía clara la separación tradicional de roles en la familia, como muestra la inclusión de términos como “mantener la unidad familiar.” A pesar de todas las ambigüedades que surgen y los fuertes vínculos con las creencias

⁵ El artículo 31 constitucional establece que “La República estimulará a través de medidas económicas y otras providencias la constitución de la familia y el cumplimiento de las tareas inherentes a ella, dedicando atención especial a las familias numerosas. Protegerá la maternidad, la infancia y la juventud, favoreciendo a las instituciones necesarias para esta finalidad”.

católicas tradicionales que estaban presentes en las mentes de los constituyentes, sin embargo, se debe reconocer la innovación respecto al pasado del principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges proclamado por el mismo artículo 29 constitucional.⁶

De hecho, el camino hacia una más completa actuación de las disposiciones constitucionales con referencia a las discriminaciones basadas en el sexo se ha dado gracias a una gradual pero notable evolución en las intervenciones de la Corte Constitucional italiana, que ha pasado de una inicial cautela en la aplicación integral del principio de igualdad a un cada vez más marcado reconocimiento de la paridad entre ciudadanos y ciudadanas.

Así, si para la Corte, en 1958, era

natural que, aún habiendo promulgado el precepto referido a la igualdad jurídica de las personas de los dos sexos, los constituyentes hayan entendido que quedase al legislador ordinario una esfera de apreciación para dictar las modalidades de aplicación del principio, a los fines de la mejor organización y del más provechoso funcionamiento de los distintos órganos públicos, incluso con la intención de utilizar mejor las aptitudes de las personas (G.U. 1958).

Ya en 1960 la Corte intervino precisando que

el legislador ordinario (no puede), sin límites a su discrecionalidad, dictar normas referidas al requisito del sexo, pero (...) puede asumir, en casos determinados y sin violar el principio fundamental de igualdad, la pertenencia a uno u otro sexo como requisito de aptitud, es decir como condición que haga presumir, sin necesidad de prueba

⁶ El artículo 29 de la Constitución italiana establece que "La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio. El matrimonio se regirá sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia".

ulterior, la idoneidad de quienes pertenezcan a un sexo para ocupar tal o cual cargo público (G.U. 1960).

La razón es que el artículo 3 constitucional

que tiende a excluir privilegios y disposiciones discriminatorias entre los ciudadanos, toma en consideración al hombre y a la mujer como sujetos individuales, que, en las relaciones sociales, disfrutan de iguales derechos y de iguales deberes. Ese artículo resguarda la esfera jurídica de la mujer al ponerla en condiciones de perfecta igualdad con el hombre respecto a los derechos de libertad, a su participación en la vida pública, a su participación en la vida económica y en las relaciones de trabajo, etcétera (G.U. 1968).

Como ya ha sido mencionado, es sobre todo en la relación hombre-mujer en el seno de la familia que el principio de igualdad ha tenido una cada vez más amplia aplicación. Así, la Corte Constitucional, si en 1961 justificaba (en su sentencia número 64) por medio de la distinta situación objetiva del hombre y de la mujer el tratamiento penal diferenciado a cada uno de ellos en el tema del delito de adulterio, con repetidas referencias a conceptos como la “vida social”, la “opinión pública”, la “experiencia común”, volviendo sobre el tema en 1968, con la sentencia número 126 ha sostenido, por el contrario, que

El principio de que el marido pueda violar impunemente la obligación de fidelidad conyugal, mientras la mujer debe ser castigada —más o menos severamente— se remonta a tiempos remotos en los cuales la mujer, considerada incluso jurídicamente incapaz y privada de muchos derechos, se encontraba en estado de sujeción frente a la potestad marital. Desde entonces mucho ha cambiado en la vida social.

También considerando el artículo 29 constitucional, que admite limitaciones a la igualdad moral y jurídica de los cónyuges solamente para garantizar la unidad familiar, que podría resultar lesionada por normas jurídicas como la *de qua*.

Con la citada sentencia deben ser relacionadas otras posteriores, como la 127 de 1968, que tuvo por objeto la norma del Código Civil que consideraba el adulterio solamente como causa de separación; la sentencia 147 de 1969, sobre la diferencia entre la relación adúltera de la mujer y el concubinato del hombre; la 99 de 1974, sobre la obligación recíproca de fidelidad para efecto de la separación consensual.

Durante muchos años, por lo tanto, la Constitución republicana no consiguió cambiar la legislación y la práctica orientada en un sentido profundamente discriminatorio: para aplicar el diseño constitucional era necesario esperar a que un cambio de mentalidad y de sensibilidad en las instituciones y en la opinión pública ocurriera. Por lo tanto, la reforma del derecho de familia de 1975 introdujo disposiciones que reconocen los mismos derechos y obligaciones al marido y la mujer dentro del matrimonio (artículo 143 del Código Civil); además se estableció que los dos cónyuges acordando entre sí, eligen la dirección de la vida familiar y la residencia de la familia según las necesidades de ambos y de la familia (artículo 144).

Por lo visto, la entrada en vigor de la Constitución republicana de 1948 no representó la superación de las discriminaciones existentes entre hombres y mujeres: de hecho, sólo en 1963 se aseguró a las mujeres el acceso a todos los cargos, profesiones, empleos públicos, incluido el Poder Judicial, sólo en 1975 se eliminará la disparidad entre los cónyuges, en 1977 se marcará la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, en 1992 se reconocerá la igualdad entre hombres y mujeres por lo que concierne a la adquisición de la ciudadanía italiana y sólo en 1999 las mujeres serán admitidas en el servicio militar.

El reconocimiento del derecho de voto a las mujeres

La discriminación de género se ha producido también en relación con el derecho al voto, que históricamente encontró diversas dificultades para establecerse en su plenitud también con respecto al género masculino. Es suficiente reflexionar sobre el largo camino hacia el reconocimiento de este derecho para todos los hombres, reconocimiento que dependía del censo o del nivel cultural. Este proceso comenzó incluso antes de la unificación de Italia, ocurrida en 1861. Ya en 1848, los criterios del censo electoral en el Reino de Piamonte-Cerdeña (G.U., Reino de Cerdeña, 1848) reconocían el derecho de voto sólo a los hombres mayores de 25 años que sabían leer, escribir y pagaban por lo menos 40 liras en impuestos; ellos representaban sólo 2% de la población total. En 1860, la Ley de 31 de octubre de 1850, inspirada por las leyes electorales del Reino de Piamonte-Cerdeña, en lugar de ampliar el derecho de voto, lo limitó a los ciudadanos alfabetos mayores de edad, en posesión de los derechos civiles y políticos, y que pagaban al menos 40 liras en impuestos directos.

De esta manera, el electorado fue limitado ulteriormente y en las primeras elecciones generales después de la unificación de 1861, votaron sólo 418,696 personas, que representaban 1.89% del total de la población (22,182,377 personas). En 1872 la izquierda del Parlamento bajó el umbral de edad mínima para votar de 25 a 21 años, admitiendo en la votación a todos los ciudadanos que sabían leer y escribir; pero en una situación de analfabetismo como el de la sociedad italiana de ese periodo histórico, el porcentaje de los votantes subió de manera insignificante.

La Ley Zanardelli amplió el sufragio 10 años después, reconociendo el derecho de voto a los varones adultos alfabetos y, también, a aquellos que pagaban impuestos directos por un total anual de 19.8 liras. De este modo el electorado fue más que triplicado. Una nueva ampliación del electorado activo se produjo en 1912 con la adopción de una legislación que establecía que todos los hombres capaces de leer y escribir que habían cumplido

21 años podían votar, mientras que los analfabetos podían votar sólo a los 30 años. Además, el voto se extendió a todos los ciudadanos que habían servido en las fuerzas armadas. Esta legislación fue enmendada en 1919, con la concesión del derecho de sufragio activo a todos los ciudadanos varones con al menos 21 años de edad, así que la distinción con los analfabetos fue suprimida.

Durante el fascismo, a las mujeres se les permitió votar sólo en las elecciones locales —y no en las elecciones para el Parlamento nacional— con la Ley 2125 del 22 de noviembre de 1925. Esta Ley, apoyada abiertamente por Benito Mussolini, nunca fue implementada porque inmediatamente después de su aprobación los órganos de representación de las autoridades locales fueron suprimidos. Para la concesión del derecho de voto a las mujeres y el sufragio universal se tuvo que esperar hasta 1945 con el Decreto emitido por el gobierno dirigido por Ivanoe Bonomi (Decreto Legislativo luogotenenziale, 2 de febrero de 1945, núm. 23).

La primera ocasión nacional en la cual las mujeres pudieron votar fue en las elecciones locales que tuvieron lugar entre marzo y abril de 1946 y, posteriormente, el 2 de junio del mismo año, cuando los italianos y las italianas votaron en el referéndum institucional para elegir entre la monarquía o la república, y para la elección de los miembros de la Asamblea Constituyente (aunque sea de la opinión común que ese voto fue concedido porque se esperaba que el electorado femenino fuera más favorable al rey). Por lo que concierne al electorado pasivo, esto se extendió a las mujeres sólo con el Decreto Legislativo luogotenenziale núm. 74 de 10 de marzo de 1946 para la elección de la Asamblea Constituyente. El artículo 7 establecía la elegibilidad a la Constituyente de los ciudadanos y las ciudadanas italianos que en el día de las elecciones habían cumplido los 25 años de edad. 21 mujeres fueron elegidas a la Asamblea Constituyente, representando 3.7% del total de los constituyentes; sin embargo, esto representa un buen resultado teniendo en cuenta el escaso número de candidaturas recibidas.

Es quizás curioso observar que en Italia la pertenencia al género masculino no era un requisito previo para el ejercicio del derecho de voto. De hecho, no había ninguna referencia textual en este sentido ni en el Estatuto Albertino (la Constitución flexible anterior a la Constitución de 1948), ni en ninguna otra ley. La exclusión de las mujeres era vivida simplemente como una cuestión de hecho, como algo inherente a las características estructurales del sistema.

Esto es, aunque brevemente resumido, el origen del patrimonio histórico y cultural sobre el que se ha establecido la Carta Constitucional y en frente al cual el proceso de liberación ha sido largo y complicado y todavía no se ha terminado. En consecuencia, hoy el estudio de la cuestión de la representación política requiere un enfoque crítico que se inspire en el concepto clásico de la representación política y en las cuestiones más generales de la democracia.

La representación política de género en la legislación

En la Constitución italiana hay por lo menos cuatro normas relevantes sobre la igualdad de género en el acceso a cargos electivos. En primer lugar, el artículo 3, párrafo primero, que reconoce y garantiza el principio de igualdad en su dimensión formal, afirmando que todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales. En el segundo párrafo se afirma que constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país, reconoce el principio de igualdad en su perspectiva sustantiva. En segundo lugar, el párrafo primero del artículo 48 regula el derecho de voto, expresando que son electores todos los ciudadanos, hombres y mujeres, que hayan alcanzado la mayoría de edad.

Además, el artículo 51, después de afirmar que todos los ciudadanos de uno y otro sexo podrán desempeñar cargos públicos y puestos electivos en condiciones de igualdad, según los requisitos establecidos por la ley, tras la revisión constitucional que se produjo en 2003, establece que para realizar ese objetivo, la República promoverá con disposiciones especiales la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Principio similar ha sido confirmado para las regiones con estatuto especial (Valle de Aosta, Trentino Alto Adige, Friuli-Venecia Julia, Sicilia y Cerdeña) por la Ley Constitucional 2 de 2001, cuyo objetivo es lograr una representación equilibrada de género y por eso establece que las leyes electorales de cada región promuevan “condiciones de igualdad de acceso a las elecciones” (G.U. 2001).

Para las regiones con estatuto ordinario⁷ en el artículo 117, párrafo 7 (como modificado por la reforma del Título V de la Constitución por la Ley Constitucional 3 de 2001, que había optado por un cambio en sentido federal del Estado regional italiano, al menos en lo que respecta a la división de competencias entre Estado y regiones) se establece que las leyes regionales suprimirán todos los obstáculos que impiden la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida social, cultural y económica y promoverán la igualdad de acceso a los cargos electivos.

Desde el punto de vista puramente literal, el texto de los artículos 51 y 117, con los recientes cambios, es más detallado que las demás normas mencionadas, lo que constituye el fundamento del mandato constitucional para los legisladores (nacional y regionales) de garantizar el equilibrio de la representación de género en las asambleas representativas.

El año 1993 representa un punto de inflexión para la representación de género en Italia. Esa fecha marca el empuje de una “democracia consensual” hacia una “democracia mayoritaria” culminado en el referéndum abrogativo de 1993 que obtuvo más de 80% de los votos positivos,

⁷ Las regiones italianas se diferencian según el nivel de autonomía que la Constitución o su Estatuto les reconoce: así, se distingue entre regiones con estatuto especial (que gozan de un nivel más alto de autonomía) y con estatuto ordinario.

lo que representa uno de los porcentajes más altos en la historia de los referendos en Italia. Se trataba de un referéndum sobre algunas normas de la ley electoral del Senado, y, por razones totalmente casuales, permitió la transformación del sistema electoral de proporcional a mayoritario.

Dicho referéndum fue seguido de la adopción de una ley electoral para la Cámara de Diputados y el Senado, que preveía el establecimiento de un sistema mixto en el que 75% de los escaños eran asignados en distritos uninominales con el sistema mayoritario, mientras el restante 25% se asignaba de manera proporcional. Además, la Ley 277 de 1993, sobre la elección de la Cámara de Diputados establecía que las listas presentadas en el ámbito regional con la indicación de más de un nombre, tenían que ser “formadas por candidatos y candidatas en orden alternativo”.

En realidad, entre 1993 y 1995 se aprobaron varias leyes electorales, a nacionales, y regionales (Brunelli 2006, 63 y ss.) las cuales preveían instituciones dirigidas a asegurar que en la presentación de las candidaturas a las elecciones, ninguno de los dos sexos pudiera ser representado por debajo de un cierto porcentaje (las llamadas “cuotas”).

Por lo tanto, la ley de 25 de marzo de 1993, núm. 81, sobre la elección directa del alcalde, del presidente de la provincia y las elecciones locales en el artículo 5, párrafo 2, última frase preveía que en las listas de candidatos para las elecciones al consejo municipal de los municipios con población de hasta 15,000 habitantes, ninguno de los sexos puede estar representado por más de dos tercios. La misma disposición está prevista por el artículo 7 en referencia a los municipios con una población superior a los 15,000 habitantes.

Por otra parte, la ley de 23 de febrero de 1995, núm. 43 (Nuevas normas para la elección de las asambleas legislativas de las regiones con estatuto ordinario), establece que “En todas las listas regionales y provinciales cada sexo no puede estar representado por más de dos tercios de los candidatos”.

Disposiciones similares figuran también en las leyes para la elección de las asambleas representativas de algunas regiones con estatuto especial.

El Trentino Alto Adige, por ejemplo, ha establecido que en las listas de candidatos ninguno de los dos sexos puede estar representado en medida superior a los tres cuartos de los escaños asignados, y el Friuli-Venecia Julia ha establecido esta medida en dos tercios (Frontoni 2007, 115 y ss.).

Las “cuotas rosa” en la interpretación de la Corte Constitucional

Los primeros intentos cumplidos por el legislador nacional y regional para asegurar la representación de género fueron anulados por la Corte Constitucional italiana, que con la sentencia 422 de 1995 acogió la cuestión de legitimidad constitucional de las llamadas “cuotas rosa”. Tal sentencia se basa fundamentalmente en las argumentaciones según las cuales el principio de igualdad supone sobre todo una regla de irrelevancia jurídica del sexo y de otras diferencias contempladas en el artículo 3 constitucional, regla reafirmada, en términos del electorado pasivo, por el artículo 51, párrafo primero constitucional. La pertenencia a uno u otro sexo no puede ser asumida como requisito de elegibilidad ni para ser candidato, de tal forma que es contraria a la Constitución la norma legal que impone en la presentación de las candidaturas a cargos públicos electivos cualquier forma de cuota por razón del sexo de los candidatos.

La Corte subrayó que entre las llamadas acciones positivas, dirigidas a

remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país (G.V. 1995).

Se incluyen las medidas que, de distinta forma, el legislador ha adoptado para promover el logro de una situación de igualdad de oportunidades entre los sexos. Pero si tales medidas legislativas —expresamente desigua-

les— pueden ciertamente ser adoptadas para eliminar situaciones de inferioridad social y económica, o, más en general, para compensar y remover las desigualdades materiales entre los individuos (como presupuesto para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales), no pueden por el contrario incidir directamente en el contenido mismo de esos derechos, rigurosamente garantizados en igual medida a todos los ciudadanos en cuanto tales. En particular, en relación con el derecho de sufragio pasivo, la regla inderogable establecida por el mismo Constituyente, por medio del párrafo primero del artículo 51, es la de la absoluta igualdad, de modo que toda diferenciación por razón de sexo no puede más que resultar discriminatoria, ya que disminuye para algunos ciudadanos el contenido concreto de un derecho fundamental a favor de otros, pertenecientes a un grupo que se entiende como en desventaja.

Esta decisión, con la cual fueron declaradas inconstitucionales por consecuencia todas las disposiciones que preveían “cuotas”, fue vista como una parada de la ruta tomada por el legislador italiano para que el derecho de las mujeres a ser elegidas, garantizado por la Constitución, tuviera efecto. La Corte Constitucional fundó su decisión en el principio de igualdad formal, reuniendo el concepto de “idoneidad como candidato” con el de “elegibilidad” y haciendo hincapié en la inclusión en las acciones positivas (que son consideradas como un hecho ilegal cuando inciden directamente sobre el contenido de los derechos) de esas disposiciones antidiscriminatorias cuya consecuencia es la de repercutir en el contenido mismo de esos derechos.

En efecto, la Corte, afirmó que

Dado que tanto el artículo 3, párrafo primero, como sobre todo el artículo 51, párrafo primero, de la Constitución italiana garantizan la absoluta igualdad entre los dos sexos en la posibilidad de acceder a los cargos públicos electivos, en el sentido de que la pertenencia a uno u otro sexo no puede nunca ser asumida como requisito de ele-

gibilidad, se desprende que lo mismo debe afirmarse por lo que hace a la posibilidad de ser candidato. De hecho, la posibilidad de ser presentado como candidato por parte de a quienes (sean órganos de partido, o grupos de electores) las distintas leyes electorales administrativas, regionales o políticas atribuyen la facultad de presentar listas de candidatos o candidaturas individuales, según los distintos sistemas electorales que están en vigor, es la única condición previa y necesaria para poder ser electo, en beneficio del derecho del sufragio pasivo reconocido por el citado párrafo primero del artículo 51. De esta manera, es contraria a los invocados parámetros constitucionales la norma legal que impone en la presentación de las candidaturas a cargos públicos electivos cualquier forma de cuotas por razón del sexo de los candidatos (G.U. 1995).

Para luego añadir que

Esta Corte durante los años desde su creación hasta hoy, cada vez que estaba obligada a examinar las cuestiones que podían afectar al principio de igualdad entre hombres y mujeres, ha trabajado para eliminar todas las formas de discriminación, juzgando favorablemente todas las medidas destinadas a promover la igualdad efectiva. Sin embargo, vale la pena repetir, que se ha tratado siempre de medidas que no tienen un impacto directo sobre los derechos fundamentales, sino más bien están directas a promover la igualdad de los puntos de partida y a lograr la igual dignidad social de todos los ciudadanos, de acuerdo con los dictados de la Constitución.

Todavía tenemos que recordar que las medidas que estamos analizando se encuentran irremediabilmente en contradicción con los principios relativos a la representación política, como se configuran en un sistema basado en la democracia pluralista, principio supremo y fundamental de nuestra República.

Por último, cabe señalar que esas medidas, inconstitucionales si impuestas por ley, pueden ser evaluadas de manera positiva cuando adoptadas libremente por los partidos políticos, si adoptadas por los partidos políticos, asociaciones o grupos que participan en las elecciones, incluso a través de disposiciones especiales en sus estatutos o reglamentos relativos a la presentación de candidaturas. Resultados importantes pueden ser conseguidos a través de un intenso desarrollo cultural que lleve a los partidos y a las fuerzas políticas a reconocer la inevitable necesidad de perseguir una representación igualitaria de las mujeres en la vida pública que sea efectiva, y en los cargos representativos en particular. Crucial en este sentido puede ser la participación directa del electorado femenino y su consiguiente comportamiento (G.U. 1995).

Sin embargo, el juez constitucional no ha dejado de recomendar a los partidos políticos poner en práctica medidas, incluso con disposiciones especiales en los estatutos y reglamentos, para garantizar el equilibrio de género en la representación, considerando este tipo de disposiciones no conformes con la Constitución aunque establecidas por ley.

La decisión de la Corte ha reavivado el debate sobre la representación de género, en particular porque su interpretación de los invocados principios constitucionales fue muy restrictiva. De hecho, el artículo 51, en la formulación precedente a la revisión de 2003, se ha analizado sólo en relación con el párrafo primero del artículo 3 y no con el segundo, por lo que se hizo referencia únicamente al principio de igualdad formal y no a lo sustancial. La crítica se centra principalmente en la consideración de que en virtud de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 3, la República tiene la tarea de eliminar los obstáculos de orden económico y social, que limitan la libertad y la igualdad de los ciudadanos e impiden el pleno desarrollo de la persona humana. Y la falta de mujeres en la escena política italiana, por tanto, tiene que ser considerada como uno de los obstáculos sociales y económicos que el Estado debe eliminar.

Más tarde, con la sentencia 49 de 2003, la Corte Constitucional parece haber cambiado su orientación, por lo cual algunos comentaristas de esta sentencia han hablado de un verdadero *revirement* jurisprudencial. Pero debe recordarse que en el lapso transcurrido entre las dos sentencias, se produjeron diversas relevantes modificaciones constitucionales. Primero, la Ley Constitucional 2 de 2001 estableció que las regiones con autonomía especial deben promover condiciones de paridad en el acceso a las consultas electorales, con el fin de conseguir el equilibrio entre la representación de los sexos; segundo, la Ley Constitucional 3 de 2001 estableció que las regiones con estatuto ordinario deben promover con sus propias leyes la paridad de acceso entre hombres y mujeres a los cargos electivos; finalmente, la Ley Constitucional 1 de 2003 introdujo en la Constitución la norma según la cual la República promueve la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, a fin de lograr el acceso en condiciones de igualdad a las oficinas públicas y a los cargos electivos.

En el ámbito de ese contexto normativo modificado, con la sentencia 49 de 2003 la Corte entendió que eran legítimas algunas normas introducidas en la legislación electoral de la región Valle de Aosta, en virtud de las cuales las listas electorales deben comprender candidatos de ambos sexos, bajo sanción de inadmisibilidad. Tales disposiciones habían sido impugnadas por parte del gobierno recurrente por ser contrarias a los artículos 3, párrafo primero, y 51, párrafo primero, de la Constitución. La Corte motivó la sentencia de rechazo de la cuestión de legitimidad constitucional basándose en la consideración de que las disposiciones bajo examen establecen un vínculo no ya con el ejercicio del voto o con la explicación de los derechos de los ciudadanos elegibles, sino con la formación de las libres elecciones de los partidos y de los grupos que forman y presentan las listas electorales, prohibiéndoles (solamente) la posibilidad de presentar listas formadas por candidatos que sean todos del mismo sexo. Este vínculo negativo opera solo en la fase anterior a la verdadera competición electoral y no incide sobre ella. La elección de los ciudadanos entre las lis-

tas y los candidatos, y la elección de éstos, no están en modo alguno condicionadas por el sexo de los candidatos. Según el juez constitucional, no puede decirse que la regulación así impuesta no respete la paridad de los sexos, es decir, que introduzca diferenciaciones en relación con el sexo de los candidatos o de los aspirantes a la candidatura, tanto porque la ley hace referencia de manera indiferenciada a candidatos de “ambos sexos”, como porque de ella no se desprende ningún trato diferenciado para un candidato respecto a otro por razón de sexo.

Ni siquiera, finalmente, se afecta el carácter unitario de la representación electiva que se expresa en el Consejo regional, no constituyéndose alguna relación jurídicamente relevante entre los electores, de uno u otro sexo, y los electos del mismo sexo.

De tal manera, la Corte ha superado esa ecuación peligrosa y criticable entre elegibilidad y posibilidad de ser candidato sobre la cual se basó la decisión de 1995, subrayando cómo las disposiciones regionales impugnadas se colocan dentro de un nuevo marco constitucional. El vínculo que estas normas plantean se justifica a la luz de las finalidades de promoción expresamente previstas por las normas constitucionales. Por otra parte, se subrayó cómo la legislación electoral de la región Valle de Aosta se presenta como intrínsecamente débil, ni siquiera especialmente efectiva en el logro de la paridad entre los géneros en la representación (Deffenu 2003, 918 y ss.).

Recordando la distinción entre las disposiciones antidiscriminatorias y las acciones positivas, la Corte Constitucional parece haber optado por la legitimidad de las primeras debido a que su redacción neutra no proporciona beneficios especiales a las mujeres, derivando del principio formal de igualdad, como ya había declarado en 1995 (Brunelli 2003, 902 y ss.).

Tras esta decisión, el Parlamento aprobó la Ley Constitucional 1 de 2003, de enmienda del artículo 51, con la que fue agregada, como ya se describió antes, la referencia a la igualdad de acceso a cargos públicos y de elección popular, estableciendo expresamente que la República de-

be adoptar medidas específicas para promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Probablemente la adopción de esta norma es también una consecuencia de la interpretación restrictiva que la Corte Constitucional hizo del artículo 51 en las decisiones anteriores.

Esta enmienda fue la etapa final de la ruta tomada por el legislador constitucional hacia la formulación actual de las normas de referencia: el aspecto que sigue necesitando aclaración es determinar cuáles son las medidas adecuadas para equilibrar la representación de género a la luz del nuevo marco constitucional, que prevé el mandato para el legislador de adoptar medidas que garanticen una igualdad efectiva. Además, con la modificación del artículo 51 de la Constitución —de forma similar a lo ocurrido en Francia, donde el veto del *Conseil Constitutionnel* fue superado por una enmienda a la Constitución—, el legislador constitucional italiano ha superado los obstáculos puestos por la Corte Constitucional para ofrecer a las “cuotas rosa” adecuada cobertura constitucional (Groppi 2010).

El legislador nacional ha puesto en marcha este mandato con éxitos sólo parcialmente positivos. Así, durante el debate parlamentario de la Ley 270 de 2005, que modifica la Ley electoral de la Cámara y del Senado, fue rechazada la enmienda que tenía como objetivo equilibrar la representación de los sexos, no permitiendo, de tal manera, la adopción de las normas que habrían representado directa aplicación de las disposiciones constitucionales. Tal enmienda preveía que en las listas electorales “ambos géneros no pueden ser representados en una sucesión de más de tres y en medida superior de dos tercios de los candidatos”. Además, para aquellas listas que no cumplían los requisitos sobre la representación de género, el reembolso de los gastos electorales se habría reducido de 10% por cada violación, hasta un máximo de 50%. En el Senado, el 8 de febrero de 2006, fue aprobado un proyecto de ley sobre “Disposiciones relativas a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en cargos de elección popular”. En realidad no se trataba de una medida destinada a la introducción de “cuotas rosa”, porque preveía normas antidiscriminatorias

con carácter provisional, limitadas a las dos elecciones de la Cámara y el Senado siguientes a la entrada en vigor de la ley. Este proyecto de ley caducó por no ser aprobado antes del final de la legislatura.

Por el contrario, un ejemplo de aplicación de las disposiciones constitucionales proviene de la legislatura nacional, con respecto a las elecciones al Parlamento Europeo. Con la ley 90 de 2004 se estipuló que “En las listas con el mismo símbolo, en las dos primeras elecciones al Parlamento Europeo a partir de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, ninguno de los sexos puede estar representado por más de dos tercios de Candidatos” (artículo 3, párrafo primero), luego añadiendo que “Son inadmisibles, las listas de electores integradas por más de un candidato que no prevén la presencia de candidatos de ambos sexos” (artículo 3, párrafo 2).

En cambio, varios son los legisladores regionales que han mostrado una especial sensibilidad en este contexto, emergida tanto en el ámbito estatutario como en el legislativo. Así, por ejemplo, el Estatuto de la región Marche exige que las leyes regionales garanticen el acceso en condiciones de igualdad de mujeres y hombres en lo que concierne a los cargos electivos populares y las instituciones, órganos y todas las tareas relacionadas a la Junta y a la Asamblea regionales (artículo 3). De la misma manera, el Estatuto de la región Toscana reconoce el derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y la valoración de la diferencia de género en la vida social, cultural, económica y política, favoreciendo una adecuada representación de género en los ámbitos institucionales y de gobierno (artículo 4, letra f). En cambio, el artículo 13 del Estatuto de la región Piamonte establece que “la ley garantiza la igualdad de acceso para las mujeres y hombres a cargos electivos y en los organismos y en todas las asignaciones de la Junta y del Consejo Regional”. Esta sensibilidad se ha manifestado también en la institución de Comisiones Regionales de Igualdad de Oportunidades.

Los estatutos regionales —que pueden ser considerados como las constituciones de las regiones—, contienen normas de principio que necesitan

de una regulación ulterior para hacerlas operativas por el legislador regional mediante distintas leyes electorales. Entre las regiones que han hecho esfuerzos en este sentido, se incluyen: Toscana, Puglia, Lazio, Calabria, Abruzzo, Las Marcas y Campania. Y es precisamente en referencia a esta última región que la Corte Constitucional ha vuelto a pronunciarse sobre la cuestión de la representación de género.

Con la decisión 4 de 2010 la Corte ha considerado conforme a la Constitución una disposición contenida en la ley electoral de la Campania, núm. 4, de 2009, que por primera vez introducía en el ordenamiento italiano la llamada “preferencia de género”, según la cual el elector tiene la libertad de emitir uno o dos votos de preferencia. Pero en el caso en que decida emitir dos preferencias, una tiene que ser para un candidato de género masculino y la otra para uno de género femenino, perteneciente a la misma lista. Si las dos preferencias se refieren a dos candidatos del mismo género, la segunda preferencia será anulada. Según lo dispuesto por el juez constitucional, en este caso la medida introducida por el legislador regional sería un instrumento promocional, conforme al nuevo marco constitucional y no representaría una violación de esto (Caielli 2010).

De hecho, la Corte ha afirmado que

Los derechos fundamentales del electorado activo y pasivo no van a ser modificados. El primero porque el elector puede decidir de no utilizar la segunda preferencia, que está concedida en adjunta al sistema general de la preferencia única vigente en Italia, y elegir libremente un candidato de género masculino o femenino. El segundo porque la regla de la diferencia de género por la segunda elección no ofrece posibilidades mayores para los candidatos de uno u otro sexo de ser elegidos, considerado el recíproco e igual condicionamiento entre los dos géneros en la hipótesis de expresión de la doble preferencia. De manera que no hay, según la disposición que se analiza, candidatos más o menos favorecidos respecto a otros, sino

sólo una igualdad de oportunidades que una disposición que promueve el re-equilibrio de género en la representación conciliar hace muy fuerte.

Se ha observado que el éxito de esta decisión era bastante previsible (Carlassare 2010, 81), en particular después de que el juez constitucional ya en 2003 había aclarado el hecho de que una disposición sobre la obligatoria presencia de candidatos de ambos sexos en las listas electorales, no podía ser considerada como “acción positiva” y por eso es derecho desigual, porque contraría a los artículos 3 y 51 de la Constitución italiana. También en esta ocasión la Corte parece haber acogido la distinción entre acciones positivas y normas antidiscriminatorias. Las primeras consistirían en un trato desigual mediante la previsión de una ventaja especial para los pertenecientes a un grupo, una categoría o, como en este caso, a un género, mientras las segundas se limitarían a asegurar a los ciudadanos de ambos géneros la participación a las contiendas electorales, sin conceder privilegios y favores especiales.

El acuerdo no alcanzado: la más reciente jurisprudencia administrativa

No obstante los principios elaborados por la Corte Constitucional italiana y compartidos por el legislador (tanto el nacional, como los regionales) sobre la representación de género, no hay uniformidad en su aplicación e interpretación ni por las instituciones políticas ni por los jueces, demostrando una vez más cómo aunque la legislación se esté desarrollando hacia una más efectiva igualdad, en realidad en la sociedad y en la cultura italiana hay todavía experiencias paradigmáticas que muestran cómo la plena igualdad en este tema es un objetivo bastante lejano de alcanzar.

El punto de partida de esta reflexión es ofrecido por recientes decisiones pronunciadas por los tribunales administrativos regionales de Campania, Lombardía y Puglia, que aunque consideren puntos de partida similares,

llegan a conclusiones muy diferentes e incluso contrapuestas.⁸ Ambos casos se refieren al nombramiento de los órganos de gobierno de las regiones (Juntas regionales) cuyos miembros, según lo establecido por el último párrafo del artículo 122 de la Constitución, son nombrados y revocados por el presidente de la región.

En particular, en el caso de la región Campania, el juez administrativo hizo hincapié en la diferencia que hay entre el Estatuto regional campano y de los de las demás regiones, entre los cuales del Estatuto de la región Lombardía, el cual establece que la región promueve el reequilibrio entre ambos géneros en la composición de los órganos de gobierno. Por el contrario, el artículo 46, párrafo 3 del Estatuto de la región Campania establece que “El Presidente de la Junta regional (...) nombra, en el pleno respecto del principio de una presencia equilibrada de mujeres y hombres, los miembros de la Junta (...)”. Con la expresión “en el pleno respecto del principio de una presencia equilibrada de mujeres y hombres”, la disposición impone, según el Tribunal, que el nombramiento cumplido por el Presidente siga una obligación de resultado que se realiza, en primer lugar, en la “presencia” de miembros de ambos sexos y, por eso, en la naturaleza equilibrada de esta presencia. La disposición contenida en el artículo 46, párrafo 3, del Estatuto regional campano, no puede ser considerada como una simple disposición programática, porque pone una obligación inmediata y directa sobre la composición de la misma junta. Basándose en estas argumentaciones, el Tribunal administrativo declaró la ilegitimidad del decreto del presidente de la región Campania, con el que había nombrado 12 asesores regionales, de los cuales 11 eran hombres y una sola mujer.

Contrariamente a lo establecido por el Tribunal campano se ha pronunciado también el Tribunal administrativo de la Lombardía⁹ que ha confirmado la legitimidad del decreto con el que el presidente de la región nombró

⁸ Se trata de la decisión del Tribunal Administrativo de la Región Campania (1985).

⁹ Se trata de la decisión del Tribunal Administrativo de la Región Lombardía (2011).

los miembros de la Junta regional, designando 15 hombres y una sola mujer, no respetando de esta manera, las llamadas “cuotas rosa”, el principio general —de nivel constitucional— de igualdad sustancial entre hombres y mujeres en la vida social, cultural, económica y política, y, por eso, también en el acceso a cargos públicos y electivos. El estatuto lombardo prevé de manera genérica que la región tiene la tarea de promover el reequilibrio entre ambos géneros en los órganos de gobierno y en el acceso a otros por los cuales sean previstas designaciones de competencia de los órganos regionales. En consideración del estado del procedimiento de promoción de una democracia que sea paritaria entre hombres y mujeres y efectiva en el acceso a cargos públicos a la luz del cuadro normativo vigente, el Tribunal decide no declarar la ilegitimidad de la composición de la junta por ser compuesta por la mayoría o por la totalidad de asesores hombres.

Pero aunque se haya subrayado el contraste jurisprudencial, la doctrina sentada por el Tribunal campano se puede considerar como prevalente. En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal administrativo de la región Puglia, la cual a través de diferentes decisiones ha establecido una doctrina que exprime la tendencia hacia la ilegitimidad de todos los actos que en diferentes ámbitos locales nombran como miembros de los órganos de gobierno sólo hombres, porque se ponen en violación de todas esas disposiciones que en términos más o menos amplios, con el objetivo de asegurar oportunidades iguales, impiden una subrepresentación de uno de los dos sexos. Así que con la sentencia 2443 de 22 de octubre de 2009, el juez administrativo de primera instancia de la región Puglia ha afirmado que la disposición estatutaria que prohíbe que uno de los dos sexos puede ser representado por más de los tres cuartos, debe ser considerada como una disposición preceptiva y no programática, que pide que se asegure la presencia, en la Junta de asesores, de ambos sexos, no siendo suficiente de ninguna manera un simple “esfuerzo” directo para alcanzar tal resultado. Se trataría de una obligación de resultado y no de “diligencia”,

que integra un deber jurídicamente establecido a una elección equilibrada de los asesores y que no puede ser derogada con acuerdos políticos. En este mismo sentido se posiciona la sentencia 2913 de 18 de diciembre de 2008 (Sección III) con la que se declaró la ilegitimidad del decreto de nombramiento de los miembros de la Junta municipal. En la adopción de este acto, el alcalde, en violación al principio de igualdad de oportunidades claramente establecido en el artículo 51 de la Constitución (como se ha visto, en la versión modificada por la Ley Constitucional 1 de 2003) y en otra disposición contenida en el Estatuto comunal (que establece que la composición de la junta tiene que asegurar la presencia de los dos sexos), no había observado la obligación de garantizar una representación femenina dentro de la junta ni tampoco había indicado las razones que en concreto impidieron la actuación del mismo principio.¹⁰

Consideraciones conclusivas

La reconstrucción de la evolución histórica y jurídica de la igualdad de género en Italia, con particular referencia al tema de la representación política anteriormente desarrollada, nos permite formular algunas consideraciones finales. El tema de la representación de género constituye, también en Italia, un sector en el cual se ha asistido a un diálogo continuo entre el juez constitucional y el legislador ordinario, que encontró su momento más importante en la reforma constitucional de 2003, por medio de la cual se modificó el artículo 51 constitucional. Como se ha visto, antes de esta fecha se había asistido por un lado a la adopción de diferentes medidas con las cuales el legislador (bien el nacional, bien los regionales) introdujo en el ordenamiento italiano instrumentos para garantizar el equilibrio entre hombres y mujeres en los cargos representativos (las cuotas rosa).

¹⁰ En este mismo sentido véanse las siguientes decisiones del Tribunal Administrativo de la Región Puglia: auto de 12 de septiembre de 2008, núm. 474 (Bari, Sez. III), auto de 6 de julio de 2005, núm. 680 (Lecce, Sez. I), auto de 23 de septiembre de 2009 núm. 740 (Lecce, Sez. I).

Por su lado, la interpretación desarrollada por el juez constitucional sobre estas medidas tuvo que considerar los diferentes valores constitucionales en juego: entre otros, el acceso de mujeres y hombres a los cargos electivos en condición de igualdad, la libertad de elección del ciudadano, la naturaleza unitaria de la representación política. El debate sobre la legitimidad constitucional del tipo de “cuota” elegido, o más en general de la medida escogida para garantizar el equilibrio de la representación de los dos sexos, se ha enfocado sobre diferentes elementos que van de la amplitud de su configuración hacia el espacio dejado a la autónoma evaluación de los partidos, de las concretas características del sistema electoral hacia el sistema de asignación de los escaños.

La perspectiva del debate ha cambiado tras la reforma constitucional del artículo 51; la introducción de la obligación para el Estado de promover la igualdad entre ciudadanos de ambos sexos, mediante específicas disposiciones que garanticen iguales oportunidades entre hombres y mujeres, pone la necesidad de balancear entre los diferentes intereses y valores constitucionales involucrados en una dimensión diferente, pero que no resuelve del todo el controvertido problema de la legitimidad de las cuotas rosa (D’Aloia 2002, 57-8). Es indudable que la revisión del artículo 51 representa un elemento de fuerte dinamismo en la adaptación del texto constitucional a la realidad social, pero también se pone en la lógica de las relaciones entre instituciones constitucionales. De hecho, esta disposición representa el núcleo de la idea subrayada por la Corte Constitucional, que se identifica en la necesidad fundamental de perseguir la efectiva presencia en condiciones de igualdad de las mujeres en la vida pública y en los cargos representativos (véase la sentencia 422). Además, aunque la reforma del artículo 51 constitucional fue acogida como una novedad idónea para garantizar cobertura constitucional a un sistema electoral con cuotas de género, las consideraciones propuestas por el juez constitucional en la sentencia 422 de 1995 sobre las intervenciones estatales, cuyo objetivo es remover las disparidades sociales o de otra naturaleza, siguen siendo plenamente válidas.

La formulación amplia y general de la disposición constitucional deja algunas dudas sobre cuál debiera ser la naturaleza de las medidas legislativas para el logro de una “democracia paritaria” que sea efectiva, aunque no parece que el legislador tenga la obligación de adoptar cuotas, siendo constitucionalmente prevista sólo la adopción de medidas para asegurar “iguales oportunidades” y no “igual acceso”, como en el caso de lo establecido en el artículo 117, párrafo 7 de la Constitución para las regiones con Estatuto ordinario, y en la Ley Constitucional 2 de 2001 para las regiones con Estatuto especial (Pazè 2010, 678-79).¹¹ En este nuevo marco constitucional, medidas como la “preferencia de género” —como la introducida por el legislador regional de la Campania, que constituye “una medida de promoción de las candidaturas femeninas nueva en el ordenamiento italiano (incluso el europeo)” (Califano 2010)— garantizan, más que las cuotas rosa, la libertad del elector, pues no anticipan de manera alguna el resultado de la competición electoral. De hecho, es el elector quien determina tal resultado con sus libres decisiones, incluida la facultad de ejercer una segunda preferencia para otro candidato.

Inevitablemente el tema de la representación de género nos obliga también a algunas observaciones relacionadas con el tema más amplio de la representación política. El fundamento de la idea moderna de la representación política se encuentra en la falta de un vínculo con grupos con intereses particulares. El debate sobre la “representación de género” que ha animado la arena política e institucional, en particular en las últimas décadas, refleja la cultura dominante de la sociedad italiana. Por varias partes se ha subrayado como la misma expresión de “representación de géne-

¹¹ El artículo 117, párrafo 7 de la Constitución italiana establece que “Las leyes regionales suprimirán todo obstáculo que impida la plena igualdad de hombres y mujeres en la vida social, cultural y económica y promoverán la igualdad de acceso entre hombres y mujeres a los cargos electivos”. En el mismo sentido, la Ley Constitucional 2 de 2001 estableció que las regiones con autonomía especial deben promover condiciones de paridad en el acceso a las consultas electorales, con el fin de conseguir el equilibrio entre la representación de los sexos.

ro”, que se utiliza para indicar la necesidad de garantizar en las asambleas electivas, nacionales y regionales, una participación equilibrada de ambos sexos, sería inadecuada (Pazè 2010, 669 y ss.). Ésta indicaría una dinámica según la cual el concepto de la representación política, entendida como voluntad general, desvinculada de intereses particulares o de la pertenencia a grupos o categorías especiales, saldría muy débil. En realidad, se trata de un falso problema: es el mismo texto constitucional italiano en el que se establece que los parlamentarios representen la nación (artículo 67). Se puede observar cómo las mujeres no constituyen una categoría con intereses particulares, sino que representan una parte del género humano que forma parte de la nación italiana y que por lo tanto debería gozar de adecuada representación en las asambleas electivas. Su subrepresentación integra un déficit de la democracia, quedándose excluido totalmente o en parte un componente muy importante de la población. Parece, por lo tanto, evidente que un Parlamento compuesto sólo por hombres no constituiría una adecuada representación de la nación, en abierto contraste con cuanto ha establecido la Constitución italiana.

Fuentes consultadas

- Brunelli, Giuditta. 2003. "Un overruling in tema di norme elettorali anti-discriminatorie". *Le Regioni*, 5, 902-18.
- . 2006. *Donne e politica*. Bologna: Il Mulino.
- Caielli, Mia. 2010. "La promozione della democrazia paritaria nella legislazione elettorale regionale: un altro 'via libera' della Corte costituzionale. *Osservatorio sulle fonti*, 1, 1-15.
- Califano, Licia. 2010. "L'assenso 'coerente' della Consulta alla preferenza di genere" en http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2010/0006_nota_4_2010_califano.pdf (consultada el 15 de junio de 2011).
- Carlassare, Lorenza. 2010. "La legittimità della 'preferenza di genere': una nuova sconfitta della linea del Governo contro la parità". *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 81-4.
- D'Aloia, Antonio. 2002. Le quote elettorali in favore delle donne: il nuovo contesto costituzionale e il "precedente" n. 422 del 1995. En *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, coords. Roberto Bin, Giuditta Brunelli, Andrea Pugiotto y Paolo Veronesi. Turín: Giappichelli.
- Deffenu, Andrea. 2003. "Parità tra i sessi in politica e controllo della Corte: un *revirement* circondato da limiti e precauzioni". *Le Regioni*, 5, 918-29.
- Decisión del Tribunal Administrativo de la Región Campania (Nápoles, Sez. I). *Il Foro Amministrativo*, Giuffrè, núm. 1985, 4, 1318 (abril).
- Decisión del Tribunal Administrativo de la Región Lombardia. 2011 (Milán, Sez. I). *Il Foro Amministrativo*, núm. 3542, 354 (febrero).
- Esposito, Carlo. 1954. *La Costituzione italiana*. Padua: Saggi-Cedam.
- Frontoni, Elisabetta. 2007. *Donne e rappresentanza politica*. En *I diritti delle donne nella Costituzione*, coord. Marina Gigante, 115-139. Nápoles: Editoriale Scientifica.
- G.U. Gazzetta Ufficiale. 2005. Ley 270, núm. 303, Suppl. Ord. n. 213 (diciembre).

- . 2004. Ley 90, núm. 84 (abril).
- . 2003. Ley Constitucional 1, núm.134 (junio).
- . 2001. Ley Constitucional 2, núm. 26 (febrero).
- . 2001. Ley Constitucional 3, núm. 248 (octubre).
- . 1995. Ley 43, núm. 46 (febrero).
- . 1993. Ley 277, núm.183 (septiembre).
- . 1975. Ley 151, núm.135 (mayo).
- . 1925. Ley 2125, núm. 285 (diciembre).
- . 1919. Ley 1176, núm. 172 (julio).
- . 1874. Ley 1938 (junio).
- . 1848. Ley 680 (marzo)
- . 1850. Ley 4385 (octubre).
- G.U. Gazzetta Ufficiale. 2006. Sentencia núm. 61, núm. 8 (febrero).
- . 2003. Sentencia núm. 49, núm. 7 (febrero).
- . 1995. Sentencia núm. 422, núm. 39 (septiembre).
- . 1969. Sentencia núm. 147, núm. 311 (diciembre).
- . 1968. Sentencia núm. 126, núm. 329 (diciembre).
- . 1961. Sentencia núm. 64, núm. 300 (diciembre).
- . 1960 Sentencia núm. 33, núm. 128 (mayo).
- . 1958. Sentencia núm. 56, núm. 253 (octubre).
- Groppi, Tania. 2010. *Le grandi decisioni della Corte costituzionale italiana*. Nápoles: Editoriale Scientifica.
- Longo, Gioia. 1988. "Diritti delle donne e diritti sulle donne. Le scelte normative del Codice Zanardelli al Codice Rocco". En *Esperienza storica femminile nell'età moderna e contemporanea*, coord. Anna Maria Crispino, 195 y ss. Roma: Atti del seminario I, Unione Donne Italiane Circolo "La Goccia".
- Osservatorio Delle Donne nella Pubblica Amministrazione, <http://www.donnepa.forumpa.it> (consultada el 31 de marzo de 2011).
- Pazè, Elisa. 2010. "Quote rosa: dubbi di costituzionalità e riserve critiche". *Politica del diritto*, 4 (diciembre), 669-97.

- Senato della Repubblica. 2005. La Costituzione italiana. Disponible en:
http://www.senato.it/documenti/repository/leggi_e_documenti/raccoltenormative/16%20-%20Federalismo/lavori%20costituzione.pdf.
- Sentencia núm. 2443. 2010. *Corriere del Merito*, 1, 89 (octubre).
- núm. 2913. 2009. *Giornale Dir. Amm*, 3, 308 (diciembre).
- Ufficio Rapporti con l'Unione Europea Camera dei Deputati-XVI Legislatura. 2011. *Il ruolo politico delle donne nel futuro dell'UE*.
- Ungari, Paolo. 1974. *Storia del diritto di famiglia in Italia*. Bolonia: Il Mulino.
- World Economic Forum. *The Global Gender Gap Report 2010*. Ginebra 2010 www.weforum.org/pdf/gendergap/report2010.pdf (consultada el 2 de abril de 2011).

Índice para evaluar normas sobre alianzas partidistas en México

Index to evaluate partisan coalitions laws in Mexico

Ernesto Ramos Mega*

Fecha de recepción: 17 de junio de 2011

Fecha de aceptación: 26 de agosto de 2011

RESUMEN

En México existen 33 reglas distintas para formar alianzas entre partidos: una federal y 32 locales —una por cada entidad federativa—. En este artículo se construye un índice para medir el grado en que cada legislación local facilita o dificulta la formación de alianzas entre partidos; ya sean electorales, en figuras como las coaliciones y candidaturas comunes, o bien, no electorales como los frentes. Se utilizan siete variables dicotómicas para asignar valores enteros a las normas electorales locales, a fin de obtener valores comparables para clasificarlas de acuerdo con los incentivos o las limitantes que generan para la formación de alianzas entre partidos.

PALABRAS CLAVE: alianzas partidistas, coaliciones electorales, candidaturas comunes, frentes, índice liberal, legislaciones electorales, entidades federativas de México.

* Profesor de posgrado en la Facultad de Derecho de la UNAM, con 12 años de experiencia como funcionario electoral.

ABSTRACT

In Mexico there are 33 different rules to form party alliances: one is federal and 32 are local—one for each state—. This paper builds an index to measure the degree to which each local law facilitates or hinders the formation of alliances between parties whether electoral (as coalitions and common candidates) or no electoral (as political fronts). Seven dummy variables are used to assign values to the local electoral laws, in order to obtain comparable values to classify them according to the incentives or disincentives they create for the formation of alliances between parties.

KEYWORDS: party alliances, party coalitions, electoral coalitions, common candidates, political fronts, liberal index, electoral laws, Mexican states.

Introducción

Las alianzas partidistas son comunes en los regímenes democráticos. Por medio de éstas, dos o más partidos políticos unen fuerzas con un objetivo común, como ganar una elección, impulsar políticas públicas, gobernar o formar oposición. Las alianzas de partidos en México han estado presentes en el momento en que ocurren cambios importantes en el país.

En las elecciones de 1988 varios partidos unieron fuerzas por medio de una candidatura común y postularon a la presidencia a Cuauhtémoc Cárdenas. En esos comicios la oposición ganó votos como nunca antes. Los resultados electorales y los conflictos poselectorales pusieron en jaque al sistema político mexicano y le dieron un fuerte impulso a la transición democrática.

En 2000, la coalición entre el Partido Acción Nacional (PAN) y el Partido Verde Ecologista de México (PVEM) obtuvo el triunfo en las elecciones presidenciales y por vez primera se dio la alternancia política en la presidencia de la República. En 2006, una coalición de partidos de izquierda (Partido de la Revolución Democrática [PRD], Partido del Trabajo [PT] y Convergencia) se quedó a medio punto porcentual de ganar la elección presidencial y generar una nueva alternancia en el poder.

Después de los comicios presidenciales de 2006, los partidos de izquierda PRD, PT y Convergencia integraron los frentes políticos Frente Amplio Progresista (con vigencia de 2006 a 2009) y Diálogo para la Reconstrucción de México (con vigencia de 2009 a 2012). Los objetivos de ambos frentes no son precisos en los convenios que los formalizan y tampoco existen efectos vinculatorios para los integrantes. Sin embargo, en la práctica los tres partidos tienden a compartir posiciones sobre las temáticas que se tratan en el Congreso de la Unión y en el debate político nacional.

Por la importancia de las tres figuras de alianzas partidistas, en este texto se analizarán las disposiciones de las leyes electorales locales en materia de coaliciones, candidaturas comunes y frentes. Elementos de los tres tipos de alianza serán integrados para construir una clasificación nacional.

En la primera parte de este texto se explicarán las disposiciones en materia de coaliciones contenidas en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales vigente (Cofipe 2008). Las disposiciones normativas federales servirán de parámetro para clasificar las legislaciones locales en la materia.

En la segunda parte se estudiarán las leyes electorales de las 32 entidades federativas del país para identificar sus principales disposiciones en materia de alianzas partidistas. El análisis de los regímenes aliancistas buscará identificar cómo favorecen o limitan la formación de coaliciones, candidaturas comunes y frentes. Se considerará que las disposiciones que facilitan la formación de alianzas a los partidos son más liberales que las que no prevén esas figuras o que aquellas que les exigen requisitos que pueden funcionar para desincentivarlas.

Es necesario plantear una advertencia sobre la metodología empleada en el estudio. El análisis comparativo realizado se limita a la normatividad electoral aislada de la realidad, por lo que la metodología que se utilizó no refleja si en la práctica los partidos tienen más o menos dificultades para coaligarse, o si ven restringidos algunos derechos. Un estudio sobre las disposiciones normativas, su aplicación en la realidad y sus consecuencias en la práctica durante un periodo de tiempo determinado, es más ambicioso de lo que se pretende en éste. Los recursos necesarios para alcanzar ese objetivo también son mayores. Por tales razones este trabajo se limita al análisis exclusivo de la normatividad en la materia.

Definición de alianza partidista

Para los efectos de este artículo, por alianza partidista se entenderá la unión temporal de dos o más partidos para alcanzar un objetivo común. Se identificarán las alianzas partidistas a través de tres figuras: coaliciones, candidaturas comunes y frentes.

Las coaliciones electorales tienen como finalidad unir fuerzas entre dos o más partidos a fin de postular a los mismos candidatos para determinada elección. Las coaliciones electorales prevalecen sólo durante el proce-

so electoral y se desintegran al terminar la elección que las motiva. Tienen como propósito aumentar las posibilidades de triunfo de los partidos involucrados, al sumar los votos de los distintos partidos a favor de un mismo candidato (Martínez y Salcedo 2000, 17).

Las candidaturas comunes tienen el mismo propósito que las coaliciones, pero pueden formarse con mayor facilidad. Muchas veces basta con que dos o más partidos estén de acuerdo en registrar a un mismo candidato y que el candidato acepte la postulación. Los partidos integrantes mantienen su personalidad y no están obligados a coordinarse en más puntos que la postulación del mismo candidato.

Los frentes se conforman de alianzas entre dos o más partidos para alcanzar fines no electorales. Por lo tanto, se constituyen generalmente fuera del periodo de elecciones y con el objetivo de generar políticas públicas de manera coordinada, o de definir estrategias conjuntas para apoyar u oponerse a un gobierno.

Regulación vigente en el Cofipe en materia de coaliciones

Después de las elecciones de 1988 se creó el Cofipe. A partir de su publicación el 14 de agosto de 1990, la reglamentación en materia de alianzas partidistas cambió radicalmente. Antes de esa fecha los partidos políticos tenían libertad para presentar candidatos comunes a los distintos cargos de elección popular. Luego, el Cofipe ya no permitió la presentación de candidaturas comunes y además estableció una extensa reglamentación en materia de coaliciones.

El 14 de enero de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación un nuevo Cofipe que derogó al anterior publicado en 1990. Uno de los puntos fundamentales de la reforma consistió en las nuevas reglas para formar coaliciones electorales.

Los principales cambios de la reforma 2008 en la regulación de coaliciones electorales se concentran en cuatro temas: conformación, requisitos para el registro, acceso a prerrogativas y distribución de votos.

Conformación

Se permite la participación de agrupaciones políticas nacionales (APN) en las coaliciones. Antes, las APN sólo podían aliarse con partidos políticos para participar en las elecciones.

A diferencia de las anteriores disposiciones, ahora los partidos deberán presentar por separado sus listas de candidatos plurinominales. Es decir, las coaliciones sólo serán para candidaturas de mayoría relativa.

Se distinguen dos tipos de coaliciones: total y parcial. En total, los partidos deben presentar candidatos a diputados en los 300 distritos, candidatos a diputados en las 32 entidades federativas y candidato a presidente. La coalición parcial puede celebrarse para postular únicamente al mismo candidato a presidente, o bien, para presentar candidatos a diputados hasta en 200 distritos y candidatos a senadores hasta en 20 entidades federativas.

Todas las coaliciones deberán ser uniformes, es decir, ningún partido puede formar parte de más de una coalición, y cuando se formen coaliciones para distintos tipos de elección, los partidos que las integran no podrán ser diferentes (por ejemplo, si en una elección se da una coalición parcial para elegir diputados entre PRI-PAN, entonces no podrá formarse coalición parcial para senadores PAN-PRD, ni para presidente PRI-PRD).

Requisitos para el registro

La solicitud de registro se presentará a más tardar 30 días antes de que inicie el periodo de precampaña, y el Consejo General debe resolver dentro de los 10 días siguientes a la presentación del convenio.

Los partidos políticos interesados en conformar una coalición deberán acreditar que su respectivo órgano de dirección nacional aprobó lo siguiente:

- La coalición, postular y registrar a los candidatos a los cargos de diputados y senadores de mayoría relativa.
- La plataforma electoral.
- El programa de gobierno de la coalición o de uno de los partidos coaligados.
- La postulación y el registro del candidato para la elección presidencial.

El convenio de coalición deberá señalar:

- Los partidos políticos nacionales que la forman.
- La elección que la motiva.
- El procedimiento que seguirá cada partido para la selección de los candidatos que serán postulados por la coalición.
- El partido político al que pertenece originalmente cada uno de los candidatos registrados por la coalición, así como el grupo parlamentario o partido político en el que quedarían comprendidos en caso de resultar electos.
- Para la interposición de los medios de impugnación, quién ostentará la representación de la coalición.

Al convenio se deberá anexar la plataforma electoral y, en su caso, el programa de gobierno que sostendrá su candidato a presidente de la República. Éste es un requisito necesario para el registro de la coalición, pero no existe obligación para seguir lo dicho en esos documentos una vez ganada la elección.

Acceso a prerrogativas

Los mensajes en radio y televisión que correspondan a candidatos de coalición deben identificar esa calidad y al partido responsable del mensaje.

En caso de coalición total, de las prerrogativas correspondientes a los partidos políticos ésta recibirá 30% a distribuir en forma igualitaria, como

si se tratara de un solo partido. El restante 70% se distribuirá en proporción al porcentaje de votos obtenido por cada partido en la elección para diputados inmediata anterior. En una coalición parcial, cada partido coaligado accederá a su respectiva prerrogativa en radio y televisión por separado. En ambos casos, el convenio de coalición establecerá la distribución de tiempo en radio y televisión para los candidatos de coalición y para los de cada partido.

Sobre los topes de gastos el convenio debe especificar el monto de las aportaciones de cada partido político para el desarrollo de sus campañas, así como la forma de reportarlo en los informes correspondientes. Las coaliciones se sujetarán al tope de gastos de campaña como si se tratara de un solo partido.

Distribución de votos

Cada uno de los partidos coaligados aparecerá en la boleta electoral con su propio emblema. La ley prevé que cuando el elector marque en la boleta dos o más emblemas y exista coalición entre los partidos, los votos se sumarán para el candidato de la coalición, mientras que los resultados se anotarán por separado en el espacio correspondiente del acta de escrutinio y cómputo de la casilla.

Luego, durante el cómputo distrital, se sumarán los votos emitidos a favor de dos o más partidos coaligados y que hayan sido anotados por separado en el acta de escrutinio y cómputo de la casilla. La suma distrital de estos votos se distribuirá igualitariamente entre los partidos que integran la coalición —si existe fracción, los votos sobrantes se asignarán a los partidos de más alta votación—.

A fin de hacer atractiva la coalición a partidos pequeños, el Cofipe publicado originalmente establecía un procedimiento para que los partidos coaligados pudieran acordar una transferencia de votos. En el convenio se podía estipular que en caso de que uno o varios partidos alcanzaran 1% de la votación nacional emitida, pero no obtuvieran 2% mínimo requerido

para conservar el registro, del partido con más votación se tomaría el porcentaje necesario para que cada uno pudiera mantenerlo. En ningún caso se podría convenir que el porcentaje de votos transferido, más el obtenido por los partidos que no alcanzaran a conservar el registro, superara 2% de la votación nacional.

Sin embargo, el 12 de febrero de 2008 los partidos políticos del Trabajo, Nueva Alianza, Alternativa Socialdemócrata y Campesina y Verde Ecologista de México, presentaron acciones de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que se admitieron y registraron con los números 61/2008 y sus acumuladas 62/2008, 63/2008, 64/2008 y 65/2008.

En la sesión del Pleno de la SCJN, celebrada el 3 de julio de 2008, se resolvió por unanimidad que este régimen de coaliciones era inconstitucional, al establecer que un procedimiento mediante el cual se permitió que los votos específicamente otorgados por los ciudadanos a favor de cierto partido político, fueran transferidos por éste en beneficio de un partido diverso, violaba la voluntad expresa del elector.

Las normas sobre alianzas partidistas en las entidades federativas

En las legislaciones electorales de las entidades federativas hay diversidad de disposiciones sobre la regulación de las alianzas partidistas. En materia electoral, las alianzas reconocidas son las coaliciones y las candidaturas comunes. También se puede regular a los frentes como otro tipo de alianza política de índole no electoral.

De igual forma, las fusiones pueden considerarse como otro tipo de alianza. En ellas, por lo menos uno de los partidos pierde su personalidad para integrarse a la de otro ya existente o nuevo, de manera que esa unión es permanente. Las fusiones no serán motivo de análisis de este texto porque escapan de la definición de alianza como unión temporal para alcanzar un objetivo común.

El parámetro para evaluar la normatividad en materia de alianzas en las entidades federativas es el Cofipe vigente (2008). Esta norma federal facilita la formación de coaliciones electorales por varias razones, entre las que destacan dos: 1) el elector decide —y no los partidos— a qué fuerza integrante de la alianza le da su apoyo —para efectos de mantener el registro y recibir prerrogativas— y 2) el voto conserva íntegramente su validez cuando el elector decide marcar más de un emblema de los partidos coaligados. El elemento que le faltaría para facilitar las alianzas entre partidos es la regulación de las candidaturas comunes.

A partir de la lectura sistemática de las leyes electorales locales, se pueden identificar algunas entidades que comparten las disposiciones del Cofipe de 2008, mientras que otras mantienen disposiciones similares a las existentes en el Cofipe de 1990. Otro grupo de entidades destaca por tener disposiciones completamente distintas, entre otras, las que regulan las candidaturas comunes como una forma para postular candidatos en alianza, pero con menos requisitos.¹

A continuación se presenta un análisis comparado de las disposiciones normativas más relevantes en materia de alianzas electorales entendidas como coaliciones y candidaturas comunes, y alianzas formales pero de tipo no electoral, denominadas frentes.

Análisis comparado de las leyes electorales locales en materia de alianzas partidistas

El objetivo del análisis comparado consiste en proponer una clasificación para determinar qué legislaciones electorales locales promueven o limitan las alianzas partidistas. A partir de los hallazgos de este estudio pueden diseñarse reformas que atiendan las limitantes a la formación de alianzas.

¹ En el ámbito federal, la figura de las candidaturas comunes desapareció con la promulgación del Cofipe de 1990 y no ha sido reincorporada a la ley electoral federal.

Un análisis comparado de las alianzas partidistas que regulan las leyes electorales en México sería una tarea extensa y en cierta medida confusa si no se definen algunos criterios de selección.

En primer lugar, para los objetivos de este texto, no tiene sentido comparar todas las disposiciones en materia de coaliciones que existen en las leyes electorales vigentes. De este análisis se excluyeron algunas temáticas por estimar que son muy similares en las 32 entidades o que las diferencias no afectan considerablemente los incentivos de los partidos para aliarse, ni la expresión de la voluntad ciudadana. A continuación se enlistan los asuntos no considerados para construir la clasificación y una breve justificación de su exclusión:

- Convenios. Las 32 leyes electorales locales prevén la figura de las coaliciones, y todas exigen la celebración formal de un convenio para su registro, en el que los partidos deben expresar su voluntad de competir en conjunto y bajo reglas explícitas. Las diferencias entre las características que deben tener los convenios de coalición son muy pocas y no abordan temas sustantivos que implican aumentar o disminuir la dificultad para registrar una coalición.
- Requisitos. Los requisitos para registrar una coalición pueden ser más o menos extensos en cada entidad federativa, pero todas exigen que los órganos directivos de los partidos aprueben su participación en una coalición. Los elementos adicionales que puedan exigirse no funcionan para desincentivar la formación de coaliciones.
- Tope de gastos, financiamiento y acceso a radio y televisión. En todos los casos a las coaliciones se les exige que se ajusten al tope de gastos de campaña como si se tratara de un solo partido. La asignación de prerrogativas guarda distintas reglas, pero la mayoría exige que las aportaciones de cada partido sobre financiamiento se especifiquen en los convenios. El acceso a radio y televisión varía si las coaliciones son totales o parciales. Las regulaciones en esta materia no contienen disposiciones muy divergentes y no mo-

difican sustancialmente la participación de las coaliciones en las elecciones.

- Representantes. En términos generales las leyes exigen representantes únicos para la coalición, o bien, los partidos conservan a sus representantes, excepto para la presentación de medios de impugnación.
- Conservación del registro. Aquí se dan muchas variaciones, pero unas pueden medirse con la disposición que exige utilizar emblemas separados o un emblema único, y otras corresponden a los porcentajes exigidos para mantener el registro. En el primer caso, es el elector quien decide qué partido coaligado se queda con su voto, o en su defecto, los partidos especifican en su convenio cuántos votos les tocarán a cada uno. En el caso de los porcentajes mínimos, su análisis escapa de la materia de las alianzas.
- Coaliciones totales y parciales: requisitos. En este tema la variación de criterios para formar coaliciones es vasta. Estudiarlas todas implicaría una investigación más amplia y detallada. Por ejemplo, en las entidades que se permiten coaliciones parciales (la mayoría) se manejan distintos umbrales de porcentajes y números de candidaturas en coalición, antes de que los partidos adquieran la obligación de postular a más candidatos en conjunto, o bien, presentar listas de representación proporcional para diputados locales o regidores. Por lo tanto, en este texto sólo se analiza una parte de esta normatividad: si se permiten las coaliciones parciales para la postulación de un mismo candidato a gobernador, o si los partidos que se coaliguen para esa elección también deben postular los mismos candidatos a otros cargos de elección popular.

Construcción de un índice para clasificar las leyes electorales locales en materia de alianzas partidistas

Para evaluar las leyes electorales locales en materia de alianzas partidistas, se tomaron siete variables independientes. La suma de éstas arroja una calificación que permitirá identificar si la regulación en cada entidad federativa es más liberal o más restrictiva frente a la formación de alianzas. Por lo tanto, la variable dependiente de este análisis es el grado en que cada normatividad ofrece incentivos para ampliar o reducir el ejercicio de los derechos de participación política de partidos y ciudadanos.

Para hacer operativas las siete variables, cada una se convirtió en variable dicotómica, de manera que su medición se restringe a dos valores posibles. Para obtener valores medibles y comparables, se asignaron valores de 0 y 1 a los atributos encontrados en cada variable. Los valores 0 identifican una regulación más restrictiva, mientras que los 1 son la opción más liberal en cada regulación. Al sumar los valores arrojados por cada entidad federativa, se obtiene un valor numérico que puede compararse con los valores del resto de las legislaciones locales. A este valor numérico se le denominará *índice liberal*.

El índice liberal sirve para ordenar las legislaciones electorales locales de la más liberal a la más restrictiva. La clasificación persigue dos propósitos: 1) simplificar el análisis de las legislaciones al obviar los detalles complejos de cada regulación; y 2) comparar con parámetros objetivos las regulaciones en las 32 entidades federativas.

El cuadro 1 explica las siete variables utilizadas para el análisis comparado y el criterio que se utilizó para calificarlas como más liberales o más restrictivas (con valores de 1 y 0).

Cuadro 1. Variables utilizadas para clasificar las leyes locales en materia de alianzas partidistas y valores asignados

Núm.	Nombre de la variable	Criterio para fijar valores
1	Candidaturas comunes	No se regulan= 0 Sí se regulan= 1
2	Distribución de votos: emblemas en las boletas	Emblema único= 0 Separados= 1
3	Distribución de votos: contabilidad de los votos cuando marcan dos emblemas o más de la coalición o candidatura común	Voto anulado= 0 Voto válido= 1
4	Distribución de votos: contabilidad de los votos cuando marcan dos emblemas o más de la coalición o candidatura común y son válidos	Se cuentan para candidatos y se anulan para partidos= 0 Se cuentan para candidatos y luego se distribuyen entre los partidos= 1
5	Coaliciones por representación proporcional	Se regulan para postular candidatos RP= 0 Partidos coaligados deben presentar sus propias listas de RP= 1
6	Coaliciones parciales sólo para gobernador	Gobernador obliga a postular otros cargos= 0 Gobernador no obliga a postular otros cargos= 1
7	Frentes	No se regulan= 0 Sí se regulan= 1

Fuente: Elaboración propia con base en la aplicación de los criterios establecidos en este texto.

A continuación se explican las justificaciones que llevaron a determinar los valores de cada variable estudiada.

Candidaturas comunes

Las candidaturas comunes son la forma de alianza electoral más sencilla para los partidos. Los requisitos y acuerdos internos que se exigen para postular a uno o más candidatos bajo esta figura son muy pocos, de manera que su regulación genera incentivos positivos para la formación de alianzas electorales. Si se contempla en una ley, los partidos pueden aliar-

se en torno a una candidatura de manera más fácil que si esta figura no está regulada.

Distribución de votos: emblemas en las boletas

La exigencia de un emblema único es más restrictiva por dos razones:

- a. Desde el punto de vista de los partidos, los compele a negociar un porcentaje de votos a distribuir antes de la elección. Este porcentaje puede no reflejar el verdadero apoyo que los partidos coaligados tienen entre la ciudadanía, sin embargo, la disposición obliga a estos pactos preelectorales para que la coalición pueda registrarse. También puede verse como un elemento de apoyo a la negociación de partidos pequeños con los partidos grandes: si los votos que obtendrán después de una elección dependen de un convenio y no de la voluntad ciudadana, entonces es más probable que se alíen con quien más votos les ceda en el convenio, independientemente de los programas de gobierno que postulen.
- b. Desde el punto de vista de los ciudadanos, un votante puede simpatizar con el candidato y con uno de los partidos coaligados, pero al mismo tiempo puede sentir un fuerte rechazo por otro de los partidos coaligados. Con emblema único, su voto favorece al candidato de su preferencia, pero también a un partido con el cual no simpatiza.

Por el contrario, la obligación de presentarse en la boleta con emblemas separados es más liberal por dos razones:

- a. Las coaliciones deben obedecer a objetivos políticos y estratégicos más amplios que la simple garantía de mantener el registro o pactar más votos con un partido grande. Además, deben esforzarse más en las campañas electorales, para hacer más atractivo a los electores que marquen sus emblemas.

- b. El ciudadano decide libremente a cuál de las fuerzas políticas coaligadas favorece. Tiene más libertad de decisión y su voluntad se refleja fielmente en la boleta, en la asignación de prerrogativas y en el respaldo para mantener el registro.

Contabilidad de los votos cuando marcan dos emblemas o más

Cuando las leyes electorales regulan coaliciones con emblemas separados o prevén la figura de las candidaturas comunes, el elector tiene dos opciones al momento de votar: puede marcar un emblema con el nombre del candidato común o de la coalición, o bien, puede marcar dos o más emblemas de los partidos que postulan al mismo candidato de su preferencia. Si en el segundo caso la ley anula su voto, a pesar de que claramente manifestó su apoyo a favor de un único candidato, esa ley está restringiendo su derecho de voto activo. Incluso puede considerarse que contradice los artículos 35, 39 y 41 de la Constitución federal. En cambio, si la ley contabiliza su voto a favor del candidato, entonces la norma protege la voluntad política del ciudadano.

Contabilidad de los votos cuando marcan dos emblemas o más y son válidos

Cuando la norma electoral prevé contabilizar como válido el voto de un elector que marcó dos o más de los emblemas de partidos coaligados, existen dos opciones para contabilizar ese voto. La opción restrictiva dice que el voto cuenta para el candidato pero no para los partidos, de manera que todos los partidos postulantes de la candidatura pierden ese voto por igual. En cierto sentido, esas disposiciones le restan medio valor a ese voto, puesto que sólo cuenta para el candidato, pero ninguno de los partidos que lo postuló obtiene un beneficio para efectos de conservación del registro y de asignación de prerrogativas.

La otra alternativa, y que aquí se considera más liberal, es la que contabiliza los votos siguiendo un criterio similar al establecido en el Cofipe: cuenta el voto para el candidato, se anota por separado, se suman todos los votos similares y luego se distribuyen de manera igualitaria entre todos los partidos coaligados. Si hay un sobrante, se le da al partido de mayor votación. Esta regulación mantiene el valor del voto para el candidato, como la primera opción, pero además plantea un criterio racional para distribuir el voto entre los partidos postulantes, de manera que puedan contabilizarlo a su favor para efectos de conservar el registro y de asignación de prerrogativas.

La justificación de esta variable también se apoya en la tesis XIX/2009 de la Sala Superior del TEPJF, la cual establece que el sistema de distribución de votos con más de un emblema de la coalición marcado en la boleta se apega a la Constitución:

[...] genera certidumbre respecto al destinatario del voto y permite determinar la voluntad de los electores, para ser reflejada en los resultados, al establecer reglas específicas para su asignación en los diversos supuestos de marca en las boletas. Así, lo establecido por el legislador en el sentido de que los votos que hayan sido emitidos a favor de dos o más partidos coaligados se distribuirán en forma igualitaria y, de existir fracción, los votos correspondientes serán asignados a los partidos políticos de más alta votación, atiende a los principios de indivisibilidad y efectividad del sufragio; además, para computar la totalidad de los votos, resulta lógico y necesario que el legislador federal determinara el destino de esa votación, así como de las fracciones resultantes de la distribución igualitaria [...]

Coaliciones por representación proporcional

Actualmente las leyes electorales prevén que los partidos coaligados presenten una lista de representación proporcional (RP) única, o bien, que

cada partido registre su lista propia. El primer caso puede funcionar para desincentivar alianzas, ya que obliga a los partidos a negociar más puestos de elección popular. Incluso puede funcionar como un factor adicional de complejidad, pues tienen que decidir el orden de prelación en el que sus militantes serán registrados en una lista única. En el segundo caso cada partido postula su lista de RP siguiendo sólo sus procedimientos de postulación internos y sin necesidad de negociar posiciones con otras fuerzas políticas.

Coaliciones parciales sólo para gobernador

Existen distintos tipos de reglas para las coaliciones parciales, dependiendo del número de candidaturas que pueden postularse en alianza. La elección de gobernador o jefe de gobierno es la más importante en cualquier entidad federativa. Por eso se utiliza como representativa de la regulación en la materia, en lugar de analizar los distintos requisitos para cada cargo de elección popular. Las opciones que se toman son dos. Se considera que la regulación más liberal es la que prevé que dos o más partidos puedan coaligarse o postular una candidatura común sólo para la elección de gobernador, sin necesidad de postular más candidatos en conjunto. La interpretación es que es más fácil para los partidos acordar en torno a una candidatura, que sobre muchas candidaturas. Entre menos opciones a discutir, más fácil es llegar a acuerdos. Por lo tanto, si una regulación “amarra” la postulación conjunta de un candidato a gobernador con la postulación obligatoria de algunas o todas las candidaturas en juego, entonces es una ley más restrictiva.

Frentes

Los frentes son una forma de alianza entre partidos que les permite unir fuerzas y coordinarse para perseguir fines no electorales. Si las legislaciones los prevén, los partidos tienen una opción adicional para aliarse en torno a un objetivo común. Esas regulaciones son más liberales porque les

dan más incentivos para aliarse y alcanzar acuerdos. Si las leyes no prevén esta figura, los partidos tienen menos opciones para formalizar una alianza no electoral y dichas leyes se considerarán más restrictivas.

Construcción del índice liberal en materia de alianzas partidistas

Al aplicar los criterios de valoración para cada disposición normativa, se obtiene un valor numérico de cada una en las 32 entidades federativas. El índice liberal se construye, entonces, a partir de la suma de los valores obtenidos en cada una de las siete variables o tipo de disposiciones seleccionadas.

En teoría, el valor máximo que podría alcanzar cada entidad, si su normatividad cumple con los criterios liberales fijados aquí, es 7. Sin embargo, al analizar con detalle las variables *coaliciones con emblemas separados* y *candidaturas comunes*, ambas pueden considerarse mutuamente excluyentes. El argumento es que en una legislación electoral no tiene mucho sentido regular coaliciones en las que los partidos aparecen por separado en la boleta, y al mismo tiempo candidaturas comunes en las que también aparecen por separado. Sería como plantear dos opciones normativas para obtener un mismo resultado.

Al comprobar en la realidad esta hipótesis de exclusión entre ambas variables, se observa que el argumento es válido en 31 de los 32 casos estudiados. Sólo Yucatán incluye en su legislación candidaturas comunes y coaliciones con emblemas separados. De las otras seis entidades que tienen coaliciones con emblemas separados, ninguna permite las candidaturas comunes. Lo mismo sucede en sentido inverso, en las 11 entidades (además de Yucatán) que permiten las candidaturas comunes, sus coaliciones participan con emblema único. Por lo tanto, aunque se califiquen siete valores, el máximo valor que se espera obtener en el cálculo del índice es 6.

Por lo anterior, los valores que pueden obtenerse a partir de la aplicación del índice son 0, 1, 2, 3, 4, 5, 6. Donde 0 sirve para ubicar a las entidades

con una legislación más restrictiva, y seis, para identificar a las entidades con una legislación más liberal. Después de asignarle un valor a cada entidad, el promedio que resulta es 2.5. Sin embargo, como el índice se compone de números enteros, el punto medio se considerará 3. Además, si los valores se ordenan de mayor a menor, el 3 también es la mediana, de manera que puede tomarse como un parámetro objetivo para ordenar la legislación de las entidades federativas.

A partir de la identificación del promedio, se toman los siguientes criterios de clasificación de las leyes electorales locales en materia de alianzas partidistas:

- Dos puntos o más arriba del promedio se considera muy liberal: entidades con índices 6 y 5.
- Un punto arriba del promedio se considera liberal: entidades con índice 4.
- En el promedio se considera regulación intermedia, ni liberal ni restrictiva: entidades con índice 3.
- Un punto debajo del promedio se considera restrictiva: entidad con índice 2.
- Dos puntos o más debajo del promedio se considera muy restrictiva: entidades con índices 1 y 0.

El cuadro 2 describe la clasificación de las 32 entidades federativas analizadas, a partir de la aplicación del índice liberal para medir sus disposiciones normativas en materia de alianzas partidistas.

Cuadro 2. Clasificación de las leyes electorales locales en materia de alianzas partidistas con base en los resultados del índice liberal

Núm.	Entidad	Índice liberal	Clasificación de ley electoral en materia de alianzas
1	Veracruz	6	Muy liberal 5 entidades
2	Coahuila	5	
3	Colima	5	
4	Chihuahua	5	
5	Tabasco	5	
6	Aguascalientes	4	Liberal 5 entidades
7	Distrito Federal	4	
8	Michoacán	4	
9	Oaxaca	4	
10	Sinaloa	4	
11	Baja California Sur	3	Intermedia 8 entidades
12	Guanajuato	3	
13	Jalisco	3	
14	Morelos	3	
15	San Luis Potosí	3	
16	Sonora	3	
17	Yucatán	3	
18	Zacatecas	3	
19	Tlaxcala	2	Restrictiva 1 entidad

Continuación.

Núm.	Entidad	Índice liberal	Clasificación de ley electoral en materia de alianzas
20	Campeche	1	Muy restrictiva 13 entidades
21	Durango	1	
22	Estado de México	1	
23	Guerrero	1	
24	Nayarit	1	
25	Querétaro	1	
26	Quintana Roo	1	
27	Tamaulipas	1	
28	Baja California	0	
29	Chiapas	0	
30	Hidalgo	0	
31	Nuevo León	0	
32	Puebla	0	

Fuente: Elaboración propia con base en la aplicación de valores a las disposiciones en materia de coaliciones, candidaturas comunes y frentes, localizadas en las legislaciones electorales de las 32 entidades federativas. Agradezco el apoyo de la licenciada Libia Márquez y del licenciado José Luis Enríquez en la localización y sistematización de las disposiciones normativas analizadas.

Al ordenarse de mayor a menor, Veracruz alcanza el valor más alto del índice con 6 puntos. En el extremo inferior, cinco entidades comparten la calificación más baja con 0 puntos: Baja California, Chiapas, Hidalgo, Nuevo León y Puebla.

Análisis de hallazgos relevantes por variables

Candidaturas comunes

Doce entidades federativas regulan las candidaturas comunes como una forma de alianza electoral complementaria a las coaliciones; 11 de ellas tienen coaliciones con emblema único, excepto Yucatán, que tiene coaliciones con emblemas separados. Respecto a las boletas con más de una marca, 10 entidades consideran válidos los votos y sólo dos los anulan: Baja California Sur y Yucatán.

Respecto a las 10 entidades que validan las dos marcas, sólo dos (Coahuila y Colima) le reconocen el voto al candidato y luego lo distribuyen entre los partidos postulantes. Las ocho entidades restantes le reconocen el voto al candidato pero lo anulan para los partidos. Pareciera que detrás de esta normatividad el argumento que subsiste es que si el ciudadano marca más de un emblema de la candidatura común, su intención es la de elegir al candidato pero rechazar a los partidos que lo postulan. Esto no es necesariamente cierto, puesto que un votante puede marcar más de un emblema por confusión o porque no se decide por apoyar a un partido en específico.

Por último, las 12 entidades permiten la postulación de candidatos comunes a gobernador sin necesidad de postular a más candidatos. Destaca el caso de Baja California Sur porque sólo permite candidaturas comunes para gobernador. Las 11 entidades restantes permiten la postulación de candidatos comunes para todos los cargos de elección popular.

Distribución de votos: emblemas en las boletas

De las 32 entidades federativas, 25 tienen emblema único y siete tienen emblemas separados en las boletas. De las 25 entidades, 11 prevén la figura de las candidaturas comunes con emblemas separados. Por lo tanto, en 18 entidades los ciudadanos tienen la posibilidad de encontrar alianzas electorales con los emblemas de los partidos ubicados por separado en las boletas.

De las 14 entidades que tienen coaliciones con emblema único y no regulan candidaturas comunes, 13 permiten la postulación de listas de representación proporcional en coalición y sólo el Estado de México exige que los partidos presenten sus propias listas de representación proporcional. Además, 11 entidades obligan a los partidos que decidan postular al mismo candidato a gobernador, a que también incluyan en la coalición a candidatos a diputados y algunos hasta candidatos a los ayuntamientos. Querétaro, Tamaulipas y Tlaxcala sí permiten la formación de coaliciones parciales para postular sólo a un mismo candidato a gobernador.

Contabilidad de los votos cuando marcan dos emblemas o más

En 18 entidades los ciudadanos tienen la posibilidad de encontrar alianzas electorales con los emblemas de los partidos ubicados por separado en las boletas. Si algún ciudadano decide marcar más de un emblema de una coalición o candidatura común, su voto se anularía en cuatro entidades (Baja California Sur, Guanajuato, Jalisco y Yucatán), pero se consideraría válido en 14 entidades.

Aquí vale la pena anotar que la anulación del voto puede considerarse inconstitucional, ya que, en el supuesto de que se marquen dos o más emblemas de partidos pero todos postulan al mismo candidato, entonces existe certeza sobre el sentido de la voluntad del elector en relación con el candidato por el cual votó. Esto puede atentar contra el derecho de voto activo que la Constitución federal reconoce a los ciudadanos en sus artículos 35, 39 y 41.

Contabilidad de los votos cuando marcan dos emblemas o más y son válidos

De las 15 entidades en las que es válido el voto con dos marcas en la boleta a favor de partidos que postulan al mismo candidato, en siete los votos cuentan para el candidato y luego se distribuyen entre los partidos pos-

tulantes. En cinco la distribución es igualitaria, pero en Colima todos los votos se suman para el partido con mayor votación (véase “Análisis de hallazgos relevantes por entidades federativas”).

En las siete entidades restantes (Distrito Federal, Michoacán, Morelos, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora y Zacatecas) los votos cuentan a favor del candidato de la coalición o candidatura común, pero no se distribuyen a favor de los partidos, por lo que éstos los pierden para efectos de conservar su registro y recibir prerrogativas.

Coaliciones por representación proporcional

Ocho entidades federativas (Aguascalientes, Coahuila, Colima, Estado de México, Jalisco, Oaxaca, Tabasco y Veracruz) establecen que los partidos coaligados o en candidatura común deben presentar sus propias listas de representación proporcional. Las 24 entidades restantes regulan que las coaliciones deberán presentar una lista única de representación proporcional para diputados o ayuntamientos. Los requisitos varían, pero en general se ligan con el número de candidaturas que se postulan en coalición o con la postulación de un mismo candidato a gobernador.

Coaliciones parciales sólo para gobernador

En esta variable los valores se distribuyen de manera casi igualitaria; 17 entidades permiten la formación de alianzas entre partidos para postular sólo al candidato a gobernador, sin necesidad de pactar la postulación de más cargos de elección. Las 15 entidades restantes ligan la postulación del candidato a gobernador con otros cargos de elección popular, de manera que no existe la coalición parcial para ese cargo.

Frentes

En la medición de frentes los valores también se distribuyen de manera casi igualitaria; 17 entidades no regulan la formación de frentes como alianzas partidistas con fines no electorales. Las 15 entidades restantes

integran una regulación muy similar de frentes a sus leyes electorales, de manera que los partidos tienen la posibilidad de constituir alianzas formales bajo esa figura.

Análisis de hallazgos relevantes por entidades federativas

Entidades muy liberales

Veracruz es el estado con la regulación más liberal en materia de alianzas partidistas. No permite candidaturas comunes pero alcanza la máxima calificación del índice porque sus coaliciones aparecen con emblemas separados. El resto de su regulación es muy similar a la del Cofipe.

Colima, Coahuila, Chihuahua y Tabasco obtienen un punto menos que Veracruz porque las dos primeras no regulan frentes, el tercero regula una lista única de representación proporcional para las coaliciones y el último no permite coaliciones parciales para gobernador.

Vale la pena detenerse en el caso de Colima, porque el artículo 274 fracción II, último párrafo de su código electoral, determina que cuando el elector marca más de un emblema de partidos coaligados, todos los votos de la coalición se asignan al partido con mayor fuerza electoral. Esta disposición continúa vigente porque nunca se impugnó por medio de una acción de inconstitucionalidad ante la SCJN.

Sin embargo, la disposición fue impugnada en su acto de aplicación. El TEPJF conoció del caso y en la sentencia SUP-JRC-27/2009 declaró la inaplicación de la norma para el caso concreto.

De acuerdo con el TEPJF, la aplicación de la disposición violaría la voluntad del elector, puesto que si al momento de emitir el sufragio el elector marcó varios emblemas de partidos que postulan al mismo candidato, no se sabe a cuál partido apoyó en concreto. Asumir que su voluntad es a favor del partido mayoritario es erróneo, puesto que no existe un método objetivo para determinar ese sentido a partir de observar dos o más emblemas marcados en una boleta. Por otro lado, si el elector hubiera te-

nido una clara preferencia por el partido mayoritario, habría marcado sólo su emblema y ninguno más.

Debido a que el TEPJF sólo puede ejercer un control concreto de la Constitución, dicha disposición sigue vigente y seguirá aplicándose en elecciones sucesivas, a pesar de violar principios constitucionales.

Entidades liberales

Este grupo se caracteriza porque todos sus miembros declaran la validez de los votos cuando las boletas tienen más de una marca, no obstante, para el resto de variables se divide en dos subgrupos. Uno lo forman Aguascalientes y Oaxaca, porque ambas entidades tienen coaliciones con emblemas separados, los votos con dos marcas los contabilizan para candidatos y partidos, no regulan candidaturas comunes, no permiten la formación de coaliciones por representación proporcional ni las coaliciones parciales para postular gobernador. Tampoco regulan frentes.

El otro subgrupo lo integran Distrito Federal, Michoacán y Sinaloa. Las cinco comparten las mismas características: tienen coaliciones con emblema único, permiten la formación de candidaturas comunes, los votos con dos marcas los contabilizan sólo para los candidatos y no para los partidos, prevén la formación de coaliciones de representación proporcional, permiten la formación de coaliciones parciales para gobernador y regulan la formación de frentes.

Entidades intermedias

De las ocho entidades que integran este grupo, cinco tienen coaliciones con emblema único y tres con emblemas separados. De estas últimas sólo Yucatán regula las candidaturas comunes junto con las cinco entidades que tienen coaliciones con emblema único.

Sólo Morelos, San Luis Potosí, Sonora y Zacatecas declaran válidos los votos con dos marcas, pero los cuatro coinciden en reconocerle el voto al candidato y negárselo a los partidos.

Con excepción de Jalisco, todas las entidades del grupo regulan las coaliciones por representación proporcional y la formación de alianzas electorales para la elección exclusiva de gobernador.

Sólo Baja California Sur, Guanajuato y Jalisco regulan los frentes, las demás no contemplan la figura en sus normas.

En este grupo llama la atención el caso de Morelos, pero por un elemento no incluido en las variables estudiadas: es la única entidad federativa que permite la transferencia de votos entre partidos cuando postulan una candidatura común. El artículo 89, párrafo tercero, de su código electoral establece que

en ningún caso se podrá convenir que el porcentaje de votos que se tome para los partidos que no alcancen a conservar el registro, sumado al obtenido por tales partidos, supere el dos por ciento de la votación emitida.

Aunque el artículo está redactado en sentido prohibitivo, en realidad lo que regula es que un partido con más votos le pueda dar al partido con menos una cantidad suficiente para mantener el registro, pero no más. Esta disposición, si se aplica como aquí se interpreta, es contraria a la Constitución federal. Así lo determinó la SCJN cuando resolvió la acción de inconstitucionalidad 61/2008 y acumuladas. En ese caso, revisó la regulación en materia de coaliciones que el legislador federal aprobó en la reforma electoral 2008. El artículo 96, párrafo 5 del Cofipe establecía lo siguiente:

Cuando dos o más partidos se coaliguen, el convenio de coalición podrá establecer que en caso de que uno o varios alcance el uno por ciento de la votación nacional emitida pero no obtenga el mínimo requerido para conservar el registro y participar en la asignación de diputados por el principio de representación proporcional, de la votación del o los partidos que hayan cumplido con ese requisito se

tomará el porcentaje necesario para que cada uno de aquellos pueda mantener el registro. [...] En ningún caso se podrá convenir que el porcentaje de votos que se tome para los partidos que no alcancen a conservar el registro, sumado al obtenido por tales partidos, supere el dos por ciento de la votación nacional emitida.

La SCJN resolvió que la transferencia de un determinado número de votos, específicamente los otorgados por los ciudadanos, entre partidos coaligados, viola la voluntad expresa del elector, resultando así inconstitucional. Por lo anterior, el párrafo 5 del artículo 96 del Cofipe fue expulsado del ordenamiento jurídico vigente. Pero, una disposición similar subsiste en la ley electoral de Morelos simplemente porque nunca ha sido impugnada.

Entidades restrictivas

Este grupo es integrado sólo por Tlaxcala. Tiene coaliciones con emblema único, no permite candidaturas comunes, pero sí la formación de coaliciones de representación proporcional y de coaliciones parciales para gobernador, además de regular los frentes.

Entidades muy restrictivas

Éste es el grupo más grande, con 13 entidades federativas. Todas las entidades tienen coaliciones con emblema único y ninguna permite la formación de candidaturas comunes, por lo tanto, no tienen valores asignados en las variables “3. Distribución de votos: Contabilidad de los votos cuando marcan dos emblemas o más de la coalición o candidatura común” y “4. Distribución de votos: Contabilidad de los votos cuando marcan dos emblemas o más de la coalición o candidatura común y son válidos”.

Sobre la regulación de coaliciones para cargos de representación proporcional, sólo el Estado de México exige que los partidos coaligados presenten listas propias. Por otro lado, sólo Querétaro y Tamaulipas permiten la formación de coaliciones parciales para gobernador, las 11 entidades restantes exigen que la coalición por este cargo sea total.

La formación de frentes sólo es regulada por cinco entidades (Campeche, Durango, Guerrero, Nayarit y Quintana Roo), las ocho restantes no los contemplan.

Por último, destacan los casos de Baja California, Chiapas, Hidalgo, Nuevo León y Puebla por ser las cinco entidades que tuvieron una calificación de 0 en el índice liberal. No obtuvieron puntos porque sus leyes no permiten la formación de candidaturas comunes ni regulan los frentes. En materia de coaliciones, los partidos sólo pueden aliarse bajo un emblema único, no pueden formar coaliciones parciales y los integrantes deben acordar la postulación de una lista única de representación proporcional. A partir de los criterios planteados en este texto, las cinco entidades son las que menos incentivos ofrecen para la formación de alianzas partidistas.

Conclusiones

Las alianzas partidistas son comunes en cualquier régimen democrático. Más aún si en dicho régimen persiste un sistema de partidos de pluralismo moderado, como el mexicano.

En México rige el federalismo en materia electoral, que permite un margen amplio de divergencias entre las disposiciones de una entidad federativa y otra. Los límites a esas divergencias están marcados por la Constitución federal. Sin embargo, mientras no se vulneren derechos fundamentales, las normas electorales pueden motivar o incentivar determinadas conductas, de acuerdo con su propio contexto político y social.

La regulación en materia de alianzas partidistas es un buen ejemplo de las grandes divergencias que pueden existir en las leyes electorales de las 32 entidades federativas que integran la República mexicana.

En este trabajo se aplicó una metodología para sistematizar las disposiciones legales más relevantes en materia de alianzas a fin de obtener parámetros objetivos de comparación entre legislaciones. Esta sistematización permitió reducir las complejidades de cada legislación a valores que pueden sumarse y compararse.

Los resultados ilustran la diversidad de maneras en que se pueden regular las alianzas partidistas en un mismo país. Las 32 entidades federativas se clasificaron en cinco rubros, definidos a partir de los incentivos que ofrecen a la formación de alianzas partidistas, y se ordenaron de las más liberales a las más restrictivas. La clasificación deriva de una lectura comparada de las normas aisladas de la realidad. No se verificó su funcionamiento en cada uno de los 32 distintos contextos en los que operan. Pero, la clasificación ofrecida puede servir para ubicar áreas de oportunidad en las entidades que tengan problemas para generar acuerdos de gobernabilidad, o en las que no exista una competencia política fuerte porque los partidos de oposición no cuentan con los suficientes incentivos normativos para cooperar.

Es importante destacar que este texto no pretende proponer un modelo único para regular las alianzas partidistas en el país. La regulación de cada entidad federativa tiene fuentes diversas y son aplicables en contextos particulares. Si una regulación funciona de forma adecuada en términos de estabilidad política y gobernabilidad en una entidad federativa, no necesariamente funcionará igual en otra.

Por lo tanto, aunque para el presente estudio se califica a las normas en un rango que va de muy liberales a muy restrictivas, también se acepta que no existe una regulación ideal trasladable de un lado a otro. Por ejemplo, si la legislación de Veracruz, que es la entidad más liberal de la clasificación, se trasladara tal cual a Nuevo León o Puebla, que son dos de las entidades más restrictivas, eso no implicaría por fuerza que las condiciones de competencia en dichas entidades mejoraría de manera considerable, ni que los partidos formarían más alianzas en automático. Contextos diferentes pueden generar efectos positivos o negativos bajo una misma normatividad.²

² Dieter Nohlen ha desarrollado una metodología de análisis enfocada a la importancia del contexto en la aplicación de normas electorales. Específicamente lo aplica en el análisis de sistemas electorales. Para profundizar en el tema véase 2003, 97-125 y 2008, 149-71.

A partir de los hallazgos encontrados, una investigación posterior podría dedicarse a responder dos preguntas de investigación interesantes:

1. ¿Cómo los distintos niveles del índice liberal afectan la conformación de alianzas partidistas en la realidad? La idea central sería buscar si existe alguna causalidad entre el tipo de regulación de las entidades y el número de alianzas que se forman en cada entidad. Por ejemplo, podría explorarse la hipótesis de que en las entidades que tienen disposiciones calificadas como muy liberales, las alianzas son más comunes, y en las entidades con normas más restrictivas rara vez se integran alianzas. O bien, tal vez la realidad muestre que las normas no influyen de manera determinante en los incentivos que tienen los partidos para aliarse.
2. ¿Qué elementos explican las decisiones de las legislaturas locales para regular las alianzas de manera más liberal o más restrictiva? Aquí podría buscarse evidencia sobre los incentivos y el contexto político específico que motivaron a los congresos locales a regular las alianzas de una manera u otra. Podría encontrarse, por ejemplo, que las entidades que comparten una misma calificación en el índice liberal han vivido contextos políticos similares, o los partidos principales tienen relaciones de cooperación y veto comparables. También podría suceder que la realidad muestre que no existen factores similares entre una entidad y otra, aunque sus normas sobre alianzas sean iguales.

Anexo. Leyes electorales de las entidades federativas y su ubicación en cada una de las siete variables dicotómicas utilizadas para crear el índice liberal sobre regulación de las alianzas partidistas

Núm.	Entidad	Candidaturas comunes	Emblemas	Dos marcas en emblemas separados	Validez dos marcas	C o CC RP	C parcial o CC Gober.	Frentes
1	Aguascalientes	no	separados	válido	Cofipe*	no	no	no
2	Baja California	no	único	-	-	sí	no	no
3	Baja California Sur	sí	único	nulo	-	sí	sí	sí
4	Campeche	no	único	-	-	sí	no	sí
5	Coahuila	sí	único	válido	Cofipe	no	sí	no
6	Colima	sí	único	válido	Cofipe	no	sí	no
7	Chiapas	no	único	-	-	sí	no	no
8	Chihuahua	sí	único	válido	Cofipe	sí	sí	sí
9	Distrito Federal	sí	único	válido	candidato sí, partidos no	sí	sí	sí
10	Durango	no	único	-	-	sí	no	sí
11	Estado de México	no	único	-	-	no	no	no
12	Guanajuato	no	separados	nulo	-	sí	sí	sí

Continuación.

Núm.	Entidad	Candidaturas comunes	Emblemas	Dos marcas en emblemas separados	Validez dos marcas	C o CC RP	C parcial o CC Gober.	Frentes
13	Guerrero	no	único	-	-	sí	no	sí
14	Hidalgo	no	único	-	-	sí	no	no
15	Jalisco	no	separados	nulo	-	no	no	sí
16	Michoacán	sí	único	válido	candidato sí, partidos no	sí	sí	sí
17	Morelos	sí	único	válido	candidato sí, partidos no	sí	sí	no
18	Nayarit	no	único	-	-	sí	no	sí
19	Nuevo León	no	único	-	-	sí	no	no
20	Oaxaca	no	separados	válido	Cofipe	no	no	no
21	Puebla	no	único	-	-	sí	no	no
22	Querétaro	no	único	-	-	sí	sí	no
23	Quintana Roo	no	único	-	-	sí	no	sí
24	San Luis Potosí	sí	único	válido	candidato sí, partidos no	sí	sí	no

Continuación.

Núm.	Entidad	Candidaturas comunes	Emblemas	Dos marcas en emblemas separados	Validez dos marcas	C o CC RP	C parcial o CC Gober.	Frentes
25	Sinaloa	sí	único	válido	candidato sí, partidos no	sí	sí	sí
26	Sonora	sí	único	válido	candidato sí, partidos no	sí	sí	no
27	Tabasco	no	separados	válido	Cofipe	no	no	sí
28	Tamaulipas	no	único	-	-	sí	sí	no
29	Tlaxcala	no	único	-	-	sí	sí	sí
30	Veracruz	no	separados	válido	Cofipe	no	sí	sí
31	Yucatán	sí	separados	nulo	-	sí	sí	no
32	Zacatecas	sí	único	válido	candidato sí, partidos no	sí	sí	no

Fuente: Elaboración propia con información obtenida de las 32 leyes electorales de las entidades federativas, vigentes al 20 de mayo de 2011.

Abreviaturas: C: coalición; CC: candidatura común; RP: representación proporcional. Cofipe significa que la regulación local es similar a la federal.

*En la práctica los votos se distribuyeron como en el Cofipe por la sentencia del TEPJF SUP-JRC-27/2009. La ley electoral de Colima sólo distribuye esos votos a favor del partido con mayor votación.

Fuentes consultadas

- Código Electoral del Estado de Aguascalientes. 2010. México: TEPJF.
- Código de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Campeche. 2009. México: TEPJF.
- Código Electoral del Estado de Coahuila de Zaragoza. 2011. México: TEPJF.
- Código Electoral del Estado de Colima. 2005. México: TEPJF.
- Código de Elecciones y Participación Ciudadana del Estado de Chiapas. 2010. México: TEPJF.
- Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Distrito Federal. 2010. México: TEPJF.
- Código Electoral del Estado de México. 2010. México: TEPJF.
- Código de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Guanajuato. 2010. México: TEPJF.
- Código Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco. 2009. México: TEPJF.
- Código Electoral del Estado de Michoacán. 2010. México: TEPJF.
- Código Electoral del Estado Libre y Soberano de Morelos. 2009. México: TEPJF.
- Código de Instituciones, Políticas y Procedimientos Electorales de Oaxaca. 2011. México: TEPJF.
- Código de Instituciones y Procesos Electorales del Estado de Puebla. 2009. México: TEPJF.
- Código Electoral para el Estado de Sonora. 2010. México: TEPJF.
- Código Electoral para el Estado de Tamaulipas. 2009. México: TEPJF.
- Código de Instituciones y Procedimientos Electorales para el Estado de Tlaxcala. 2008. México: TEPJF.
- Código Electoral para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. 2009. México: TEPJF.
- Cofipe. Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. 2009. México: TEPJF.
- CPEUM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2011. México: TEPJF.

- Convenio por el que los partidos políticos nacionales, de la Revolución Democrática, del Trabajo y Convergencia; constituyen un frente, de conformidad con los artículos 9, 41 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 36, párrafo 1, inciso e) y 93 párrafo 1 del Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. 2009. México: IFE. Disponible en <http://www.ife.org.mx> (consultada el 9 de mayo de 2011).
- Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Baja California. 2009. México: TEPJF.
- Ley Electoral del Estado de Baja California Sur. 2010. México: TEPJF.
- Ley Electoral del Estado de Chihuahua. 2009. México: TEPJF.
- Ley Electoral del Estado de Durango. 2009. México: TEPJF.
- Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Guerrero. 2010. México: TEPJF.
- Ley Electoral del Estado de Hidalgo. 2011. México: TEPJF.
- Ley Electoral del Estado de Nayarit. 2010. México: TEPJF.
- Ley Electoral del Estado de Nuevo León. 2008. México: TEPJF.
- Ley Electoral del Estado de Querétaro. 2009. México: TEPJF.
- Ley Electoral del Estado de Quintana Roo. 2011. México: TEPJF.
- Ley Electoral del Estado de San Luis Potosí. 2010. México: TEPJF.
- Ley Electoral del Estado de Sinaloa. 2009. México: TEPJF.
- Ley Electoral del Estado de Tabasco. 2011. México: TEPJF.
- Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Yucatán. 2009. México: TEPJF.
- Ley Electoral del Estado de Zacatecas. 2009. México: TEPJF.
- Duverger, Maurice. 1957. *Los partidos políticos*. México: FCE.
- García Orozco, Antonio. 1989. *Legislación electoral mexicana 1812-1988*. México: ADEO Editores.
- Martínez Silva, Mario y Roberto Salcedo Aquino. 2000. *Diccionario electoral 2000*. México: Instituto Nacional de Estudios Políticos.
- Nohlen, Dieter. 2003. *El contexto hace la diferencia: reformas institucionales y el enfoque histórico-empírico*. México: UNAM/TEPJF.

- . 2008. *Derecho y política en su contexto*. México: SCJN/UNAM/BUAP.
- Ramos Mega, Ernesto, Libia Márquez y Mariana Sánchez. 2008. *Análisis comparativo de la reforma electoral constitucional y legal 2007-2008*. México: IFE.
- . 2011. "Las coaliciones en México: áreas de oportunidad para una reforma electoral y legislativa". *Pluralidad y consenso*. México, núm. 14, marzo 2011.
- Resolución del Consejo General del Instituto Federal Electoral sobre la solicitud de registro del Convenio para constituir el "Frente Amplio Progresista" que presentan el Partido de la Revolución Democrática, el Partido del Trabajo y Convergencia. 2006. México: IFE. Disponible en <http://www.ife.org.mx> (consultada el 9 de mayo de 2011).
- Sartori, Giovanni. 1999. *Elementos de Teoría Política*. Madrid: Alianza Editorial.
- . 2000. *Partidos y sistemas de partidos*. Madrid: Alianza Editorial.
- SCJN. Acción de inconstitucionalidad 61/2008 y sus acumuladas 62/2008, 63/2008, 64/2008 y 65/2008. 2008. México: SCJN. Disponible en http://www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Transparencia/Pleno/Novena%20%C3%A9poca/2008/7_AI_61_08.pdf (consultada el 15 de mayo de 2011).
- Sentencia SUP-JRC-27/2009. 2009. México: TEPJF. Disponible en <http://200.23.107.66/siscon/gateway.dll/nJurisprudenciayTesis/nVigentesTercerayCuartaEpoca/nsentencias/sup-jrc-0027-2009.htm> (consultada el 7 de mayo de 2011).
- Zovatto, Daniel y Jesús Orozco Henríquez, coords. 2008. *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*. México: IJ/UNAM/IDEA Internacional.
- Tesis XIX/2009 de la Sala Superior. 2009. México: TEPJF. Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/CDs2010/CDLGSMIME/pdf/A35-2,%20T-2.pdf> (consultada el 7 de mayo de 2011).

El modelo de democracia constitucional de Carlos Nino y sus implicaciones para la práctica judicial

The Constitutional Democracy Model of Carlos Nino and its Implications for the Judicial Practice

Leopoldo Gama Leyva*

Fecha de recepción: 11 de abril de 2011

Fecha de aceptación: 26 de agosto de 2011

RESUMEN

El propósito del presente artículo es analizar los elementos principales del constitucionalismo democrático defendido por el jurista argentino Carlos Santiago Nino. Se muestra, además, la relevancia que esta concepción posee para la labor cotidiana de los operadores jurídicos, en particular, los jueces que deben garantizar los derechos fundamentales. Comprender a fondo la concepción tridimensional propuesta por dicho autor —integrada por una teoría de la democracia, de los derechos fundamentales y de la Constitución—, es de importancia capital para la correcta práctica de la argumentación jurídica.

PALABRAS CLAVE: constitucionalismo, democracia constitucional, democracia deliberativa, derechos fundamentales, garantía judicial de los derechos.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Asesor en la Ponencia del magistrado Rubén Enrique Becerra Rojasvértiz, Sala Regional Monterrey del TEPJF.

ABSTRACT

The purpose of the present article is to analyze the main elements of the democratic constitutional model supported by the argentinian jurist Carlos Santiago Nino. It shows, as well, the relevance that this conception has for the jurists' every day tasks, particularly for the judges that must guarantee fundamental rights. In order to obtain accurate legal argumentation practices, it is of great importance to completely understand the author's three-dimensional model composed by democratic, fundamental rights and constitutional theories.

KEYWORDS: constitutionalism, constitutional democracy, deliberative democracy, fundamental rights, judicial protection of rights.

Introducción

Carlos S. Nino, en una serie de trabajos que culminaron con la aparición del libro póstumo *The Constitution of deliberative democracy*,¹ defendió un modelo de Estado constitucional que integra una teoría de la democracia, una propuesta de justificación de los derechos humanos y una teoría de la Constitución. Sus ideas forman parte de un proyecto para respaldar un constitucionalismo democrático atento a las dificultades que trae consigo la presencia de ingredientes participativos y liberales en continua tensión. El autor intenta, pues, superar esta problemática equilibrando el valor del gobierno democrático con la exigencia de protección de los derechos fundamentales.

En el presente trabajo se intentará dar cuenta del constitucionalismo democrático defendido por Carlos Nino, se hará un examen de sus tres elementos básicos; y se mostrará, además, la relevancia que dicho modelo posee para la labor judicial actual (en la que, como es sabido, juega un papel significativo la argumentación jurídica) (Atienza 2006). Hay que mencionar, además, que la teoría de la democracia constitucional ofrecida por el autor forma parte de una empresa mucho más amplia, preocupada por problemas de la teoría y filosofía del derecho y por cuestiones de filosofía moral y política.² Por esa razón, será necesario adentrarse, eventualmente, en las líneas generales que componen su pensamiento filosófico, con el objeto de situarse en el panorama que sirve de base para la justificación del constitucionalismo.

El constructivismo ético

Tanto la propuesta deliberativa de la democracia de Carlos Nino como su concepción acerca de los derechos fundamentales, están ligadas estre-

¹ Las obras en las que se desarrolla su teoría de la democracia constitucional son: Nino 1980a; 1991a; 1993; 1996; 1997.

² Para una perspectiva general acerca de las preocupaciones teóricas del autor, puede verse Nino 1984.

chamente a una postura metaética de tipo constructivista. El constructivismo ético de Nino intenta responder a una pregunta básica: ¿cuál es el método más confiable para conocer los principios de moralidad intersubjetiva o social que sirvan de base para la vida en comunidad? Esta cuestión se responde de la siguiente manera: un procedimiento que asegure la *participación* en las discusiones colectivas de todos aquellos que puedan verse afectados por una decisión determinada es más confiable que cualquier otro procedimiento alternativo para tomar decisiones moralmente legítimas.³

En las últimas décadas se han desarrollado tres posturas que defienden la posibilidad de conocer y justificar un conjunto de principios morales de índole normativa: una individualista, otra colectivista y una intermedia entre ambas. La primera —que se ubica dentro de la tradición kantiana— tiene su representante en John Rawls; la segunda —heredera de la tradición hegeliana—, en Jürgen Habermas; y la tercera, que sería una especie de propuesta intermedia entre la rawlsiana y la habermasiana, es la defendida por Nino.

Estas propuestas son intentos para responder a dos preguntas, la primera de orden ontológico y la segunda epistemológico: 1) ¿cómo se constituye la validez de los juicios morales? y 2) ¿cómo es posible el conocimiento de esos principios? Estas preguntas, de acuerdo con Nino, se responden de la siguiente manera: a su juicio, Rawls sostiene como tesis ontológica que

[l]a verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de cualquier individuo,

³ A este respecto, Nino se reconoce partidario de Rawls, aunque admite como precursores de dicha concepción metaética a Hobbes, Kant y, recientemente, a K. Baier, W. Frankena, R. M. Hare, D. Richards, G. Warnok, T. Nagel, K. O. Appel, J. Habermas, entre otros. Por otro lado, el constructivismo ético como concepción que permite justificar racionalmente principios morales, está tomado sobre todo del *Rawls de Kantian Constructivism in Moral Theory*, aunque también ha sido denominada “formalismo” o “conceptualismo”, en Nino 1989a; 1989b; 1988.

en particular el presupuesto de acuerdo al cual un principio moral es válido si es aceptable para todas las personas que se encuentren bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes (Nino 1997, 160-1).

Como tesis epistemológica, señala que

[e]l conocimiento de la verdad moral se alcanza por medio de la reflexión individual. La discusión con otros es un elemento auxiliar útil de la reflexión individual pero, en definitiva, debemos actuar ineludiblemente de acuerdo con los resultados finales de esta última (Nino 1997, 161).

Por su parte, Habermas sostiene en el plano ontológico que

[l]a verdad moral se constituye por el consenso que resulta de la práctica real de la discusión moral cuando se lleva a cabo de acuerdo con algunas restricciones procesales acerca de los argumentos que se esgriman (Nino 1997, 161).

Como tesis epistemológica, apunta que

[e]l método de la discusión y decisión colectiva es la única forma de acceder a la verdad moral, ya que la reflexión monológica es siempre distorsionada por el sesgo del individuo a favor de su propio interés [...] (Nino 1997, 161).⁴

En *A theory of justice*, explica Nino, Rawls sostiene dos ideas centrales en cuanto al conocimiento moral: que la corrección o verdad de los prin-

⁴ Véase, además, Nino 1989b, 104 y ss.

cipios morales depende de la satisfacción de ciertos presupuestos del razonamiento práctico y que el conocimiento acerca de esos principios sólo es posible mediante la reflexión individual. Habermas, por su parte,⁵ propone también dos postulados: que la corrección o verdad de los principios morales depende del consenso real de una práctica discursiva en la que se han satisfecho los presupuestos del razonamiento práctico y que esa labor es posible únicamente mediante la discusión colectiva. En otras palabras, tanto Rawls como Habermas coinciden en que la validez de los principios morales depende de la satisfacción de ciertos presupuestos formales, con la diferencia de que para Rawls éstos rigen un razonamiento moral de tipo monológico, mientras que para Habermas, constituyen requerimientos de todo discurso intersubjetivo.

En opinión de Nino ambas propuestas presentan algunos problemas. El error de Rawls consiste en no atribuir un peso importante al diálogo racional con otros individuos para efectos de la constitución de la verdad o corrección moral. Esta postura, a fin de cuentas, conduce a una especie de *elitismo moral*: la verdad de un principio moral sólo puede ser conocida de forma individual. En este sentido, si, finalmente, la reflexión individual es el único medio para acceder al conocimiento de proposiciones morales correctas, el individualismo epistémico de Rawls no permitiría fundamentar la obediencia hacia normas heterónomas como las del derecho, ya que no habría razones para seguir los dictados de una autoridad. Por otro lado, la deficiencia en la propuesta de Habermas radica en exigir el consenso real como garantía para la corrección de un juicio moral. Además, si la verdad o corrección de los principios morales está determinada por su aceptación en una discusión real, no se sabe cómo es posible que un individuo sostenga un juicio moral como válido *antes* de llegar a ese consenso. Para Nino, este último tipo de concepción podría conducir a una especie de

⁵ El trabajo de Habermas en el que se basa Nino para reconstruir su concepción metaética es "Ética del discurso" (Habermas 1991).

populismo moral, pues una vez que se llega a un consenso acerca de la corrección de un principio no sería posible sujetarlo a crítica, a menos que se encuentre un consenso distinto. Dicho en otras palabras, la corrección de un principio moral depende de su aceptación por parte de la mayoría de los participantes en una discusión, de tal forma que sólo aquello que la mayoría decidiera para un caso determinado sería lo correcto.

Entre esas dos concepciones existe un enfoque intermedio, que es el adoptado por Nino, y cuyas tesis centrales son las siguientes:

1. La verdad o corrección de un juicio moral depende de la satisfacción de los presupuestos de la práctica discursiva.
2. El conocimiento de esos principios es más *fiable* cuando se efectúa mediante el diálogo colectivo.

En opinión de este autor, el intercambio de distintos puntos de vista y el *consenso unánime* respecto a los principios que guían la conducta, posee un valor epistemológico que tiene por consecuencia la producción de soluciones moralmente correctas, es decir, imparciales. Esta es, entonces, la tesis del *valor epistémico* de la práctica del discurso moral (Nino 1989a). En resumen, para el jurista argentino la moral se concibe como una actividad discursivo-argumentativa, esto es, una actividad social en la que los individuos formulan frente a otros individuos juicios morales que deben satisfacer ciertos criterios de validez:

El discurso moral constituye una técnica para convergir en ciertas conductas y en determinadas actitudes frente a conductas sobre la base de la coincidencia de creencias en razones morales [...] la coincidencia de creencias que el discurso moral está dirigido a generar, como medio para convergir en acciones y actitudes, sería un resultado totalmente aleatorio si el discurso moral no fuera una actitud sometida a ciertas reglas que estipulan cuáles son las condiciones para alegar razones morales (Nino 1989a, 103).

Como se muestra en el pasaje anterior, el discurso moral posee para Nino un *aspecto estructural*, es decir, está sujeto a ciertas reglas, criterios o presupuestos que definen la validez de los juicios morales. Esto significa que para que una conclusión moral esté justificada, es necesario que dichas reglas sean respetadas en toda discusión. De tal manera, el valor del resultado del discurso moral depende entonces de que los participantes en una práctica discursiva sigan los siguientes presupuestos (Nino 1989a):

- a) Autonomía: establece que los principios morales deben aceptarse libremente.
- b) Publicidad: de acuerdo con este presupuesto, ninguno de los participantes en una discusión puede alegar principios misteriosos o revelados; en otras palabras, los participantes deben estar en posibilidad de conocer los principios que sus interlocutores sujetan a discusión.
- c) Generalidad: significa que los casos de aplicación de los principios, con base en los cuales se determina la obligatoriedad de ciertas conductas, deben poseer siempre propiedades genéricas, es decir, no pueden referirse a casos individuales.
- d) Superveniencia: establece que las propiedades determinadas por los casos relevantes deben ser de índole fáctica, de modo que puedan ser susceptibles de verificarse por parte de los individuos.
- e) Universalidad: si un individuo justifica sus acciones sobre la base de un principio determinado, entonces cualquier participante podrá justificar sus acciones de acuerdo con ese mismo principio. En otras palabras, si un principio es idóneo para justificar las acciones de un individuo determinado, entonces lo será también para justificar las acciones de todos aquellos cuyo caso no difiera del primero respecto a circunstancias relevantes.
- f) Finalidad: afirma que los principios morales adoptados por los participantes deben guardar cierta jerarquía frente a otras razones

para actuar, evitando así que puedan ser desplazados por otros principios.

- g) Imparcialidad: finalmente, para que la práctica del discurso moral llegue a lograr su cometido es necesario otro requisito fundamental, que consiste en la adopción de un punto de vista imparcial. En palabras del autor, ésta es entendida como: “una disposición a aceptar los principios de conducta que alguien o nosotros mismos adoptaríamos si estuviéramos en ciertas condiciones diferentes de aquellas a las que de hecho estamos sometidos” (Nino 1989a, 113).

Resulta necesario aclarar que cuando Nino sostiene que el diálogo colectivo es más *confiable*, acepta también que es posible, mediante la reflexión individual, conocer proposiciones moralmente correctas que sirvan de base para guiar la acción, pero con la diferencia de que es más difícil representarse todos los intereses en juego, es decir, satisfacer el requisito de imparcialidad.

Los derechos humanos y su fundamentación

Para Nino, los derechos humanos pueden derivarse de la combinación de tres principios que constituyen “la base de una concepción liberal de la sociedad” (Nino 1989a, 199), a saber: el principio de autonomía personal, el de inviolabilidad y la dignidad de la persona. Éstos se fundamentan a su vez en las reglas o presupuestos del discurso moral expuestas en los incisos anteriores, es decir, la autonomía, publicidad, generalidad, superveniencia, universalidad, finalidad e imparcialidad (Nino 1989a, 199-200).⁶

Los derechos se justifican entonces

sobre la base de los presupuestos de la práctica de la discusión moral en la cual nos encontramos involucrados cuando valoramos ac-

⁶ Para una lúcida reconstrucción de las ideas de Nino en torno al fundamento de los derechos, véase Alexy 2003.

ciones, decisiones, instituciones y prácticas que pueden afectar los derechos básicos de la gente. Esos presupuestos de la discusión moral definen la validez de los principios usados en la valoración. Participar en la práctica y, al mismo tiempo, negar aquellos presupuestos necesariamente aceptados cuando se participa en ella o sus implicancias es incurrir en una inconsistencia pragmática (Nino 1997, 74).

El principio de autonomía de la persona. Como se vio con anterioridad, este principio consiste en la libertad de todo individuo para adoptar pautas morales que guíen su conducta, es decir, tanto normas que orienten su comportamiento frente a otros, como estándares morales relativos al propio individuo.

A este respecto, cabe tener en cuenta que dentro del esquema teórico de Nino la moral posee dos dimensiones: la primera se refiere a la moral privada o autorreferente, esto es, la que tiene por contenido el conjunto de ideales de excelencia personal que evalúan las acciones de los individuos por sus efectos en la calidad de vida del propio agente (por ejemplo, el ideal de buen ciudadano, de buen patriota, de buen padre, la opción por el ejercicio de un determinado culto religioso o la elección de una orientación o práctica sexual determinada, etc.). La segunda dimensión, la moral social o intersubjetiva, se refiere al conjunto de principios que valoran o enjuician las acciones de los individuos por sus efectos sobre los intereses de otros sujetos distintos del agente (por ejemplo, la prohibición de atacar contra la propiedad privada, contra la vida o la salud de otros, etc.). Según estas premisas, la autonomía moral significa “la libre aceptación de principios morales *intersubjetivos* y de ideales *autorreferentes* de excelencia personal” (Nino 1997, 75).

Ahora bien, con el objeto de preservar la autonomía de otros individuos, este principio puede limitarse a sí mismo respecto a la elección de pautas de carácter intersubjetivo. Puede darse el caso de que algún estándar, con

el cual un individuo dirige su comportamiento, afecte negativamente los intereses de otros. En cambio, no sucede lo mismo con los ideales de excelencia personal, ya que por definición no perjudican los intereses de otros individuos. En este sentido, mientras la elección de pautas relativas a la moral intersubjetiva puede ser limitada, la de estándares de excelencia humana no puede restringirse. De tal manera se constituye, de acuerdo con el autor, el principio de *autonomía personal* que prohíbe interferir con la libre elección de ideales de excelencia humana. La relevancia de todo lo dicho para el tema que se está desarrollando es que ninguna autoridad, aun la democrática, está legitimada para imponer ideales personales o de excelencia humana. El principio de la autonomía personal conduce así al rechazo del perfeccionismo estatal.

Nino afirma que a partir de los principios que propone es posible derivar un conjunto de derechos básicos. Esta idea se aclara si se toma en cuenta que la realización de los ideales personales depende de ciertas condiciones, de tal manera que el medio idóneo para su satisfacción consiste en configurarlas como derechos. La integridad corporal, la libertad de expresión y de movimiento, la libertad de asociación, por mencionar algunos ejemplos, constituyen ese conjunto de derechos destinados a la realización de la autonomía personal. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la autonomía personal es un valor de tipo agregativo y no distributivo. Esto quiere decir que una sociedad es más valiosa cuanto mayor sea la autonomía de que gocen sus individuos, independientemente de cómo se reparta ésta entre ellos; por eso, puede presentarse el caso de que un grupo social determinado posea mayor autonomía en detrimento de otro. En virtud de lo anterior, la autonomía personal requiere de ciertos límites impuestos por el principio de inviolabilidad de la persona.

El principio de inviolabilidad. En opinión del jurista, el principio de autonomía es, por sí solo, insuficiente para fundamentar los derechos individuales debido a su carácter agregativo. Como se satisface sin importar cuántos individuos gocen de ella, sino del mayor grado de autonomía

que tenga un número determinado de individuos, se presenta entonces la cuestión de cómo distribuir aquellos bienes que constituyen las condiciones necesarias para su satisfacción. Así las cosas, los problemas relativos a la distribución de este principio están encomendados al principio de inviolabilidad de la persona, que funciona como límite a la autonomía.

El principio de inviolabilidad refleja la idea de separabilidad e independencia de los individuos, elementos imprescindibles para la práctica del discurso moral. La idea central de este principio consiste, en congruencia con el anterior, en que ningún individuo deberá ser privado de aquellas condiciones necesarias para la realización de su autonomía, con el argumento de que dicha privación favorece a otros individuos. En otras palabras, el principio de inviolabilidad de la persona limita el de autonomía, al prohibir que se disminuya la autonomía de un individuo con el fin de aumentar la de otros. El principio de inviolabilidad se encuentra enunciado en el segundo imperativo categórico kantiano, según el cual los individuos deben ser tratados no como medios sino como fines en sí mismos. En palabras de Nino, este principio “proscribe, entonces, imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redunden en su propio beneficio” (Nino 1989a, 239). El principio de inviolabilidad se opone a las posturas de tipo utilitarista y holista, para las cuales la colectividad posee primacía sobre los individuos que la componen, de tal manera que, según este esquema, estará justificada una decisión que beneficie a la mayoría de ellos en detrimento de otros.

Sin embargo, este principio impone trabas al momento de introducir cambios en la distribución de ciertos provechos; por esa razón, es forzoso introducir otro principio que permita, con base en el *consentimiento* de los individuos, la asignación de ciertos bienes. Es así como se presenta la necesidad de recurrir al principio de dignidad de la persona.

El principio de dignidad de la persona. Éste introduce el consentimiento y la voluntad de los individuos como ingredientes necesarios para hacer dinámicos los anteriores principios. Dicho de otro modo, el principio

de dignidad permite restringir la autonomía de los individuos con la condición de que dicha restricción sea consentida por los afectados.

En palabras de Nino (1997, 80), este principio permite:

[T]ener en cuenta decisiones o actos deliberados de individuos como una base suficientemente válida para contraer obligaciones, asumir responsabilidades y perder derechos. De este modo, es posible imaginar un proceso dinámico en el cual los derechos pueden ser transferidos y perdidos de modo que algunos individuos puedan disminuir su autonomía a favor de acciones de otros.

El autor argentino señala que este principio anula aquella limitación que la inviolabilidad impone a la autonomía. De no existir dicha anulación, no sería posible, en su opinión, fundamentar instituciones jurídicas que impongan obligaciones y responsabilidades a los individuos, tal como sucede con el contrato privado o la imposición de las penas. En este sentido, instituciones tales como el establecimiento de castigos penales se justifican, a su juicio, porque permiten incrementar la autonomía de los individuos que componen una sociedad. Para concluir, el principio de dignidad de la persona, nos dice Nino, se dirige contra el determinismo filosófico, según el cual las acciones humanas están causadas por factores biológicos, psicológicos o socioeconómicos.

La fuerza justificativa de los derechos

En el modelo de Nino la combinación de los tres principios mencionados permite derivar un conjunto de derechos básicos que constituyen el referente justificativo —o bien, la *dimensión idea*— de toda Constitución liberal. En función del principio de autonomía es posible determinar un conjunto de bienes que requieren protegerse —por medio de su configuración como derechos—, para la realización de las condiciones que la posibilitan; la inviolabilidad impone límites en contra de la afectación de dicha auto-

nomía en provecho de intereses de tipo colectivo; y, finalmente, el principio de dignidad de la persona introduce el consentimiento y la voluntad de los individuos como un ingrediente necesario para hacer dinámicos aquellos derechos.

En estos momentos es posible referirse a lo que el autor considera el “teorema fundamental de la teoría jurídica”, que se expresa en el siguiente párrafo:

[L]as normas jurídicas no constituyen razones operativas para justificar acciones o decisiones como las de los jueces, a menos que se las conciba como derivadas de principios morales, o sea juicios normativos que exhiben los rasgos distintivos de autonomía, finalidad justificatoria, universalidad, generalidad, supervinencia y publicidad (Nino 1980a, 108).⁷

De acuerdo con esta idea, las normas jurídicas son insuficientes para justificar acciones y decisiones; es decir, siguiendo el esquema propuesto por Nino, una decisión estará justificada siempre y cuando se fundamente en un conjunto de principios morales de los que se derivan los derechos fundamentales. De tal manera, si una norma no encuentra fundamento a la luz de aquellos principios, entonces no será relevante para la justificación de decisiones como las que tienen que adoptar los jueces constitucionales. Ahora bien, de cómo se configuren las implicaciones de los derechos dependerá no sólo la legitimidad y alcance del proceso democrático, sino también la relevancia de la Constitución en el razonamiento práctico justificativo. En palabras del jurista:

[L]as acciones y decisiones, como aquellas que se toman respecto de problemas constitucionales, no pueden ser justificadas sobre

⁷ La misma idea la maneja Nino en otra obra (1980b).

la base de normas positivas tales como la Constitución histórica, sino sólo sobre la base de razones autónomas, que son, al fin de cuentas, principios morales. Presumiblemente aquellos principios morales establecen un grupo de derechos fundamentales [...] Esos principios son aún considerados la base última de la justificación en el razonamiento práctico, a la luz de los cuales la Constitución histórica es o no legitimada (Nino 1997, 70).

Las consecuencias que se desprenden de estas afirmaciones para el tema que nos ocupa son las siguientes:

1. El conjunto de derechos que se derivan de los principios morales se encuentran en el último nivel de justificación de las decisiones jurídicas.
2. La legitimidad de una Constitución depende del grado en que esos derechos sean respetados.
3. Esos derechos determinan, de algún modo, el alcance del procedimiento democrático.
4. Los jueces constitucionales deben hacer respetar los derechos de acuerdo con los anteriores términos.

La democracia como sucedáneo del discurso moral

Una vez que fueron presentadas las ideas de Nino sobre la posibilidad de derivar un conjunto de derechos individuales básicos a partir de los principios de dignidad e inviolabilidad, y de mostrar que la justificación de las decisiones jurídicas debe pasar por el tamiz de los derechos, corresponde detenerse en la justificación de la autoridad democrática propuesta por el autor.

A diferencia de otras teorías dirigidas a justificar la democracia como forma de gobierno, la de Nino presenta un rasgo sobresaliente que resi-

de en el vínculo entre la esfera de la moral y la de la política, que se da mediante el paso del discurso moral a la democracia. Si la discusión colectiva se presenta como el medio más confiable para acceder a principios válidos de moralidad social —lo que nos lleva a afirmar que existen razones para observar los resultados de la discusión colectiva a pesar de que se piense que los resultados obtenidos por la reflexión individual son más acertados—, entonces, la democracia, a grandes rasgos, consiste en un procedimiento de discusión moral “aplicado a asuntos públicos” (Nino 1989a, 387).

La cuestión concerniente a la justificación de la autoridad —de la autoridad en general y no sólo de la democrática— se ha relacionado con la pregunta relativa a por qué obedecerla, lo que no es otra cosa más que preguntarse sobre el fundamento de la obligación de acatar el derecho. Ofreceré la respuesta de Nino a esta cuestión, ahondando un poco más en algunas ideas que pudieron haber quedado oscurecidas en el apartado anterior.

La idea que se viene exponiendo acerca de lo que se ha denominado “fuerza justificativa de los derechos” —idea central de la conexión justificativa entre derecho y moral, y que consiste en la necesidad de remitirse a principios morales para que las normas jurídicas justifiquen acciones y decisiones— posee, como explica el jurista, dos consecuencias:

Por un lado, parecería implicar que la existencia de un orden jurídico está justificada en tanto se garantice la plena realización de los derechos individuales. En palabras del autor: “es la función de hacer efectivos los derechos individuales básicos lo que provee la justificación moral primaria de la existencia de un orden jurídico, o sea de un gobierno establecido” (Nino 1989a, 368). En este sentido, añade, la existencia del derecho deviene necesaria como medio para limitar la autonomía de los individuos con el fin de preservarla; por ejemplo, prohibiendo la realización de determinadas acciones que atenten contra esa esfera. Si el derecho no funcionase como mecanismo para limitar la autonomía de los individuos, apunta el autor, ésta se estaría violando por omisión.

La segunda consecuencia a la que conduce la llamada “fuerza justificativa de los derechos” nos lleva a una afirmación un tanto desconcertante: que no es relevante, para efectos de la justificación del derecho, cuál es el origen de las normas; es decir, una vez garantizados los derechos básicos derivados de los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de la persona, la forma de gobierno añade poco a la cuestión de la legitimidad de sus normas jurídicas. Lo dicho significaría entonces que la forma como se tomen las decisiones en un sistema jurídico no es determinante para su justificación, ya que, operando según esta lógica,

en la medida en que el orden jurídico satisfaga las condiciones muy estrictas que definen la promoción de los derechos individuales básicos, y que, en el espacio que estos derechos dejan libre, esté correctamente orientado hacia la consecución de objetivos colectivos válidos, poco importa el origen de sus normas, es decir, poco importa la *forma* del gobierno que dicte tales normas (Nino 1989a, 369).

De acuerdo con estas premisas, añade Nino, no habría nada que objetar a un gobierno autocrático, sumamente respetuoso con los derechos de los individuos.

Este problema es identificado por el autor con el nombre de la “paradoja de la irrelevancia moral del Derecho y del gobierno”, que consiste en lo siguiente: si las normas jurídicas no proveen razones para justificar acciones y decisiones, sino que son los principios morales los que en última instancia proveen dicha justificación, entonces, ¿cuál es la *relevancia* de las normas jurídicas?⁸

Desde estas premisas, y una vez que reconoce como utópica la plena coincidencia entre normas jurídicas y normas morales, el autor se formula las siguientes preguntas:

⁸ En el mismo sentido apunta Raz (1986) cuando habla de la “tesis de la no diferencia”, según la cual, al coincidir las prescripciones de la autoridad con aquello que moralmente debe hacerse, se podrá decir que si bien es cierto que existen razones para actuar, el hecho de que la autoridad lo haya prescrito no constituiría una de esas razones.

¿qué forma de gobierno minimiza la probabilidad de desvíos morales en el dictado y aplicación de normas jurídicas? ¿Hay alguna forma de gobierno que garantice cierta obligatoriedad para sus normas jurídicas aún cuando el contenido de éstas involucre errores morales? (Nino 1989a, 370).

Aquella forma de gobierno que a su juicio permite, a fin de cuentas, solucionar el problema general de la justificación de la autoridad normativa —consistente en pasar de la autonomía moral a la heteronomía característica del derecho—, es la democracia entendida como un sucedáneo del discurso moral.

Como ya se ha señalado, la teoría de la democracia elaborada por Nino presenta como rasgo característico una conexión entre la esfera de la política y la de la moral. El valor del procedimiento democrático se funda así en su capacidad para “moralizar” las preferencias de los sujetos que intervienen en la deliberación.⁹ En concreto, para el jurista existe una relación entre la democracia y el discurso moral que se expresa en estos términos:

[A]demás de ser el régimen que mejor promueve su expansión, la democracia es un sucedáneo del discurso moral [...] una especie de discurso moral regimentado que preserva en más alto grado que cualquier otro sistema de decisiones los rasgos del discurso moral originario, pero apartándose de exigencias que hacen que ese discurso sea un método inestable e inconcluyente para arribar a decisiones colectivas (Nino 1989a, 388).

A continuación, se intentará detallar a fondo los rasgos de esta concepción en el siguiente orden:

⁹ De ese modo, la concepción de la democracia de Nino pretende desarrollar un modelo ideal que funciona como criterio regulador y crítico de las democracias realmente existentes. Sobre la función de las teorías normativas para justificar la autoridad política, véase Ródenas 1991; 1996.

1. Se explicará la manera como se da el paso del discurso moral a la democracia.
2. Se mostrará en qué consiste el valor inherente al procedimiento democrático.
3. Por último, se esclarecerá la forma como Nino enfrenta la paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y las consecuencias que esto tiene respecto a la obligación de obedecer un derecho de origen democrático.

1. La concepción de la democracia de Carlos Nino está ligada a sus reflexiones en metaética que, como ya se ha dicho, están basadas en una posición intermedia entre la postura de Rawls y la de Habermas, que el mismo autor denomina “constructivismo ético”. Para esta concepción, cabe recordar, la práctica del discurso moral es una técnica que tiene por objeto lograr la cooperación y evitar o disminuir los conflictos. La discusión intersubjetiva es el procedimiento de mayor fiabilidad para acercarse a la corrección moral, condicionada por la satisfacción de los presupuestos formales del discurso moral.

De acuerdo con lo anterior, la práctica del discurso moral exige que las decisiones adoptadas satisfagan el requisito de imparcialidad, el cual se alcanza cuando las decisiones son tomadas *unánimemente*, es decir, si todos y cada uno de los participantes coinciden respecto a una proposición determinada, siempre y cuando aquellos que puedan verse afectados por ella hayan participado en la discusión en condiciones de libertad e igualdad. De ahí que el autor considere que “la unanimidad es el equivalente funcional de la imparcialidad” (Nino 1997, 166).

El tránsito de la moral a la política consiste en el “paso de la práctica original del discurso moral a su sucedáneo regimentado” (Nino 1997, 167). En otras palabras, esto significa que la democracia es presentada como la institucionalización del discurso moral por medio de la regla de la mayoría. Sin embargo, este paso de la práctica del discurso moral a su

“sucedáneo” exige ciertos ajustes, debido a que en la práctica, a diferencia del modelo ideal de discusión moral, es necesario tomar decisiones en un tiempo limitado, y un procedimiento real de discusión no podría alargarse hasta obtener la unanimidad de opiniones por parte de todos los involucrados. Entonces, debido a esas limitaciones temporales que imponen finalizar una discusión, es necesario reemplazar la exigencia de aprobación unánime por la de aprobación mayoritaria. De no ser así, señala Nino, además de los inconvenientes de tiempo se correría el riesgo de que una minoría preservara el *statu quo*: bastaría que un solo individuo no estuviera de acuerdo para que una propuesta determinada no llegara a alcanzarse. En resumen, “la democracia como regla de la mayoría [...] puede definirse como un proceso de discusión moral sujeto a un límite de tiempo” (Nino 1997, 167).¹⁰

2. Mediante la discusión colectiva todos y cada uno de los participantes estarán en conocimiento de los intereses de los demás y esto generará una tendencia en ellos a la imparcialidad. Lo que puede contribuir a acercar el proceso democrático a su modelo originario es, sin duda, la exigencia de que los participantes en dicho proceso justifiquen sus propuestas frente a los demás. No bastará con que un individuo se limite únicamente a describir sus preferencias, sino que deberá apelar a principios o, como afirma Nino, deberá argumentar genuinamente. Por otro lado, otra virtud del proceso de discusión, además de las señaladas, es que permite hallar los errores fácticos o lógicos que posea una proposición formulada en la discusión.

Sin embargo, si bien es cierto que este procedimiento no garantiza del todo el requerimiento de imparcialidad, es superior a otros métodos alternativos de toma de decisiones. El procedimiento democrático posee mayor *confiabilidad* si de lo que se trata es de llegar al conocimiento de principios válidos de moral social o intersubjetiva. A fin de cuentas, el consenso por

¹⁰ Véase, además, Nino 1989a.

medio del diálogo colectivo es lo que otorga a los resultados de la democracia un *valor epistémico*.

No obstante, mientras más se acerque el procedimiento democrático al modelo originario de discusión moral, mucho mayor será su calidad epistémica. Los parámetros para evaluar dicho acercamiento o, en su caso, el alejamiento son:

- a) Participación de todos los afectados.
- b) Que cada uno de los participantes sea libre para expresar su punto de vista.
- c) Que cada propuesta se justifique, lo que quiere decir que la simple apelación a los intereses o preferencias no es suficiente, sino que esta justificación debe hacerse sobre la base de principios.
- d) La existencia de un consenso mayoritario.

En función de lo dicho, Nino afirma que el valor del procedimiento democrático es paulatino: aumenta en tanto mayor sea el grado de las condiciones satisfechas y disminuye cuanto menor sea el grado de satisfacción (Nino 1997, 180). En definitiva, señala el autor, el valor de la democracia debe compararse con el de otros métodos alternativos para adoptar decisiones.¹¹

3. En su opinión, esta versión de la democracia es capaz de superar la paradoja de la irrelevancia moral del gobierno. Si bien es cierto que únicamente los principios morales, y no las normas jurídicas, proveen razones últimas para actuar (razones “autónomas” en la terminología de Nino), cuando una norma es de origen democrático provee “razones para creer que hay razones para actuar” (Nino 1991a, 121), y que el autor denomina

¹¹ Recuérdese que un procedimiento colectivo para la adopción de decisiones es más confiable que la reflexión individual, debido a la dificultad para que un solo individuo pueda representarse, al momento de decidir, todos y cada uno de los intereses de los individuos potencialmente afectados.

“razones epistémicas”. Esto quiere decir que está justificado actuar de acuerdo con lo prescrito por las normas jurídicas aprobadas mediante un procedimiento democrático, *a pesar* de que la reflexión individual indique la existencia de razones contrarias.

Sin embargo, afirmar que hay razones para obedecer los resultados del procedimiento democrático no significa rechazar la posibilidad de que un individuo, considerado aisladamente, pueda estar en desacuerdo con la mayoría. Cuando Nino habla de “mayor confiabilidad” del procedimiento democrático, lo que intenta decir es que éste no es el único medio para tener un conocimiento moral. De lo anterior se desprende que también es *posible*, aunque es *menos probable*, llegar a él mediante la reflexión individual, con la condición de que sean satisfechas las exigencias de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes (Nino 1997, 182). Además, agrega el jurista, cuando una decisión es el producto de un procedimiento democrático que ha respetado todas las reglas que le aseguran valor epistémico, “parece una muestra de soberbia moral oponerse a esa decisión mayoritaria sobre la base de que la decisión adoptada es injusta, no obstante la opinión prevaleciente en contrario” (Nino 1989a, 401).

En resumen, las leyes sancionadas democráticamente no constituyen “razones sustantivas sino razones epistémicas” (Nino 1997, 187): proporcionan argumentos para creer, con justificación, que hay motivos para actuar; el valor del procedimiento democrático provee razones para acatar sus resultados, incluso si se duda acerca de su justicia o corrección moral. Por el contrario, cuando las decisiones son efectuadas por medio de un método alternativo —como puede ser el caso de un gobierno autocrático—, sus normas carecen de valor epistémico y por tanto no constituyen razones para actuar, de forma que las normas de tal orden jurídico están sujetas a superfluidad moral (Nino 1997, 188).

No obstante, a pesar de sus virtudes, el procedimiento democrático no puede aplicarse para la toma de cualquier clase de decisiones; carecerán de valor aquellas aplicadas a contextos científicos, fácticos, religiosos

o filosóficos. Ese valor, además, tampoco engloba la totalidad de la moral (Nino 1997, 182). Como se dijo anteriormente, el principio de autonomía personal prohíbe la imposición de ideales de excelencia personal pertenecientes al ámbito de la moral privada o autorreferente; de tal manera, el valor del procedimiento democrático estará restringido a la toma de decisiones aplicadas a la moral pública.

Para concluir, se puede afirmar que para Nino aquella forma de gobierno que permite solucionar el problema general de la justificación de la autoridad normativa —consistente en pasar de la autonomía moral a la heteronomía característica del derecho, reduciendo al mismo tiempo la posibilidad de errores morales—, es la democracia entendida como un sucedáneo del discurso moral.

La Constitución como práctica social

A lo largo del presente trabajo se ha indicado que el constitucionalismo defendido por el jurista posee tres dimensiones esenciales: la primera estaría constituida por un conjunto de principios a partir de los cuales se infiere un grupo de derechos fundamentales; la segunda se constituye a partir de los requerimientos impuestos por un modelo de democracia deliberativa, y la tercera se funda en el respeto a la Constitución de un país. Corresponde ahora detenerse en la tercera dimensión del constitucionalismo propuesta por Carlos Nino.

Como se vio con anterioridad, la fuerza justificativa de los derechos —es decir, la idea de que las normas jurídicas no proveen razones para justificar acciones y decisiones en tanto no satisfagan las exigencias derivadas de los principios morales a partir de los cuales se derivan derechos fundamentales— conduce a la paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y de sus leyes. Posteriormente se expuso que, de acuerdo con la teoría elaborada por Nino, solamente una concepción de la democracia como sucedáneo del discurso moral permite superar la mencionada paradoja. Esa solución, sin embargo, no resuelve el problema de la relevancia

de la Constitución para justificar acciones y decisiones como la de los jueces constitucionales. No obstante, se podría pensar, por otro lado, que una Constitución surgida de un procedimiento democrático reúne claramente los requerimientos impuestos por la segunda dimensión del constitucionalismo y que así quedaría mostrada su relevancia para justificar acciones y decisiones; sin embargo, esto no proporciona —según el autor argentino— la respuesta general acerca de la relevancia de una Constitución para el razonamiento práctico, ya que su legitimidad democrática puede cuestionarse. Por tanto, la cuestión que Nino intentará responder es la siguiente: ¿la Constitución resulta relevante para el razonamiento práctico, y con qué concepto?

La argumentación del jurista parte de la siguiente premisa: cuando la Constitución, entendida como texto o documento normativo,¹² es observada en el contexto del razonamiento práctico, conduce a dos paradojas: la de la indeterminación radical y la paradoja de la superfluidad para justificar acciones y decisiones.

Con el fin de superar la llamada “indeterminación radical” de la Constitución, Nino aclara, en primer lugar, que el texto constitucional debe convertirse en proposiciones aptas para ser usadas como premisas de un razonamiento práctico justificativo. Este procedimiento consta de una serie de pasos¹³ en los que ya sea que se trate de reconstruir la intención del constituyente a partir de ciertas convenciones lingüísticas o bien, de superar las indeterminaciones producidas por la vaguedad y la ambigüedad del lenguaje, o ya sea que se intente superar las contradicciones lógicas entre dos o más normas, siempre resultará necesario introducir conside-

¹² Este es el sentido de Constitución como “código” de la materia constitucional (Guastini 2001, 34).

¹³ a) En primer lugar es necesario asignar sentido al material jurídico, es decir, a los actos lingüísticos, textos o prácticas; b) aplicación del criterio escogido en el primer paso al texto; c) superación de indeterminaciones semánticas y sintácticas; d) inferencia de consecuencias lógicas de los materiales interpretados; e) subsunción del caso individual al ámbito de la norma (Nino 1997, 32).

raciones de índole valorativa. Por esas razones, toda tarea de interpretación implica siempre hacer uso de juicios morales.¹⁴

En opinión de Nino, este procedimiento permite, en cierta medida, superar las indeterminaciones e incompatibilidades del texto constitucional. Ahora bien, la indeterminación radical de la Carta Magna no se presenta del mismo modo si se la concibe como una *práctica o convención* que se genera tanto a partir de la sanción del texto constitucional como por el conjunto de acciones, actitudes y expectativas de los operadores jurídicos y de la ciudadanía en general en torno a dicho texto. En otras palabras, lo que se quiere decir es que la indeterminación de la Constitución es gradual: es mucho mayor cuando se la concibe únicamente como texto y menor cuando se la percibe, además, como práctica social (Nino 1997, 41). Sin embargo, la Constitución así entendida debe superar la prueba de la relevancia para el razonamiento práctico destinado a justificar acciones y decisiones.

Como se ha mencionado, la concepción de la Constitución —entendida como una práctica social que se genera a partir de un texto— es capaz de superar en gran medida la paradoja de la indeterminación radical. Sin embargo, es incapaz, a juicio del autor, de superar la paradoja de la irrelevancia para el razonamiento práctico. El primer paso de Nino a favor de dicha idea consiste en negar que la Carta Magna, entendida como texto, sea relevante para determinar la *validez* de las normas de un sistema jurídico. Predicar la “validez” de una norma quiere decir para Nino que debe ser aplicada y observada, es decir, que tiene fuerza obligatoria y que sirve como razón para justificar una acción o decisión, cuestión que se afirma presuponiendo un concepto preceptivo de “norma”, entendida como “juicio normativo”. El autor recurre a dos vías para mostrar lo anterior.

¹⁴ “[S]in recurrir a principios valorativos, no es posible elegir entre dos o más normas contradictorias o cubrir una laguna” (Nino 1997, 40). Esta sería la tesis de la conexión *interpretativa* entre derecho y moral que el autor desarrollaría con posterioridad (Nino 1994) y que guarda clara relación con la llamada *Moral Reading* de Ronald Dworkin (1996).

La primera alternativa toma como ejemplo la discusión recurrente acerca de la validez de los tratados internacionales contrarios a la Constitución de un país. Dentro de la disputa, o bien se afirma que ésta debe prevalecer sobre los tratados internacionales (monismo nacional), o que los tratados internacionales prevalecen sobre la Constitución (monismo internacional), o bien, que ambos tienen una validez independiente (dualismo o pluralismo). Sin embargo, este debate —así como aquel que intenta justificar la validez del control constitucional a partir de la Carta Magna o el de la validez de los gobiernos de facto— presenta la peculiaridad de que los argumentos con los cuales se defienden las posturas antagónicas son completamente circulares: o se defiende la prevalencia de la Constitución apoyándose en ella misma o bien, la preponderancia de los tratados sobre la base de las convenciones internacionales. Sin embargo, añade Nino, no se puede apelar a la Constitución o a las convenciones internacionales mismas para mostrar aquello que en un inicio se quiso probar —su validez—, so pena de circularidad en la argumentación (Nino 1980a, 24).

Lo dicho anteriormente demuestra que las normas jurídicas, en este caso la Constitución y los tratados, no pueden asignarse validez a sí mismas,¹⁵ pues la validez de un sistema jurídico no puede fundarse en las reglas de ese sistema, sino que deriva de principios externos a él. De tal manera, la validez de la Constitución —que es lo que interesa en este caso— se establece a partir de principios supraconstitucionales, presentándose entonces la necesidad de recurrir a consideraciones externas a la práctica constitucional para fundar su obligatoriedad.

La idea detrás de todo esto y que está presupuesta en la fuerza justificativa de los derechos, es que el discurso jurídico es un caso especial del discurso moral; esto se entiende recurriendo a la segunda alternativa mostrada por Nino. En su opinión, ninguno de los conceptos usuales de norma

¹⁵ Las normas jurídicas, afirma Nino (1980a, 26), no pueden otorgarse validez a sí mismas, y aquellas normas que lo hacen son vacuas por ser autorreferentes.

jurídica —como práctica social, como acto lingüístico o como texto— permite ser usado para justificar una acción o decisión (Nino 1991a, 108). Al afirmarse que una norma jurídica es una práctica, un acto lingüístico o un texto, a lo único a lo que se está haciendo referencia es a ciertos hechos y éstos, por sí solos, no justifican acciones o decisiones. En otras palabras, no existe una contradicción pragmática al afirmar que hay una práctica social que prohíbe *P* y, al mismo tiempo, afirmar que debe hacerse *P*.

Las cosas son distintas, explica el autor, si se conciben las normas jurídicas como *juicios normativos*. En este caso se incurre en una contradicción pragmática si se afirma que existe una norma que prohíbe *P* y se sostiene al mismo tiempo que está permitido *P*. En este nivel ya es oportuno preguntarse cómo se determina que una norma constituye un juicio normativo. Una primera alternativa consistiría en atender el origen de las normas; así, una norma jurídica sería un juicio normativo cuando ha sido dictada por cierta autoridad (“fuentes acto”) o por haber sido establecida por determinada práctica social (“fuentes hecho”).¹⁶ Pero este criterio, aclara, no permitiría concebir las normas como razones para justificar acciones o decisiones, ya que del enunciado descriptivo “la norma *N* ha sido dictada por la autoridad *A*” no puede derivarse el juicio normativo constituido por esa norma: “debe hacerse lo que la norma ordena”.

Si uno considera que el enunciado “la norma *N* ha sido dictada por la autoridad *A*” se deriva de una premisa como la siguiente: “la autoridad *A* debe ser obedecida porque la autoridad *A*¹ lo ha prescrito”, y esta última a su vez de: “la autoridad *A*¹ debe ser obedecida porque la autoridad *A*...*n* lo ha prescrito”, llegará un momento en el que cabe perfectamente la pregunta “¿por qué aquella autoridad debe ser obedecida?”. Todo esto nos conduce, siguiendo la argumentación de Nino, a un punto importante: que dicha autoridad debe ser obedecida por sus méritos intrínsecos y que un juicio de tales características es moral. En efecto, el autor apunta:

¹⁶ Para la distinción entre fuentes-acto y fuentes-hecho, véase el trabajo de Aguillo Regla (2000).

[e]sto significa que si, paradójicamente, una norma es una *norma jurídica*, uno debe estar seguro de que la norma deriva de una *regla moral* que lo otorga legitimidad a una cierta autoridad, y de una descripción de una prescripción de aquella autoridad (Nino 1997, 66).¹⁷

Así pues, para que una decisión como la del juez constitucional esté justificada, es necesario atender la legitimidad de dicha norma condicionada por la compatibilidad con principios morales que remiten a un conjunto de derechos fundamentales. Sólo si la Constitución reconoce derechos es legítima y puede asignar validez a las demás normas del sistema, permitiendo así su utilización como razón justificativa; sin embargo, dado que esos derechos pueden inferirse de los principios morales mismos, la Constitución entendida como práctica social se tornaría superflua para el razonamiento práctico:

[U]na Constitución no es legítima y no puede ser empleada para justificar acciones y decisiones si ella carece de cierto contenido necesario o básico. Si incluye tal contenido es superflua, porque las justificaciones pueden ser inferidas directamente de los principios morales que prescriben su contenido (Nino 1997, 46).

La relevancia de la Constitución

Nino es muy consciente de que una teoría coherente con los ideales y el desarrollo del constitucionalismo debe ofrecer una respuesta acerca de la importancia de una Constitución, sin conformarse con su aparente superfluidad cuando se la examina a la luz del razonamiento práctico justificativo. Por ese motivo habrá que argumentar con otras premisas o de lo contrario, por mucho que las constituciones históricas representen en muchos casos el momento fundacional de un Estado, la “carta de nave-

¹⁷ Véase, asimismo, Nino 1980a, 27.

gación” de un país, el pacto histórico entre fuerzas y grupos en oposición, etc., habría que contentarse con la idea de que no es más que un símbolo irrelevante frente al imperialismo de la moral (Nino 1994, 82).

La vía adoptada por el autor para argumentar a favor de la relevancia de la Constitución histórica, consiste en apelar a su carácter convencional-limitativo de la democracia. En este sentido, apoyándose en la idea de MacCormick (1989, 27), según la cual la *operatividad* de una democracia depende en gran medida de su arraigo en un orden constitucional que garantice la separación de poderes y el respeto por los derechos fundamentales, Nino afirma que gracias a la Carta Magna es posible que funcione el procedimiento democrático, ya que éste es mucho más estable y eficaz si opera dentro de los marcos convencionales impuestos por aquélla. La idea de Nino es, en pocas palabras, que si se quiere que la democracia funcione sin tropiezos, debemos insertarla en el marco constitucional:

[L]a Constitución de un país es relevante en cuanto constituye su convención fundamental, que encierra un acuerdo a través del tiempo entre diversos grupos sociales acerca de cómo debe distribuirse el poder que monopoliza la coacción estatal y cuáles son los límites de ese poder frente a los individuos. En tanto convención fundamental de la sociedad, la Constitución, si bien puede limitar la democracia, cuando establece procedimientos que no son los que maximizan la validez del método de discusión y decisión democráticas, también hace posible alguna forma aún imperfecta de democracia (Nino 1980a, 46).¹⁸

A pesar de lo indiscutible que pueda parecer la idea de MacCormick acerca de la viabilidad de una democracia que opera dentro de los márgenes constitucionales, no resulta tan claro comprender las consecuencias

¹⁸ Véase también Nino 1997, 46.

que se desprenden de concebir a la Constitución como una convención con tales características. Al respecto Nino afirma lo siguiente:

[l]as convenciones ayudan a resolver los problemas de acción colectiva. Estos implican situaciones en las cuales las intenciones de las partes pueden ser frustradas por no poder justificar su comportamiento sobre la base de expectativas acerca del comportamiento de las otras partes que interactúan en ellas (Nino 1997, 48).

Nino añade que una descripción correcta de una situación semejante quedaría incompleta si no se toma el punto de vista interno, es decir, si se ignoran las intenciones de los participantes. En este sentido, aquello que a fin de cuentas permitiría distinguir una convención de otra sería la conciencia de los integrantes acerca de su participación en una práctica social, lo que implica la expectativa de actuar conforme a esa conducta, siempre y cuando todos se comporten de la misma manera (Nino 1997, 51). Entonces, la particularidad acerca de participar en una convención constitucional radica en el hecho de que los participantes de la misma, esto es, los legisladores y jueces ciudadanos, están involucrados en una obra colectiva de cierta duración que se rige por criterios de racionalidad específicos. Para aclarar el rol que deben desempeñar principalmente los jueces dentro del orden jurídico, Nino emplea la analogía de la construcción de una catedral.¹⁹

El papel que les corresponde a los operadores del derecho dentro de la práctica constitucional es similar a la del arquitecto encargado de la construcción de una catedral, ya que la práctica colectiva generada a partir de dicha convención es, como en la edificación de una catedral, una obra que se realiza a lo largo del tiempo y cuyo resultado depende de la actuación

¹⁹ Nótese que existe una similitud entre la analogía de la construcción de una catedral con la idea de la *chain novel* de Dworkin (1986, 228), y con la de la orquesta de Rawls (1999).

de distintos agentes. El arquitecto a quien se encomienda iniciar o continuar la construcción tendrá ciertas preferencias arquitectónicas guiadas por concepciones estéticas propias o por las predominantes de la época y deberá juzgar qué criterio de edificación utilizará. Sin embargo, ese criterio estará restringido por el hecho de que probablemente no verá la obra terminada y de que en un futuro alguien más la completará, continuando con lo ya erigido; de tal manera que deberá tener en cuenta, al momento de decidir la pauta de construcción, las elecciones tomadas por sus predecesores y deberá prever aquellas que lleguen a tomar sus sucesores. Así las cosas, el arquitecto decidirá si continuar la construcción empleando el mismo estilo arquitectónico usado con anterioridad, o cambiar el estilo sin alterar la obra original; o bien, si es el caso de que la obra resulte defectuosa conforme a la valoración inicial, abandonar la construcción y comenzar una nueva, empleando un estilo distinto con el riesgo de que ni una ni otra cosa sean posibles. Sin duda, ante esta alternativa es preferible continuar, sea como sea, con la construcción, intentando mejorarla en la medida de lo posible, antes que iniciar una nueva. Es mejor proseguir con el proyecto si éste es valioso —mejorando paulatinamente los defectos—, que no tener ninguno en absoluto, es decir, que no haya ninguna catedral.

Tomando en cuenta lo anterior, se puede decir que la peculiaridad de toda acción o decisión realizada en el contexto de una obra colectiva radica en que se rige por una racionalidad específica, de tal manera que “cuando sólo podemos hacer un aporte a una obra colectiva cuyo producto final no controlamos [afirma Nino], lo racional puede ser elegir no el modelo o principio más defendible sino otros con méritos menores” (Nino 1980a, 66). Por esa razón, Nino concluye a continuación que

[e]ste tipo de racionalidad constreñida por ciertas elecciones de otros en la obra colectiva, podría ser denominada “de lo segundo mejor”, puesto que muchas veces nos lleva a un alejamiento progre-

sivo del modelo óptimo en atención a sus efectos sobre la obra global (Nino 1980a, 66).²⁰

La analogía con la construcción de una catedral le permite afirmar al autor que las acciones y decisiones de los constituyentes, legisladores y jueces componen un aporte parcial a una obra colectiva cuyo resultado final está fuera de su control y por tal motivo deben guiarse por una racionalidad concreta. Respecto a la labor del juez, Nino señala lo siguiente:

Sería irracional que un juez resolviera un caso como si estuviera creando con su decisión todo el orden jurídico, o el orden jurídico relativo a esa cuestión. El juez debe tener en cuenta que hay expectativas generadas por lo que los legisladores y otros jueces han decidido en el pasado, que su decisión se combinará con otras que tomen contemporáneamente sus colegas, lo que es relevante para el principio de que casos iguales deben ser decididos de igual modo, y que su decisión servirá de precedente para el futuro, así como también que puede ser ignorada y hasta provocar reacciones opuestas por parte de legisladores y otros jueces (Nino 1980a, 67).

Así las cosas, el problema que se venía acarreado con anterioridad acerca de la superfluidad de la Constitución para justificar acciones y decisiones, se aclara si se comprende que el razonamiento práctico justificativo no tiene por objeto, en contextos de este tipo, respaldar acciones y decisiones aisladas, sino aquellas que contribuyan a una obra colectiva generada por una convención constitucional integrada por una regularidad de conductas, actitudes y expectativas de los operadores del derecho. Si la Constitución es relevante para el razonamiento práctico porque permite justificar decisiones, resulta necesario preservarla tanto como a las prác-

²⁰ Véase también Nino 1997, 53.

ticas sociales generadas a partir de ella, incluso en contra de una decisión tomada democráticamente. Sin embargo, si dichas prácticas resultan tan defectuosas que resulta imposible mejorarlas, estará justificado decidir fuera del contexto de la Constitución, a la luz de los principios derivados de los derechos fundamentales (Nino 1997, 57).

Veamos en qué se traducen los argumentos previos, cuando Nino reconstruye el razonamiento de los jueces. A su juicio, el razonamiento jurídico justificativo se articularía, a partir de lo expuesto, en dos niveles:²¹

1. En el primer nivel hay que explicitar si existen razones que legitimen la práctica social vigente instituida por la Constitución. Para ello es necesario valorar, por una parte, si ella es expresión de un amplio consenso democrático y si incluye reglas aptas para la formación de ese u otros consensos, es decir, las reglas de la democracia; por otro lado, debe estimarse si reconoce los derechos *a priori* de los que depende el funcionamiento del proceso democrático y que aseguran su calidad epistémica. Es en este momento en el que se plantean las cuestiones relativas a la preservación de la Constitución, similares a las que se le presentaban al arquitecto de la catedral. A este respecto, Nino es bastante contundente al señalar que a pesar de que la Constitución histórica sujeta a valoración no reúna del todo los requerimientos procedimentales de la democracia y las exigencias sustantivas derivadas de los derechos fundamentales, y ante la alternativa, algunas veces poco realista, de intentar instituir una nueva práctica, es preferible optar por su conservación, ya que cualquier otra vía podría ser irrealizable o bien, no deseable a la luz de los ideales democráticos y de los derechos.

²¹ Una idea similar a la aplicación del razonamiento práctico por niveles se encuentra en Rawls (1999, 171).

2. Si las conclusiones alcanzadas en el primer nivel del razonamiento son suficientes para apoyar la legitimidad de la Constitución —no obstante que dicha legitimidad sea relativa o bien, que pueda decirse que la práctica es capaz de evolucionar y desarrollarse—, entonces podrá ser aplicada para justificar acciones y decisiones. En este punto ya no tendrá sentido cuestionar los argumentos a favor de la preservación de la Constitución, ya que el segundo nivel está condicionado por los resultados del primero, en el sentido de que si en éste se concluye que la Carta Magna es más legítima que cualquier alternativa posible, entonces quedarán excluidos los argumentos incompatibles con su preservación. A este respecto, el autor agrega que incluso un argumento claramente válido respecto a los principios del discurso moral puede dejarse de lado en favor de la preservación de la Constitución (Nino 1980a, 71).

Sin embargo, apunta el jurista, ese deber de conservar la Constitución y las prácticas generadas a partir de ella no significa, por otro lado, un estancamiento; es posible que una práctica evolucione sin que ello implique su desaparición. En este sentido, Nino afirmaría junto con Dworkin (1986) que cuando cambia el objetivo que da sentido a una práctica, asimismo se modifican las acciones y actitudes constitutivas de esa práctica. En ese sentido, existe una tensión palpable entre la preservación y la evolución de la práctica que no puede resolverse *a priori*. Hay que apuntar al respecto, recordando las ideas de Nino acerca de la superación de la indeterminación radical de la Constitución, que acudir precisamente a principios morales como medio para resolver las indeterminaciones permite mejorar la práctica y hacerla evolucionar (Nino 1991, 61).

Esta manera de encarar el razonamiento práctico tratándose de prácticas sociales corresponde, según el autor, y como se señaló hace poco, a una racionalidad de lo “segundo mejor”. Esto significa que no cabe duda de que los casos individuales serán decididos de mejor forma acu-

diendo, en primera instancia, a los requerimientos de la Constitución ideal; sin embargo, en contextos como el derecho no es posible razonar fuera de la práctica constitucional vigente y deberá intentarse, ante todo, justificar las decisiones con la premisa de que si la Constitución es valiosa, mejorable y perfectible, es necesario preservarla si es lo “segundo mejor” y lo más cercano a la Carta Magna ideal.

Fuentes consultadas

- Aguiló Regla, J. 2000. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona: Ariel.
- Alexy, R. 2003. “La fundamentación de los derechos humanos en Carlos S. Nino”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 26: 173-203.
- Atienza, Manuel. 2006. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Guastini, R. 2001. *Estudios de teoría constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.
- Dworkin, R. 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press.
- . 1996. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Oxford: Oxford University Press.
- Habermas, J. 1991. *Conciencia moral y acción comunicativa*. Barcelona: Península.
- MacCormick, N. 1989. Constitutionalism and Democracy. En *Aktuelle Probleme der Demokratie. Internationals Jahrbuck fur Rechtsphilosophie*, ed. Ota Weinberger, 17-48. Viena: Manz.
- Nino, C. S. 1980a. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- . 1980b. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel.
- . 1984. “Problemas abiertos en la filosofía del Derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 1: 175-7.

- . 1988. "El constructivismo epistemológico entre Rawls y Habermas". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 5: 87-105.
- . 1989a. *Ética y Derecho Humanos. Un ensayo de fundamentación*. 2ª ed. Barcelona: Ariel.
- . 1989b. *El Constructivismo ético*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- . 1991a. Los fundamentos del control judicial de Constitucionalidad. En *Fundamentos y alcances del Control Judicial de Constitucionalidad. Investigación colectiva del Centro de Estudios Institucionales de Buenos Aires*, 97-137. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- . 1991b. "La democracia epistémica puesta a prueba. Respuesta a Rosenkrantz y Ródenas". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 10: 295-305.
- . 1993. "A Philosophical Reconstruction of Judicial Review". *Cardozo Law Review* 14: 3-4.
- . 1994. *Derecho, Moral y Política. Una revisión de la teoría general del Derecho*. Buenos Aires: Ariel.
- . 1996. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press.
- . 1997. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.
- Rawls, J. 1999. *A Theory of Justice*. Cambridge, Mass.: Belknap Press.
- Raz, J. 1986. *The Morality of Freedom*. Oxford: Clarendon Press.
- Ródenas, Ángeles. 1991. "Sobre la justificación de la democracia en la obra de Carlos S. Nino", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 10: 279-93.
- . 1996. *Sobre la justificación de la autoridad*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Sección
Estados



Algunas consideraciones sobre el principio de definitividad en materia electoral y sus excepciones

Some considerations regarding the principle of exhaustion of all legal remedies in electoral law and its exceptions

Rubén Enrique Becerra Rojasvértiz*

Fecha de recepción: 3 de junio de 2011

Fecha de aceptación: 26 de agosto de 2011

RESUMEN

De acuerdo con el principio de definitividad, por regla general no existe la posibilidad jurídica de volver a las etapas electorales una vez que éstas han concluido. No obstante, igual que con todos los principios, el de definitividad no es absoluto, dado que en ciertas ocasiones puede ceder cuando entra en tensión con principios de índole sustantiva. Por consecuencia, el juzgador debe llevar a cabo una ponderación, esto es, un balance de razones en el que obtenga como resultado que uno de ellos posea más peso que el otro en un caso concreto. Procede entonces la excepción al principio de definitividad, en aras de tutelar la certeza del proceso electoral. En otras palabras, el principio de definitividad debe operar excepto en aquellos casos en los que su aplicación resulte violatoria de los valores que pretende resguardar, tales como la certeza y el respeto a la voluntad ciudadana.

PALABRAS CLAVE: definitividad, principios institucionales, principios sustantivos, ponderación, sustitución de candidatos.

* Magistrado presidente de la Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

ABSTRACT

According to the principle of exhaustion of all legal remedies, there is no legal way, by general rule, to go back on the electoral phases once they have concluded. Nonetheless, the mentioned principle, as all the other principles, is not absolute; this is because in some occasions it can give in when confronted with substantive principles. In consequence, the judge must balance the reasons where the result obtained is that one of the principles weighs more than the other in a particular case. Then, an exception to the principle of exhaustion of all legal remedies is required in order to protect the legal certainty of the electoral process. In other words, the referred principle must operate except in those cases where its use results in a violation of the values that it pretends to protect, such as legal certainty and respect to the citizens will.

KEYWORDS: exhaustion of all legal remedies, institutional principles, substantive principles, balancing, candidate substitution.

El 13 de septiembre de 2010, la Sala Regional Monterrey del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) resolvió de manera acumulada los juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC) identificados con las claves SM-JDC-256/2010 y SM-JDC-257/2010. El fondo de esos asuntos versó sobre la sustitución de una ciudadana como candidata a regidora propietaria por el principio de representación proporcional (y, en consecuencia, su respectiva asignación), horas antes de iniciar la jornada electoral.

Los hechos que originaron el acto materia de la controversia se suscitaron de la forma siguiente:

El 17 de mayo de 2010 se presentó ante el órgano interno estatal de elecciones del partido político Convergencia, un medio de impugnación en el que se objetó la candidatura de la promovente de los juicios ciudadanos mencionados, aduciendo que al no ser militante de ese ente político, no debía ser ella la persona postulada.

No fue sino hasta el 1 de julio siguiente (aproximadamente 45 días después, esto es, al final de la campaña electoral), que el mencionado órgano emitió una resolución por la cual “inhabilitó” a la promovente para ocupar el cargo de elección popular de mérito por parte de ese instituto político y ordenó que se realizara la sustitución de su candidatura.

Dicha sustitución se solicitó a la autoridad administrativa electoral responsable el 3 de julio de 2010, es decir, un día antes de que feneciera la etapa de preparación de la elección. La petición fue acordada de conformidad minutos antes de que iniciara la jornada electoral; a esta determinación no se le dio la publicidad debida en el Periódico Oficial del Estado, como indica la ley comicial local.

En estas condiciones se llevó a cabo la jornada comicial y por ende la etapa de resultados dentro de la que, en razón de las reglas de asignación de regidurías por el principio de representación proporcional, fue otorgada una curul a favor de la fórmula de candidatos que ocupó el lugar de la promovente.

A la par de estos acontecimientos, el proceso comicial atinente siguió su curso normal, así como el desarrollo de sus etapas, y precisamente ello hizo que se tornara en un caso con mayor dificultad de resolución, puesto que, como es sabido, uno de los principios sobre los que se desenvuelven los procesos electorales democráticos en nuestro país es el denominado “de definitividad de las etapas electorales”.

Dicho principio se traduce en que, por regla general, no existe la posibilidad jurídica de regresar a las etapas que han concluido, pues la ley fija plazos para que dentro de ellos se produzcan ciertos actos jurídicos, con el fin de que las normas que prevén los momentos precisos de inicio y término de las diversas fases de los procesos electorales sean observadas estrictamente.

Este principio origina a su vez un requisito de procedencia para todo medio de impugnación en materia federal electoral; es decir, para que el Tribunal Electoral pueda conocer y resolver alguna controversia sometida a su consideración. Como es sabido, además de encontrarse satisfechos el resto de los requisitos legales, deberá existir la posibilidad de que la reparación solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales; dicho de otra forma, en los casos en que se controvierta un acto acaecido dentro de una fase electoral ya concluida, habrá adquirido, por ese sólo hecho, la cualidad necesaria para convertirse en inmutable.

El objetivo de este principio radica en hacer funcional el proceso electoral, esto es, que cada uno de sus momentos se desenvuelva como prevé la ley y con ello evitar la posibilidad de regresar a etapas del proceso ya cerradas. De lo contrario, se podría generar el peligro de que dicho procedimiento comicial se mantuviera inacabado de manera indefinida, con el riesgo de no poder renovar los poderes públicos del Estado en las fechas señaladas en la ley. En este sentido, el desajuste de una sola de las distintas fases del proceso podría afectar a las subsecuentes, si se toma en consideración que los plazos previstos para cada una son sucesivos y demasiado breves.

Con este cúmulo de circunstancias fácticas y jurídicas se podría afirmar que al haber acontecido la sustitución de candidatos dentro de una etapa ya fenecida, y atendiendo al principio de definitividad de las etapas electorales, no resultaría viable poder analizar la constitucionalidad y legalidad del acto controvertido. Así pues, al concluir la fase de preparación de la elección, los actos y resoluciones ocurridos durante la misma que hayan surtido plenos efectos y no se hayan revocado o modificado dentro de la propia etapa deberán tenerse por inimpugnables, con el objeto de que los partidos políticos, ciudadanos y autoridades electorales se conduzcan conforme a ellos durante las etapas posteriores, adquiriendo por tales razones el carácter de irreparables.

En otras palabras, en el caso que motivó la sentencia que aquí se comenta se podría afirmar, *prima facie*, que al haber acontecido la sustitución de candidatos dentro de una fase ya concluida, y atendiendo al principio de definitividad, no resultaría viable poder analizar la constitucionalidad y legalidad de ese acto combatido.

Sin embargo, como a continuación se verá, sostener lo anterior implicó dar cabida a ciertos actos que ocasionaron un cambio indebido dentro del proceso electoral que no pudieron ser del conocimiento de sus intervinientes, lo que generó un estado de incertidumbre y, como consecuencia, que la voluntad del pueblo no se materializara en el sentido pretendido; además, ello conculcó el derecho de ser votada de la actora.

En razón de lo anterior, en los juicios SM-JDC-256/2010 y SM-JDC-257/2010 se consideró que el principio de definitividad no debería operar en el presente caso, en función de las razones que a continuación se exponen.

Existe un conjunto de principios reconocidos en la Carta Magna que son los pilares sobre los que está construido el Estado democrático de derecho. Como no podía ser de otro modo, dichos estándares son asimismo rectores del sistema electoral mexicano, razón por la cual todos los actos que conforman los procesos comiciales deben estar acordes a

los mismos —a saber, certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad— para que pueda generarse la emisión del voto universal, libre, secreto y directo.

Una de las principales cualidades que impera en los procesos comiciales es que todos sus actos deben estar revestidos de certeza, entendida en sentido amplio como la razonable posibilidad de predecir distintas conductas que el derecho exige a los sujetos obligados. Así, desde un punto de vista normativo, puede decirse que el derecho tiene por función que aquellas conductas que están tanto permitidas como prohibidas por la ley sean previsibles para todos los gobernados.

Al respecto, Manuel Atienza (2001, 181) entiende la certeza como uno de los tres niveles con los que se define la seguridad jurídica (orden, certeza y seguridad jurídica en sentido estricto) y señala que las exigencias de dicho valor se concretan a través de una serie de principios que suelen ser recogidos en las constituciones y en otras normas básicas de los ordenamientos jurídicos. Por ejemplo: el principio de legalidad, que supone, entre otras cosas, que el Estado está sometido a la ley; la jerarquía normativa, que se refiere a la prevalencia de las disposiciones jurídicas superiores sobre las inferiores en caso de conflicto; el de cosa juzgada, relativo a que las decisiones de los órganos jurisdiccionales son definitivas y sobre ellas no cabe decidir de nueva cuenta; el de irretroactividad, según el cual las normas jurídicas, salvo supuestos excepcionales, no se aplican a situaciones del pasado, etcétera.

El principio de certeza en materia electoral se traduce precisamente en esa previsibilidad con la que deben contar los intervinientes de un proceso comicial respecto de los actos que sucederán en él, o bien, acerca de la calidad de ciertos e inmutables que adquieren esos acontecimientos al momento de emitirse o de surtirse en diversas condiciones.

Sobre este tema, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha establecido que el principio de certeza estriba en dotar de facultades expresas a las autoridades locales, de modo que todos los partici-

pantes en el proceso electoral conozcan previamente y de manera clara las reglas a las que están sujetas su propia actuación y la de las autoridades electorales.

Sirve de apoyo a lo antes señalado la jurisprudencia P./J. 144/2005, con el contenido que se transcribe a continuación:

FUNCIÓN ELECTORAL A CARGO DE LAS AUTORIDADES ELECTORALES. PRINCIPIOS RECTORES DE SU EJERCICIO.

La fracción IV del artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que en el ejercicio de la función electoral a cargo de las autoridades electorales, serán principios rectores los de legalidad, imparcialidad, objetividad, certeza e independencia. Asimismo señala que las autoridades electorales deberán de gozar de autonomía en su funcionamiento e independencia en sus decisiones. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha estimado que en materia electoral el principio de legalidad significa la garantía formal para que los ciudadanos y las autoridades electorales actúen en estricto apego a las disposiciones consignadas en la ley, de tal manera que no se emitan o desplieguen conductas caprichosas o arbitrarias al margen del texto normativo; el de imparcialidad consiste en que en el ejercicio de sus funciones las autoridades electorales eviten irregularidades, desviaciones o la proclividad partidista; el de objetividad obliga a que las normas y mecanismos del proceso electoral estén diseñadas para evitar situaciones conflictivas sobre los actos previos a la jornada electoral, durante su desarrollo y en las etapas posteriores a la misma, y el de certeza consiste en dotar de facultades expresas a las autoridades locales de modo que todos los participantes en el proceso electoral conozcan previamente con claridad y seguridad las reglas a que su propia actuación y la de las autoridades electorales están sujetas. Por su parte, los conceptos de autonomía en el funcionamiento e indepen-

dencia en las decisiones de las autoridades electorales implican una garantía constitucional a favor de los ciudadanos y de los propios partidos políticos, y se refiere a aquella situación institucional que permite a las autoridades electorales emitir sus decisiones con plena imparcialidad y en estricto apego a la normatividad aplicable al caso, sin tener que acatar o someterse a indicaciones, instrucciones, sugerencias o insinuaciones provenientes de superiores jerárquicos, de otros Poderes del Estado o de personas con las que guardan alguna relación de afinidad política, social o cultural.

Así, el derecho sustantivo electoral también hace efectiva esa certidumbre por medio de diversas herramientas, tales como la obligación contenida en el artículo 105, fracción II, penúltimo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), consistente en que las leyes electorales federal o locales deberán promulgarse y publicarse por lo menos 90 días antes de que inicie el proceso electoral al que vayan a aplicarse, y que durante el mismo no podrá haber modificaciones legales fundamentales.

Del mismo modo, se desarrolla el principio de certeza en el desempeño de la función electoral a cargo de las autoridades correspondientes, tal como lo ha sostenido el Pleno de la SCJN en la jurisprudencia P./J. 60/2001, cuyo rubro y texto son los siguientes:

MATERIA ELECTORAL. PRINCIPIOS RECTORES. EN LAS CONSTITUCIONES Y LEYES DE LOS ESTADOS DEBE GARANTIZARSE, ENTRE OTROS, EL DE CERTEZA EN EL DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN ELECTORAL. Toda vez que de lo dispuesto por el artículo 116, fracción IV, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se desprende el imperativo de que en las Constituciones y las leyes de los Estados en materia electoral garanticen en el ejercicio de la función electoral rijan los principios

de legalidad, imparcialidad, objetividad, certeza e independencia, resulta evidente que dentro del referido principio de certeza se encuentra el relativo al desempeño de la función electoral a cargo de las autoridades correspondientes, principio que consiste en dotar de facultades expresas a las autoridades locales, de modo que todos los participantes en el proceso electoral conozcan previamente con claridad y seguridad las reglas a que la actuación de las autoridades electorales está sujeta.

Dicho ideal de certeza se logra también mediante el principio de definitividad, con el que se debe dotar a todas y cada una de las fases del proceso electoral, tal como lo establecen los artículos 41, base VI, y 116, fracción IV, inciso m), de la CPEUM. Al respecto, el TEPJF ha establecido en diversas ejecutorias que el referido principio se traduce en que, por regla general, no existe la posibilidad jurídica de regresar a las etapas que han concluido, pues la ley ha fijado plazos para que dentro de ellos se produzcan ciertos actos jurídicos a fin de que las normas que prevén las fechas precisas de inicio y término de las diversas fases de los procesos electorales sean observadas estrictamente.

Asimismo, se ha señalado que contemplar la posibilidad de regresar hacia etapas del proceso electoral ya fenecidas podría provocar que éste permanezca inacabado indefinidamente, con el riesgo de no poder renovar los poderes públicos del Estado en las fechas señaladas por la ley, pues el desajuste de una sola de las distintas fases del proceso podría afectar a las subsecuentes, si se toma en consideración que los plazos previstos para cada una son sucesivos y demasiado cortos.

Además, con independencia de lo anterior, si se tuviera el criterio general de que los actos ocurridos en una etapa ya concluida pudieran ser modificables en una posterior se generaría un estado de incertidumbre, en tal grado que el día de la jornada electoral —momento crucial dentro del proceso—, la ciudadanía podría llegar a sufragar sin tener noción de cuál

es el candidato por el que está emitiendo su voto en realidad, o si lo hace a favor de un partido político diverso al de su verdadera intención, ya que esta posibilidad puede ocasionar que momentos antes, durante la jornada comicial, o con posterioridad a ella, se sustituya a un candidato o bien, se revoque el registro de una coalición sin que exista la factibilidad de publicar oportunamente esa determinación.

Tal podría ser el caso de que el día de los comicios se votara por un candidato, y una vez concluida la jornada electoral aconteciera la modificación o revocación de un acto por la autoridad competente, que determinara que esos sufragios se computen a favor de un postulante distinto. Dicho de otra forma, que una vez plasmada la voluntad de los electores en las urnas respecto a cierto candidato, éste sea sustituido por un nuevo contendiente.

Sin embargo, el principio de definitividad no puede aplicarse de manera absoluta, esto es, que en todos los casos deba emplearse sin tomar en cuenta lo que ello conlleva. Siguiendo a Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (2001, 122), este principio puede ser catalogado como de tipo institucional, el cual —como todo principio— puede ceder en ciertas ocasiones cuando entra en tensión con otros.

En relación con lo anterior, los juristas referidos aluden que el derecho está compuesto, por un lado, de reglas y, por otro, de principios que las justifican. Señalan que la diferencia entre ellos es de tipo estructural: las reglas prevén hipótesis de forma cerrada, es decir, sus propiedades configuran un caso concreto y finito; por el contrario, las condiciones de aplicación de los principios no se encuentran genéricamente determinadas, de ahí que su aplicación requiera efectuar una ponderación, esto es, un balance de razones. De lo anterior se deriva que un principio jurídico puede ceder frente a otro si después de llevar a cabo una ponderación, uno de ellos posee más peso que el otro en un caso concreto (Alexy 1993, 99).

De acuerdo con los autores, todo orden jurídico prevé cierto tipo de estándares que están orientados a la persecución de determinadas funciones propias de la dimensión institucional del sistema jurídico. En otras palabras, se trata de normas específicas (diversas de las que protegen los derechos fundamentales) que establecen un conjunto de medios para la consecución de ciertos fines, tales como el orden, la seguridad jurídica, la legalidad, la certeza, etcétera.

Son un ejemplo de este tipo de disposiciones: la fijación de plazos para la presentación de una demanda, la distribución competencial entre ciertas autoridades jurisdiccionales, o bien, el principio de jerarquía normativa, el de deferencia al legislador, la cosa juzgada, la máxima publicidad o, como es el caso que nos ocupa, el de definitividad. Como puede observarse, se trata de un tipo de normas que permiten el funcionamiento adecuado del sistema jurídico en su conjunto, asegurando su estabilidad y efectividad.

En este orden de ideas, se puede decir que el principio de definitividad de las etapas electorales tiene por función dotar de *certeza* al proceso electoral, al establecer como firmes e inatacables aquellos actos y resoluciones que no fueron impugnados en su momento. Lo anterior quiere decir, como ya se ha apuntado, que el principio de definitividad, una vez que opera, impide cuestionar la legalidad de los actos emitidos dentro de las etapas del proceso electoral ya concluidas, pues ello podría ocasionar que éste quedara inacabado de manera indefinida o bien, causar el desfase de las subsecuentes etapas del proceso de renovación democrática, lo cual terminaría por violentar el principio de certeza previsto por la ley, propiciando un sistema jurídico disfuncional y provocando su inestabilidad y nula efectividad. No obstante, y tal como se sostuvo en la sentencia en comento, en ciertas circunstancias la aplicación del principio de definitividad podría *frustrar* el ideal de certeza que debe imperar en todo proceso electoral.

Lo que hace que un cierto estándar de conducta sea considerado como un principio institucional es primordialmente la justificación que lo

sostiene, pues se trata de razones que aparecen centralmente derivadas del propio derecho como aparato institucional y no de razones sustantivas o de corrección; dicho de otra manera, hacen que el sistema jurídico funcione adecuadamente.

No obstante, como se precisó en líneas anteriores, estas exigencias no siempre deben aplicarse de manera absoluta, ya que pueden entrar en conflicto con otras de tipo sustantivo cuando, tras un examen riguroso por parte del juzgador de las circunstancias fácticas y jurídicas de un caso concreto, se concluya que las últimas deben prevalecer sobre las primeras, pues de lo contrario se estarían sacrificando máximas que en ese caso específico tienen una mayor relevancia.

Pues bien, desde esta perspectiva, la Sala Regional Monterrey del TEPJF consideró en primer término que justamente el principio de definitividad de las etapas electorales puede ser considerado como una exigencia institucional, ya que con el fin de hacer efectivo que los poderes públicos del Estado sean ocupados en las fechas señaladas en la ley, se asegura la funcionalidad del sistema electoral, logrando que ciertos valores de corte sustantivo, como el acceso a la justicia, cedan ante esa exigencia institucional.

En este sentido, resulta necesario hacer referencia al sistema de gobierno de nuestro país y a la forma en que la Constitución federal señala que éste ha de renovarse, para así poder apreciar cómo el principio de definitividad de las etapas electorales cede en aras de privilegiar otros que son de carácter sustancial y que debido a ciertas circunstancias fácticas y jurídicas predominan sobre éste.

La CPEUM prevé en sus artículos 39 y 40 que la soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo, que todo poder público dimana y se instituye para beneficio de éste, que es voluntad del pueblo constituirse en una República representativa, democrática y federal compuesta por estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación. Asimismo, en su numeral 41 señala que la

soberanía se ejerce por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de competencia de éstos y por los de los estados en lo que toca a sus regímenes interiores. Además, se indica que la renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y periódicas, conforme a las bases que dicho dispositivo constitucional establece, por medio del sufragio universal, libre, secreto y directo; que en el ejercicio de la función electoral a cargo de las autoridades electorales sean principios rectores los de certeza, imparcialidad, independencia, legalidad y objetividad.

De igual forma, para garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, se establecerá un sistema de medios de impugnación con el que se dará definitividad a las distintas etapas de los procesos electorales y se asegurará la protección de los derechos políticos de los ciudadanos. Cabe hacer mención que las anteriores premisas se encuentran recogidas en el artículo 116 de nuestra Carta Magna para las elecciones locales.

Por su parte, el artículo 115, fracción VIII, de la Constitución federal establece que para la elección de los integrantes de los ayuntamientos se deberá contemplar el principio de representación proporcional junto con el de mayoría relativa.

Sobre este tema, debe mencionarse que la Sala Regional Monterrey ha sostenido el criterio de que la votación que se emite a favor de un candidato de mayoría relativa no sólo le beneficia a éste, sino también a los candidatos por el principio de representación proporcional del ente político de que se trate (SM-JDC-187/2009). En el caso de las elecciones de diputados por aquel principio también se benefician los partidos, al obtener cierto financiamiento y acceso a radio y televisión.

Resulta válido afirmar entonces que cuando el elector decide por qué opción emitirá su sufragio, bien puede hacerlo tomando en cuenta todos y cada uno de estos factores. De ahí que devenga inconcuso que en la elección de candidatos por este principio, de igual forma se

deberán respetar las máximas que se han enunciado en líneas anteriores. Estimar lo contrario significaría que entre las opciones disponibles para el ciudadano al momento de votar no están las relativas a los candidatos de representación proporcional y al partido político, sino sólo las de mayoría relativa.

Ahora bien, para dar un mayor apoyo a lo antes descrito, las leyes secundarias desarrollan varias reglas que permiten que el conjunto de principios enunciados se materialicen en el proceso de renovación de los cargos de elección popular. Así, en lo que interesa, el común de las normas comiciales establece que el proceso electoral se conforma por distintas etapas, mismas que ordinariamente son:

- a) Preparación de la elección.
- b) Jornada electoral.
- c) Resultados y declaratoria de validez.¹

Además, se prevén todos y cada uno de los actos que conforman esas fases, la forma y los momentos en que deberán desarrollarse:

- Por lo que hace a la primera de las etapas mencionadas, en ella se suscita una serie de acontecimientos que representan los elementos básicos sobre los que se desarrollará el resto de las fases, tales como los procesos de selección de candidatos a los cargos de elección respectivos por parte de los partidos políticos, la formación de las coaliciones, el registro de candidatos y la campaña electoral, por mencionar algunos.
- Dentro de la jornada electoral se desarrollan dos de los actos cruciales para la renovación de los cargos de elección popular, a saber,

¹ En diversas entidades federativas y tratándose del proceso comicial para elegir al presidente de la República se contempla una cuarta etapa, en la que un órgano jurisdiccional realiza la calificación de la elección.

la emisión de los sufragios y el escrutinio y cómputo de los mismos por parte de cada una de las mesas directivas de casilla.

- Por lo que toca a la etapa de resultados y declaratoria de validez, en ella se realizan los cómputos finales, que básicamente consisten en la suma de los resultados obtenidos en cada una de las mesas receptoras de votación, para con ellos declarar al triunfador; es decir, se determina quién obtuvo la mayoría de votos o bien, quién, en razón de la representación proporcional, debe ser asignado a un cargo de elección popular y por ende otorgarle la constancia respectiva.

Así, desde una óptica estricta de la definitividad de las etapas electorales, podría afirmarse que cada uno de los actos antes descritos por la sola conclusión de la etapa a la que pertenecen —mismas que se desarrollan de manera concatenada y sucesiva— adquirirá la firmeza necesaria que evitará su mutabilidad, generando con ello la funcionalidad del sistema electoral.

Sin embargo, ello no es así en virtud de que existen salvedades al respecto. Precisamente, una de esas excepciones consiste en la posibilidad de que se realice de nueva cuenta el escrutinio y cómputo de la votación recibida en una casilla.

En efecto, como se señaló con antelación, en la jornada electoral se efectúa el escrutinio y cómputo de la votación recibida en casilla por parte de cada una de las mesas directivas de esos órganos ciudadanos. Posteriormente, en lo que concierne a la etapa de resultados y declaratoria de validez de las elecciones, las legislaciones locales prevén la posibilidad de que ya sea una autoridad administrativa o jurisdiccional, según sea el caso, realice de nueva cuenta el escrutinio y cómputo de los sufragios recibidos en un centro de votación, cuando se actualice alguna de las hipótesis que se contemplan para ello.

Así, en un gran número de leyes comiciales locales se contemplan, entre otros, los supuestos siguientes: que los resultados de las actas no co-

incidan o se detecten alteraciones evidentes en las mismas que generen duda fundada sobre el resultado de la votación en la casilla; que no existiere el acta correspondiente; que todos los votos hayan sido depositados a favor de un mismo partido, si al término del cómputo se establece que la diferencia entre el candidato presuntamente ganador y el ubicado en el segundo lugar es igual o menor a cierto punto porcentual (que en la mayoría de las normas oscila entre 0.5 y 2.5%) y exista la petición expresa respectiva.

Lo anterior, válidamente, se puede traducir en una excepción al principio de definitividad de las etapas electorales, dado que permite dejar sin efectos un acto acaecido en la jornada electoral (el escrutinio y cómputo realizado por la mesa directiva de una casilla) a partir de uno diverso ocurrido en una etapa distinta, es decir, en la de resultados y declaración de validez.

Como se puede apreciar, el respaldo de las hipótesis que prevén las normas que permiten realizar este nuevo escrutinio y cómputo radica precisamente en el estado de incertidumbre que puede generarse cuando se actualiza alguna de las circunstancias fácticas contenidas en ellas; es decir, en ciertos casos, tales como que los resultados de las actas no coincidan o que hubiere alteraciones evidentes en las mismas que generen duda fundada sobre el resultado de la votación en la casilla, o que no existiere el acta correspondiente, por mencionar algunos, constituyen hechos que cuestionan la veracidad de los resultados obtenidos en esas mesas receptoras de votación.

Otra de las excepciones al principio en comento se ha originado en sede jurisdiccional; por ejemplo, los medios de impugnación en los que se ha decretado la nulidad de una elección por violación a principios constitucionales. Tal es el caso sobre el que versó el juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-604/2007.

En efecto, ha sido criterio de la Sala Superior del TEPFJ que cuando en una elección se susciten ciertos acontecimientos que quebranten el orden

público que imponen los principios consagrados en la Constitución federal, tales sucesos no deben surgir a la vida jurídica, dado que el reconocimiento de que un acto determinado contraviene disposiciones constitucionales significaría declarar que no puede producir los efectos jurídicos que le son propios o bien, desaparecer los efectos que está generando a fin de restituir la afectación a la Carta Magna; de ahí que se ha considerado procedente declarar la nulidad de una elección cuando se susciten este tipo de infracciones constitucionales.

Ahora bien, la consecuencia que se genera cuando sucede lo anterior es la posibilidad de analizar en una etapa posterior hechos ocurridos en etapas del proceso comicial ya concluidas; como aconteció en el juicio de revisión constitucional electoral antes citado, en el que la materia de la litis versó sobre los actos de campaña pertenecientes a la fase de preparación de la elección que se estimaron atentatorios contra un principio constitucional, específicamente al de la separación Iglesia-Estado, y a raíz de ello se dejaron sin efecto los resultados obtenidos en esas elecciones.

En esa tesitura, se estima que la determinación en comento representa una excepción al principio de definitividad de las etapas electorales. Si se tiene en cuenta que el objetivo de dicha regla es evitar la posibilidad de regresar hacia las etapas del proceso electoral ya fenecidas, para impedir que el mismo continúe inacabado en forma indefinida y no se lleguen a ocupar los cargos de elección popular en las fechas previstas para ello, evidentemente declarar la nulidad de una elección por violaciones a principios constitucionales resultaría contradictorio con el fin que persigue esta regla.

Válidamente puede considerarse que el fundamento de una excepción al principio de definitividad es salvaguardar otros principios que se estimaron conculcados —como la libertad del voto—, y por ello devino necesario el análisis de los actos comentados, con la consecuencia de que se ejecutara de nuevo otro proceso comicial.

En efecto, al existir este tipo de afectaciones, lo que en realidad se está evitando con esa determinación es que el poder público que dimana del

pueblo sea ocupado por alguien que no representa su voluntad real, es decir, que no fue electo democráticamente.

Dicho de otra forma, la elección no podría ser catalogada como libre y auténtica si en ésta no se hubieren respetado los principios de certeza, imparcialidad, independencia, legalidad y objetividad que rigen el sistema democrático del Estado; o bien, cuando la votación no se hubiere ejecutado de manera universal, libre, secreta y directa.

En abono a lo anterior, si se toma en cuenta que el proceso electoral es el instrumento por excelencia para llevar a cabo esa renovación periódica de los poderes públicos, y si éstos deben ser electos conforme a los principios enunciados en líneas anteriores, es que cobra sentido que pueda declararse nula una elección cuando ésta no resulte acorde a la voluntad popular, aun cuando sus actos hayan cobrado firmeza a raíz de la definitividad de las etapas del proceso en el que ocurrieron; de estimar lo contrario, la voluntad del pueblo expresada en las urnas se vería frustrada por el principio de definitividad de las etapas electorales.

Cabe señalar que lo mismo acontece tratándose de la nulidad de la elección por alguna de las causas que se prevén expresamente en las normas comiciales, puesto que cada una de esas hipótesis precisamente tutela uno o varios de los principios de índole sustantiva que se han señalado.

Así las cosas, el Órgano Jurisdiccional competente estimó que además de los casos en que se actualizan las hipótesis legales en mención, en el desenvolvimiento de los procesos electorales pueden acontecer diversas circunstancias que justificarían que el principio de definitividad de las etapas del proceso comicial ceda para tutelar otros de corte sustantivo. Por tanto, ante ese escenario es que deviene oportuno que en la actividad jurisdiccional se complete la normatividad en lo que sea necesario, atendiendo siempre a los principios rectores de la materia, así como a los principios fundamentales contenidos en el sistema jurídico positivo, aplicados de tal modo que se salvaguarde la finalidad de los actos electorales y se respeten los derechos y prerrogativas de los goberna-

dos dentro de las condiciones reales prevalecientes y con las modalidades que impongan las necesidades particulares de la situación, esto es, bajo un balance de razones.

Según esta línea argumentativa, la Sala Regional Monterrey del TEPJF estimó que el aludido principio de definitividad de las etapas electorales podrá excepcionarse, para dar cabida a la revisión de la constitucionalidad y legalidad de ciertos actos, siempre y cuando se actualicen de manera conjunta las circunstancias siguientes:

- a) Que el acto impugnado ocasione un aparente cambio indebido dentro del proceso electoral, y con ello un estado de incertidumbre en el mismo.
- b) Que no haya podido ser del conocimiento de sus intervinientes.
- c) Que genere como consecuencia que la voluntad del pueblo se exprese en un sentido distinto al que en realidad se pretende.
- d) Que no produzca la nulidad de la elección y por ende el desarrollo de otro proceso electoral, pues esto sólo puede lograrse por medio de la actualización de las hipótesis que prevén expresamente esa consecuencia.

De acuerdo con lo anterior, puede darse el caso de que los participantes de una contienda electoral generen distintas incidencias en una etapa del proceso, cuyos efectos ocasionen un cambio del rumbo natural y que, justamente debido a la forma en que se suscitaron y a la definitividad de las etapas electorales, no se tenga la oportunidad de controvertirlas y, por tanto, que adquieran la firmeza necesaria para que en modo alguno puedan estar sujetas a un tamiz de constitucionalidad y legalidad y, en su caso, pueda repararse el orden constitucional violado.

Como muestra de lo anterior, se puede mencionar la posibilidad de que un tercero ajeno al proceso acuda al órgano administrativo electoral res-

pectivo, horas antes de que fenezca la etapa de preparación de la elección, con una ejecutoria en la cual se ordene su registro como candidato al cargo de gobernador en sustitución del ciudadano previamente inscrito.

En este contexto, puede acontecer que debido a la premura que traen consigo los tiempos electorales, se tome como base la máxima de la experiencia y la buena fe para acordar favorablemente la solicitud. En este tenor, y dada la imposibilidad jurídica de publicitar la aprobación del nuevo contendiente y de modificar las boletas electorales, la ciudadanía que acudiera a votar el día de la jornada electoral lo haría sin el conocimiento de esa sustitución y, por ende, sólo tomaría en cuenta para su decisión al anterior candidato.

Ahora bien, podría suceder que posteriormente (el primer día de la etapa de resultados, pongamos por caso) se descubre que la resolución que originó el cambio de candidatos es apócrifa o bien, que se advierta hasta esa fecha que la resolución en comento fue emitida por un órgano evidentemente incompetente para ello.

En este escenario hipotético, si el candidato sustituto obtuviera mediante este engaño la mayoría de la votación, debería ser declarado gobernador electo, de sostenerse que debido al principio de definitividad de las etapas comiciales ya no resulta jurídicamente viable analizar la legalidad de aquel acto, al haber ocurrido en una etapa electoral ya fenecida.

Como puede verse, el permitir que los efectos de ese tipo de conductas conculcatorias de los principios que sostienen el Estado democrático de derecho —tales como la certeza, legalidad y libertad del voto activo— surjan dentro de una etapa del proceso electoral ya concluida, se traduciría en consentir actos violatorios a principios constitucionales, con el afán de dar prevalencia al principio de definitividad de la etapas electorales.

La Sala Regional Monterrey consideró entonces que las circunstancias fácticas del caso que se comenta provocaron un estado de incertidumbre en el proceso electoral de mérito y, además, afectaron el derecho político-electoral de la accionante, dado que momentos antes de que empezara la

recepción de la votación, y en virtud de una solicitud del partido político en cuestión aparentemente apegada a derecho, se cambió a los participantes de la contienda sin que la ciudadanía tuviera conocimiento de ello.

En efecto, si en el caso que nos ocupa atendiésemos la aplicación irrestricta del principio de definitividad de las etapas electorales, resultaría inviable analizar la legalidad y constitucionalidad de la sustitución de la candidata a regidora por el principio de representación proporcional acaecida dentro de una etapa ya fenecida. Sostener lo contrario conduciría a validar el acto jurídico impugnado por la actora, lo cual implicaría dar cabida a ciertos actos que, por no habérseles dado la máxima publicidad, ocasionaron un cambio indebido dentro del proceso electoral y que no fueron del conocimiento oportuno de los ciudadanos y de la candidata, frustrando así la certeza, la legalidad y violentando con ello el respeto a los derechos políticos, tanto activos como pasivos, que deben primar en toda elección democrática.

En definitiva, el criterio fundamental que se sostuvo es que no pueden considerarse absolutamente cerradas las etapas electorales. Por tanto, en el caso que se juzgó no debía aplicarse el principio de definitividad, en virtud de que el cambio efectuado por el partido político en cuestión debía revisarse por resultar violatorio del principio de certeza y de respeto a la voluntad ciudadana expresada en las urnas mediante el voto, al no haberse dado la máxima publicidad a la sustitución de la promovente del juicio ciudadano en análisis. A manera de conclusión, en el asunto en comento se sostuvo que, igual que con todos los principios, el de definitividad no es absoluto, dado que en ciertas ocasiones puede ceder cuando entra en tensión con otros principios importantes para el sistema jurídico electoral.

Fuentes consultadas

- Alexy, Robert. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, Manuel. 2001. *El Sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- y Juan Ruiz Manero. 2001. “La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 24: 115-30.
- CPEUM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 2011. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Jurisprudencia P./J. 60/2001. MATERIA ELECTORAL. PRINCIPIOS RECTORES. EN LAS CONSTITUCIONES Y LEYES DE LOS ESTADOS DEBE GARANTIZARSE, ENTRE OTROS, EL DE CERTEZA EN EL DESEMPEÑO DE LA FUNCIÓN ELECTORAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XIII (abril): 752.
- P./J. 144/2005. FUNCIÓN ELECTORAL A CARGO DE LAS AUTORIDADES ELECTORALES. PRINCIPIOS RECTORES DE SU EJERCICIO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXII (noviembre): 111.
- Sentencia SM-JDC-256/2010 y su acumulado SM-JDC-257/2010. Actora: Gloria Eide Abdel Jalec Morones. Autoridad responsable: Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Aguascalientes. Disponible en <http://www.tribunalelectoral.gob.mx/todo.asp?menu=18> (consultada el 26 de octubre de 2011).
- SUP-JRC-604/2007. Actor: Partido Revolucionario Institucional. Autoridad responsable: Tribunal Electoral del Estado de Michoacán. Disponible en <http://www.tribunalelectoral.gob.mx/todo.asp?menu=18> (consultada el 26 de octubre de 2011).

Voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero

Vote for aboard Federal District citizens

Carla A. Humphrey Jordan*

Fecha de recepción: 3 de junio de 2011

Fecha de aceptación: 26 de agosto de 2011

RESUMEN

La regulación del voto de los mexicanos residentes en el extranjero es producto de una demanda creciente que durante casi una década llevaron a cabo varias organizaciones de ciudadanos. No fue sino hasta 2006 en que se materializó el ejercicio de este derecho, para la elección de presidente de la República.

En congruencia con las reformas constitucionales y legales que hicieron posible el voto en el extranjero para presidente, a partir de 2012 será posible que los ciudadanos del Distrito Federal residentes fuera del país también puedan emitir su voto en la elección de jefe de gobierno, por lo que el Instituto Electoral local se ha abocado a realizar las acciones necesarias para materializar el ejercicio de este derecho.

Pero el voto en el extranjero no se agota en sí mismo, sino que de ahí derivan otros temas que ameritan, a la brevedad, atención legislativa.

PALABRAS CLAVE: voto, extranjero, Distrito Federal, derechos político-electorales, jefe de gobierno.

* Consejera electoral del Instituto Electoral del Distrito Federal.

ABSTRACT

Due to the crescent citizen's demand around 10 years ago, Mexican law allowed the right to vote for those citizens that reside in another country or city. In 2006, for the first time abroad Mexicans citizens could vote for the President election.

Consistent with the constitutional and legal reforms that made the country voting for President, in the year 2012; the local law was reformed to give them the right to vote for the Head of Government. Therefore, the Mexico City Electoral Institute has been working and taking the necessary actions to realize the exercise of this right for the next year.

This is part of the first step in a global democracy The vote from abroad does not end in itself, there are other issues that need to be attended, and we are working on it.

KEYWORDS: vote, abroad, Mexico City, electoral political rights, head of government.

Introducción

El 20 de diciembre de 2010 fue publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el decreto por el que se expidió el Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Distrito Federal, mismo que entró en vigor al día siguiente.

El ordenamiento referido presentó innovaciones respecto del otrora Código Electoral del Distrito Federal, no sólo porque se adecuó la regulación de diversos rubros o temas, atendiendo criterios jurisdiccionales y experiencias de procesos electorales recientes, sino que, además, incorporó otros temas que hasta entonces carecían de regulación a pesar de su innegable importancia en el desarrollo del sistema político-electoral del país y su régimen democrático.

Uno de dichos temas es el relativo a la implementación, por primera vez, del voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero para la elección de jefe de gobierno. De esta manera, se da un paso determinante en el respeto irrestricto de los derechos político-electorales y en el establecimiento de cauces y procedimientos para que todos los ciudadanos del Distrito Federal puedan ejercerlos a cabalidad.

A propósito de lo anterior, el presente ensayo tiene la finalidad de exponer algunas consideraciones en torno a las reformas legales que hicieron posible que, a partir de la próxima elección de jefe de gobierno, también voten los ciudadanos que radican en el extranjero, atendiendo así un reclamo histórico.

El ensayo se integra por tres apartados. El primero de ellos se refiere a los antecedentes y el contexto en el que se desarrollaron las reformas al marco normativo electoral del Distrito Federal. Se da cuenta de las reformas constitucionales y legales por medio de las cuales se implementó el voto de los mexicanos en el extranjero para la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos y cómo, en congruencia con esas reformas, se hizo posible reformar la legislación electoral del Distrito Federal para garantizar y materializar este importante derecho.

El segundo apartado se refiere de forma específica a la implementación del voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero. En el mismo se analizan las reformas a la normatividad local en este tema y las actividades que a la fecha han sido llevadas a cabo por parte de la autoridad administrativa electoral del Distrito Federal para que en la próxima elección de jefe de gobierno se pueda ejercer este importante derecho.

En el tercer apartado se analiza que si bien con la implementación del voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero se da un paso firme para el desarrollo y la consolidación del sistema político-electoral del país, su régimen democrático y el ejercicio de los derechos político-electorales de los ciudadanos, el tema no se agota en sí mismo, sino que a partir de éste se ponen de manifiesto otros temas pendientes a los que, eventualmente, deberá darse atención legislativa, habida cuenta las importantes repercusiones que pueden llegar a tener no sólo en los procesos electorales sino, en general, en el desarrollo democrático nacional. Así, de manera enunciativa más no limitativa, se analizan temas como la implementación del voto en el extranjero en la totalidad de entidades federativas; la propaganda político-electoral en el exterior a través de radio, televisión e internet; así como la implementación de mecanismos diversos para recabar la votación, como la urna electrónica, el voto telefónico, a través de mensaje SMS, la digitalización de credenciales de elector, el voto con huella digital, entre otras.

En todo caso, el régimen democrático si bien ha tenido avances significativos en los últimos años está lejos de ser perfecto o acabado; por el contrario, debe estar en continuo desarrollo y mejora, siempre atendiendo a las necesidades y circunstancias de la sociedad y es en este sentido en el que todas las propuestas que se emitan para mejorar las instituciones del país deben ser analizadas y, en su caso, atendidas, pues además de las propuestas de reforma que se planteen, la democracia se basa en la participación de los ciudadanos.

Antecedentes y contexto del voto de los mexicanos en el extranjero

Si se analiza la historia político-electoral del país, podemos advertir que la misma se ha caracterizado por un notable desarrollo del régimen democrático a través de leyes e instituciones cuyo objetivo esencial ha sido establecer mecanismos y procedimientos para garantizar elecciones libres y auténticas para la renovación de los cargos de elección popular en los tres ámbitos de gobierno en el país.

De igual manera, en la evolución de las leyes e instituciones político-electorales del país se advierte que en los últimos años se han implementado medidas tendentes no sólo a garantizar el pleno ejercicio de los derechos políticos de los ciudadanos, sino de manera paralela, llevar a cabo aquellas acciones orientadas a procurar que el catálogo de dichos derechos se amplíe y se consolide, ya sea porque se ha dado la calidad de derecho político a otros que previamente no la tenían o bien, porque hay otros derechos que, sin ser propiamente de naturaleza político-electoral, constituyen un presupuesto para el adecuado ejercicio de los mismos.

A manera de ejemplo, y por mencionar algunos de los avances más significativos del sistema político-electoral del país y, en general, del régimen democrático, podemos mencionar, entre otros, el derecho al voto de la mujer; la integración de órganos de representación popular más plurales, por medio del principio de representación proporcional y primera minoría, aplicables para la integración de las Cámaras del Congreso de la Unión; la incorporación de cuotas de género como una medida de acción afirmativa para garantizar mayor equidad en la postulación de candidatos; y, muy recientemente, la obligación de los partidos políticos de destinar un porcentaje de su financiamiento público para el desarrollo de mujeres y jóvenes, así como la implementación del derecho al voto de los mexicanos que radican fuera del territorio nacional para la elección de presidente de la República.

A propósito del derecho al voto de los mexicanos en el extranjero, es de señalar que su regulación e implementación fue producto de impor-

tantes esfuerzos y coordinación entre el Congreso de la Unión, el Instituto Federal Electoral (IFE), así como de diversas organizaciones ciudadanas que durante mucho tiempo habían pugnado por la materialización de este derecho previsto constitucionalmente. En efecto, si bien las iniciativas de reforma legal para la implementación del voto de los mexicanos en el extranjero se presentaron a partir de 1998, el tema ya había sido materia de discusión en distintos ámbitos. Así, no pasa desapercibido que en 1996 se reformó, entre otros, el artículo 36 constitucional, a efecto de abrir la posibilidad para la implementación de este derecho a los nacionales residentes en el exterior, al señalar que el voto se ejercerá en los términos señalados por la ley de la materia. Esta reforma constituyó, definitivamente, el primer gran paso para materializar el ejercicio de este importante derecho que, como se ha señalado, había sido un reclamo que cada vez tomaba mayor fuerza, pero que no había sido atendido por el Estado mexicano (DOF 1996, 2-13).

Aunado a lo anterior, no pasa inadvertido que mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de marzo de 1997, se reformó el artículo 32 constitucional para establecer fehacientemente que la ley regulará el ejercicio de los derechos de los mexicanos que posean otra nacionalidad, así como normas para evitar conflictos por doble nacionalidad. Esta reforma constituyó un avance adicional en el proceso de reconocimiento y tutela de los derechos político-electorales de los mexicanos que residen fuera del país (DOF 1997, 2-3).

Al respecto, resulta relevante el planteamiento expuesto en el manual editado de manera conjunta entre el Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional) y el IFE, al señalar que

la posibilidad de que las personas que se encuentran fuera de su país puedan ejercer su derecho al voto ha sido durante mucho tiempo motivo de interés en el diseño y la administración electoral. Este tema se ha vuelto más relevante a medida que se incrementa el nú-

mero de países que celebran elecciones democráticas. No es sólo el hecho de que un número cada vez mayor de personas trabaje y viaje alrededor del mundo; en la medida en que se llevan a cabo elecciones en países en transición tras regímenes autoritarios, y más aún después de conflictos armados, el derecho de los refugiados y de las personas que viven fuera de su país a participar en la construcción de su futuro es cada vez más importante (Ellis 2007, p. V).

Razonamientos similares emitieron los diputados al discutir las reformas a la ley de la materia. En efecto, en el Dictamen de reformas al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, sometido a consideración del Pleno de la Cámara de Diputados en la sesión que ese órgano legislativo celebró el 22 de febrero de 2005, se justifica la importancia de la implementación de este importante derecho:

... ha sido una demanda histórica por parte de los mexicanos en el exterior el que se les permita votar en el proceso electoral para elegir a las autoridades mexicanas.

[...]

... los migrantes mexicanos por nacimiento siguen siendo nacionales y ciudadanos, en esto último sólo aquellos que cumplan con los requisitos, y que tienen derechos y obligaciones iguales a los mexicanos en territorio nacional.

Durante el siglo XIX se consideró que los conceptos de “pueblo”, “ciudadanía”, y “territorio” estaban indisolublemente ligados. La realidad cotidiana de principios del siglo XXI no es la que imaginaban los republicanos del XIX, sino la de un constante flujo de pueblos y personas que no respetan límites geográficos, y por ello no debe extrañarnos que el concepto clásico de ciudadanía esté siendo fuertemente debatido en todo el mundo (Pablo Mijangos y González), más aun, ahora debemos entender el concepto de “ciudadano

transnacional”, término que ha sido definido dentro del concepto de la “gran villa” y la globalización de la socióloga Sassen, un ejemplo de ello es la Unión Europea.

[...]

... Entre 1988 y 1994 se incrementaron los contactos con asociaciones empresariales mexicano-norteamericanas, se fomentó la organización de “clubes de oriundos”, y se crearon programas de apoyo al migrante y nuevos consulados, pero todas estas iniciativas resultaron infructuosas...

[...]

Conviene recordar que los migrantes mexicanos en Estados Unidos, desde 1988, han realizado un sinnúmero de foros y reuniones para analizar y promover el ejercicio de sufragio desde el extranjero, incluso han realizado eventos simbólicos democráticos de participación política durante los procesos electorales presidenciales del 1988, 1994 y 2000 (CDDHCU 2005, 2).

Por su parte, el Senado de la República también advirtió la importancia de la implementación de este importante derecho, en los siguientes términos:

...la reforma electoral de 1996 representó un hito en la historia política de México porque en definitiva permitió la alternancia pacífica en la titularidad del Poder Ejecutivo Federal en el año 2000. Sin embargo, aún queda pendiente cumplir con uno de los fundamentos que motivaron la realización de esta reforma y es el de diseñar un mecanismo que permita el ejercicio efectivo de los derechos políticos de los ciudadanos mexicanos residentes en el extranjero.

[...]

...el voto es un derecho humano de naturaleza civil y política que ha sido reconocido en diversos tratados internacionales firmados y ratifica-

dos por México. En especial, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana de los Derechos del Hombre” (CDDHCU 2005).

Si bien, durante varios años se llevaron a cabo esfuerzos importantes para la materialización del voto de los connacionales residentes en el extranjero en igualdad de condiciones que quienes radican en el territorio nacional, éstos no rindieron frutos en lo inmediato; sin embargo, como consecuencia de dichos esfuerzos, diversos legisladores se dedicaron a la presentación de iniciativas orientadas a regular este derecho y los procedimientos tendentes a su materialización, que, una vez agotado el proceso legislativo, se tradujeron en el Decreto de reformas al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de junio de 2005.¹

De acuerdo con el marco normativo aprobado, el IFE —en coordinación con otras autoridades y dependencias, como la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) y el entonces denominado Servicio Postal Mexicano, así como diversas organizaciones ciudadanas— se abocó a organizar el proceso electoral federal ordinario 2005-2006, incluyendo las actividades inherentes a recabar el voto de los mexicanos residentes en el extranjero, el cual, cabe recordarlo, se llevó a cabo vía postal, a efecto de que, tal como lo señaló el Legislativo, dichos sufragios se emitieran en condiciones lo más semejante posible a como lo emiten los ciudadanos que radican en territorio nacional, es decir, a través de una boleta impresa, en la que el elector pone una marca sobre el emblema del partido político o coalición de su

¹ Es importante señalar que si bien el Dictamen referido fue analizado y aprobado en la sesión de la Cámara de Diputados del 22 de febrero de 2005 y se remitió al Senado para los efectos constitucionales, el 27 de abril de 2005 dicho órgano legislativo aprobó el Dictamen con modificaciones y lo remitió de nueva cuenta a la Cámara de Diputados, que lo aprobó en su sesión del 28 de junio de ese año.

preferencia, y salvaguardando los principios y características rectoras del sufragio: universal, libre, secreto y directo.

Si bien dicha reforma resultó loable y atendible, es importante señalar que las reformas constitucionales y legales que hicieron posible que los mexicanos que radican en el extranjero pudieran emitir su voto para presidente de la República tardaron en emitirse, máxime si no se pierde de vista que desde 1998 existieron iniciativas respecto de este tema y que no fue abordado legalmente sino hasta 2005, a pesar de que los mexicanos residentes en el extranjero planteaban el reclamo creciente de que se les garantizara el ejercicio pleno de sus derechos político-electorales, habida cuenta de que, en un número importante de casos sus familias continúan radicando en territorio nacional e, incluso, por las importantes aportaciones que, a pesar de radicar fuera, continúan haciendo al país.

En efecto, el solo hecho de que los nacionales radiquen fuera del territorio nacional no genera, por sí misma, la pérdida de la calidad de ciudadanos y, por ende, los derechos y prerrogativas del ciudadano continúan incólumes; sin embargo, al ser el derecho al voto de sustento constitucional pero de regulación legal, es inconcuso que para su adecuado ejercicio se precise que la ley de la materia establezca los cauces y procedimientos conforme a los cuales debe ejercerse. No pasa desapercibido, en este sentido, que los artículos 34 y 36, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) son categóricos al establecer, por una parte, que son ciudadanos mexicanos los hombres y mujeres mayores de 18 años que tengan un modo honesto de vivir y que es obligación de los ciudadanos votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley.

Como se puede advertir, si bien el texto constitucional no establece como requisito de ciudadanía ni para el ejercicio de los derechos inherentes a la misma que se deba residir en territorio nacional, sí es categórico al establecer que los mecanismos y procedimientos para el ejercicio del voto estarán previstos en ley y el voto se ejercerá con apego a esas disposiciones. Así, al no haber estado regulado el procedimiento conforme

al cual los mexicanos residentes en el extranjero podrían emitir su sufragio, se les impedía ejercerlo, limitando así, de manera indebida, los derechos con que cuentan por el solo hecho de ser mexicanos.

A mayor abundamiento, es importante destacar que el apartado C del artículo 37 constitucional, en relación con el artículo 38 del mismo ordenamiento, determinan fehacientemente las causas de pérdida de ciudadanía y la suspensión de los derechos o prerrogativas del ciudadano. Entre las causales o supuestos de ambos preceptos no se advierte alguno relativo a radicar fuera del territorio nacional. Así, la omisión del Legislativo de emitir la normatividad atinente para la materialización práctica de este derecho constituía, desde mi perspectiva, una conculcación a los derechos políticos de los ciudadanos que radican en el exterior.

En efecto, como se desprende de los preceptos constitucionales referidos, el sólo hecho de residir fuera de territorio nacional no implica la pérdida de derechos; siendo esto así, resultaba un imperativo para el legislador establecer los procedimientos legales atinentes para que los mexicanos que se encuentren fuera del país puedan continuar ejerciendo la totalidad de sus derechos.

En el proceso electoral federal de 2006, se recibieron un total de 54,780 solicitudes de registro a la lista nominal de electores residentes en el extranjero, de las cuales resultaron procedentes 40,876; y de éstas, se recibieron un total de 32,632 votos, mismos que fueron debidamente computados y registrados para la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos (IFE 2006, 23).

Más allá de que este ejercicio puede ser analizado desde varias perspectivas y ángulos, resulta innegable que el mismo constituyó una manera de remontar una desventaja histórica que había estado manifiesta durante mucho tiempo: que los ciudadanos mexicanos que por cualquier razón o circunstancia no radican en territorio nacional, se encontraban impedidos para ejercer a cabalidad la totalidad de derechos que la CPEUM les otorga, como el de voto.

Implementación del voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero

En congruencia con la regulación e implementación del voto de los mexicanos en el extranjero para la elección de presidente de la República que se llevó a cabo por primera vez en la historia nacional en 2006, en el ámbito del Distrito Federal también se han llevado a cabo acciones para la instrumentación y materialización de este importante derecho.

En efecto, el Código Electoral del Distrito Federal que estuvo vigente hasta el 20 de diciembre de 2010, ya preveía en su artículo 95, fracción XXXI, la atribución del órgano superior de dirección de analizar, previa evaluación de viabilidad presupuestal y operativa, la posibilidad de llevar a cabo la elección de jefe de gobierno para los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero, así como la atribución de emitir las disposiciones que resultaran necesarias al respecto.

El paso definitivo en la consolidación de este derecho en el Distrito Federal lo constituyó la publicación, en la Gaceta Oficial, del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Distrito Federal el 20 de diciembre de 2010, entre cuyas innovaciones presentó la regulación puntual del voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero, para la elección de jefe de gobierno. En efecto, los artículos 14, fracción III; 35 fracciones I, inciso d) y XXVIII; 57 y 370 del Código referido regulan este rubro y de dichos preceptos destacan los siguientes elementos:

- a) El jefe de gobierno será electo en todo el territorio del Distrito Federal, el cual será considerado una sola Circunscripción. Para efecto de dicha elección, se considerarán como emitidos dentro de la referida Circunscripción, los sufragios de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero.
- b) Son atribuciones del Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal, entre otras, la de emitir la normatividad y procedimientos para la organización y desarrollo de los procesos electora-

les, de participación ciudadana, así como para el empleo de sistemas electrónicos de votación y para el voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero; así como la de aprobar los mecanismos, documentación y demás insumos necesarios para promover y recabar el voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero, por lo que se refiere únicamente a la elección de jefe de gobierno.

- c) De igual forma, es atribución del órgano superior de dirección del Instituto Electoral del Distrito Federal la de constituir un comité, a cuyo cargo se encontrará la coordinación de las actividades relativas a recabar el voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero, para la elección de jefe de gobierno.
- d) El cómputo total de votación para la elección de jefe de gobierno se llevará a cabo el sábado siguiente al día de la jornada electoral y en el mismo se deberá considerar la votación recabada en el extranjero.
- e) La elaboración y presentación ante el Consejo General del Informe estadístico, a partir de los resultados obtenidos en la votación de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero.

En efecto, el legislador local determinó reconocer y garantizar el derecho de voto para la elección de jefe de gobierno de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero, de manera que a partir de la aprobación del nuevo ordenamiento, el IEDF, en su calidad de autoridad en la materia electoral en el Distrito Federal a cuyo cargo se encuentra la organización de los procesos electorales locales, ha concentrado sus esfuerzos en adoptar las medidas y acciones tendentes a dar cumplimiento a las disposiciones del Código de la materia en este tema, entre las que destacan las siguientes:

- a) A efecto de dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 57 del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Distri-

to Federal, el 28 de febrero de 2011, el Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal aprobó el Acuerdo por el que se designó a la consejera y consejeros electorales que integrarán el Comité que coordinará las actividades tendentes a recabar el voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero para la elección de jefe de gobierno de 2012, mismo que quedó identificado con la clave ACU-018-11 (IEDF 2011a, 7-10). Cabe señalar que, en cumplimiento de lo dispuesto por el propio Acuerdo del Consejo General, dicho órgano se instaló ese mismo día.

- b) En ejercicio de las atribuciones que el artículo 57 del Código de la materia le confiere, y a efecto de dar cumplimiento a lo dispuesto por el punto sexto del Acuerdo ACU-018-11, el Comité referido en el inciso anterior presentó al Consejo General, en sesión pública celebrada el 28 de marzo de 2011, su Manual de funcionamiento; calendario de actividades y su programa de trabajo.
- c) Desde la integración de dicho Colegiado, ha sostenido reuniones de trabajo con diversas autoridades e instancias en México y el extranjero a efecto de solicitar colaboración y apoyos técnicos para la implementación del voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes fuera del territorio nacional. Tal es el caso de la SRE, el Instituto de los Mexicanos en el Exterior, el IFE, el gobierno del Distrito Federal, la Universidad Nacional Autónoma de México, entre otras.

Es importante señalar en este punto que, a diferencia de la legislación federal, que expresamente determina que el voto de los mexicanos en el extranjero debe ser postal, la legislación del Distrito Federal no establece una modalidad específica para recabar el voto, de manera que la autoridad administrativa electoral del Distrito Federal cuenta con libertad para analizar distintas alternativas que permitan garantizar el ejercicio del derecho de voto, en las condiciones más óptimas posibles en cuanto a facilidades para el ciudadano, reducción de costos, oportunidad de la votación, entre otros.

A propósito de lo anterior, y como parte de las medidas que se han llevado a cabo para la instrumentación del ejercicio del voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero, se encuentra la de contar con una relación puntual sobre el universo o el número total de ciudadanos del Distrito Federal que se encuentran fuera del territorio nacional y que eventualmente llegarían a ejercer su derecho al voto en la próxima elección de jefe de gobierno del Distrito Federal.

Al respecto, y como un primer dato de aproximación respecto al universo y ubicación de los ciudadanos del Distrito Federal que residen en el extranjero, de acuerdo con el IME, hasta 2009 había un total de 93,262 ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero, quienes estaban distribuidos por continentes, de la siguiente manera:

Cuadro 1. Ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero (2009)

Continente	Ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero	Porcentaje (%)
África	87	0.09
América	87,113	93.41
Asia	1,221	1.31
Europa	4,680	5.02
Oceanía	161	0.17
Total	93,262	100.00

Fuente: IEDF, 2011b, 6 y 7.

El cuadro anterior es ilustrativo, pues da clara cuenta de que la mayor concentración de ciudadanos del Distrito Federal residentes en el exterior recae en los países de América, particularmente en Estados Unidos y Canadá, seguida de Europa, Asia, Oceanía y África, respectivamente (IME 2009).

De igual manera, de conformidad con el IME, las entidades federativas con mayor índice de migración son el Distrito Federal, Chihuahua,

Veracruz, Jalisco, Puebla, Nuevo León, Estado de México, Guanajuato, Michoacán y Tamaulipas, lo cual se confirma si se considera que, en la elección de mexicanos residentes en el extranjero para presidente de la República que se llevó a cabo en 2006, los que más votaron fueron los ciudadanos del Distrito Federal al acumular 5,402 votos, es decir, 16.5% del total recibido, que fue de 32,632 (IFE 2006, 22).

No pasa desapercibido, por otra parte, que otras instituciones, como la Secretaría de Desarrollo Rural y Equidad para las Comunidades del Gobierno del Distrito Federal (SEDEREC) reportan un número aproximado de 755,200 ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero, particularmente en Estados Unidos de América y Canadá (SEDEREC 2010, 16).

Cuadro 2. Relación de estados y ciudades en Estados Unidos, con mayor concentración de ciudadanos del Distrito Federal

Estado	Ciudades
California	• Los Ángeles • San Francisco • Santa Anna
Illinois	• Chicago
Texas	• Houston • Dallas
Nueva York	• Nueva York
Arizona	• Phoenix
Nevada	• Las Vegas

Fuente: IEDF, 2011b, 6 y 7.

Es importante señalar que la diferencia en los datos que reportan ambas instituciones deriva de la fuente de su información, ya que mientras que para el IME la fuente de sus datos es el número de ciudadanos que han solicitado su cédula consular, la cual es de tramitación opcional, en

el caso de la SEDEREC, ésta obtiene los datos a partir de las encuestas a los habitantes del Distrito Federal que ha venido practicando anualmente desde 2008. En el caso específico de la cifra indicada con anterioridad, ésta deriva de las encuestas practicadas en 2008 y 2009, de conformidad con el Cuarto informe de labores de 2010 de la propia Secretaría.

Aunado a lo anterior, no pasa desapercibido que parte de la problemática que representa para la sistematización de la información consiste en que los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero no se encuentran concentrados o agrupados en sitios específicos, como ocurre con los ciudadanos de otras entidades federativas, lo que genera que se cuente con datos diferenciados en cuanto a su número y ubicación. De ahí que organizar esa elección sea precisamente uno de los retos de la autoridad electoral local.

Para ésta, resulta de vital importancia avanzar en la precisión del universo de ciudadanos que habrá que atender en la próxima elección, en virtud de que la ley ofrece un amplio margen de operación para hacer valer este derecho. Desde que se constituyó el Comité de seguimiento de las actividades tendentes a recabar el voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero, el IEDF ha tenido que adecuar y precisar el marco normativo para garantizar la operatividad del nuevo modelo. Esto lleva, entre otras responsabilidades, la de definir la o las modalidades a través de las cuales los conciudadanos del Distrito Federal en el exterior emitirán su voto. Si bien el modelo federal, a través del voto postal, garantiza un camino ya experimentado, lo cierto es que resulta factible ensayar mecanismos vía instrumentos informáticos y comunicación a distancia. Sin duda, internet constituye una herramienta de primer nivel para avanzar en la tarea de facilitar a nuestros connacionales el ejercicio de su derecho a votar.

Las decisiones por tomar no son fáciles, pues además de la definición técnica, la garantía de la operacionalidad y la construcción del consenso político que dé transparencia al proyecto, la autoridad debe cuidar sigilo-

samente que este derecho no se convierta en un elemento que encarezca aún más el costo de la democracia capitalina.

En suma, en los próximos meses, el instituto electoral local continuará generando las condiciones necesarias para la materialización de este importante derecho ciudadano, pues existe la convicción de que en la medida que se garantice a todos los ciudadanos el ejercicio cabal y pleno de sus derechos, se estarán sentando bases firmes para el desarrollo del régimen democrático y su consolidación.

*Reformas pendientes
derivadas de la implementación del voto
de los ciudadanos del Distrito Federal
residentes en el extranjero*

En los apartados anteriores se ha analizado de manera muy breve y sucinta, por una parte, la evolución del régimen democrático del país derivado de la implementación del voto de los mexicanos residentes en el extranjero para la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, el cual se materializó por primera vez en el proceso electoral de 2006 y las vicisitudes y eventualidades que se han superado para llegar a la implementación de este importante derecho para los connacionales que por cualquier razón o circunstancia radican fuera del territorio nacional. Por otra parte, también se ha analizado que en congruencia con las reformas a la legislación federal en este rubro, la Asamblea Legislativa determinó regular la implementación del voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero para la elección de jefe de gobierno y, a partir de la entrada en vigor del Código de la materia, el instituto electoral local se ha dedicado al análisis del tema y a la exploración de alternativas para garantizar el ejercicio de este derecho en las mejores condiciones posibles, no sólo en términos económicos, sino también operativos.

Ahora bien, a nadie escapa la importancia del reconocimiento y la implementación de este derecho; sin embargo, éste no se agota en sí mismo. No podría argumentarse que el régimen democrático o el sistema elec-

toral se encuentran satisfechos o plenos por la implementación de este derecho político-electoral, sino que ésta constituye apenas un punto de partida para otros temas que deben analizarse de manera pormenorizada y exhaustiva para que, en caso de que así se determine, se traduzcan en adecuaciones al marco normativo vigente y, eventualmente, existan mejores condiciones y mayores garantías para el ejercicio de la totalidad de derechos, como las que de manera enunciativa más no limitativa se exponen a continuación.

La primera y más importante, me parece, es que esta medida permee a la legislación de la totalidad de entidades federativas, no sólo para que los ciudadanos de esas entidades que radican fuera del territorio nacional puedan votar en las elecciones de gobernador, sino que, en la medida en que estas acciones se implementen por las entidades federativas y por la Federación será más factible la coordinación entre los distintos ámbitos de gobierno y, de esta manera, se puede garantizar mayor eficiencia, eficacia y racionalidad de los procedimientos, por ejemplo, en cuanto a recursos financieros y humanos. En efecto, si la regulación del voto de los mexicanos en el extranjero permea a la totalidad de entidades federativas, la organización de estos procesos electorales puede darse de manera coordinada, lo que propiciaría que las autoridades electorales involucradas sumen esfuerzos y, en la medida de lo posible y de acuerdo con su ámbito competencial, que compartan o distribuyan responsabilidades. De esta manera sería factible una mejoría en los procedimientos, aparejados de la correspondiente racionalización y maximización de los recursos monetarios, humanos y técnicos que resulten necesarios para la organización y desarrollo de estos mecanismos.

No pasa desapercibido que a la fecha únicamente los estados de Michoacán y Morelos, además del Distrito Federal, prevén el voto de sus ciudadanos residentes en el exterior. Sin embargo, de la revisión cuidadosa de los códigos electorales de las otras 29 entidades federativas, resulta interesante encontrar que la preocupación por avanzar en este mismo

sentido no está presente, salvo en las siguientes contadas excepciones (IIJ 2011).

Por principio, el caso de Zacatecas resulta particularmente interesante, pues si bien su legislación no prevé que los zacatecanos en el exterior voten para elegir a las autoridades del estado, su ley reconoce que la colonia zacatecana en el exterior merece que existan “candidatos migrantes”. En pocas palabras, la ley establece que exista un candidato con residencia binacional, que pueda ser elegido para integrar la Cámara de Diputados local y de esta manera representar a los zacatecanos que viven fuera. El mismo caso ocurre en el estado de Durango. Es importante recordar que estas dos entidades son particularmente exportadoras de migrantes a los Estados Unidos.

El caso de Coahuila también es interesante, pues su actual ley sigue el mismo patrón que originalmente estableció la ley federal. Es decir, uno de los transitorios de la ley establece que se deberá integrar una comisión para analizar las disposiciones nacionales e internacionales en materia del voto extraterritorial. Si bien no hay avances aún al respecto, está puesta la semilla.

Del análisis de los datos anteriores se pone de manifiesto no sólo una necesidad práctica de coordinación entre autoridades, sino además, la importancia de generar condiciones idóneas para que la totalidad de mexicanos que no radican en territorio nacional, puedan ejercer su derecho al sufragio, tanto en las elecciones de presidente de la República, como de gobernador de la entidad de la que son originarios. Esta necesidad de coordinación se pone más de manifiesto en el caso de elecciones concurrentes, pues es claro que al celebrarse la jornada electoral federal y de una o varias entidades federativas en una misma fecha, ningún sentido tendría que cada una de éstas que estuvieran involucradas llevaran a cabo acciones por cuenta propia o de manera aislada, pues se estarían duplicando esfuerzos y actividades, e incluso, podría llegar a desinformarse a los ciudadanos mexicanos residentes en el extranjero.

Otro de los rubros de los que, se considera, ameritan un análisis exhaustivo y pormenorizado por parte de los órganos legislativos, a propósito de la implementación del voto de los mexicanos residentes en el extranjero, es el relativo a la publicidad política en el exterior.

Al respecto, si bien considero acertada la restricción a partidos políticos y candidatos de realizar actos de campaña o de promoción política fuera del territorio nacional por cualquier medio, no pasa desapercibido, por una parte, que los ciudadanos que radican fuera del territorio nacional deben contar con información sobre las campañas, los candidatos y sus plataformas, a efecto de que cuenten con elementos suficientes para emitir su voto, aunado al hecho de que, en el caso de las autoridades electorales, no resulta aplicable la restricción referida, pues pueden llevar a cabo difusión del proceso electoral. Así, los partidos y candidatos no pueden realizar actos de campaña ni de promoción política en el exterior, por lo que debe analizarse la instrumentación de un mecanismo por medio del cual, aun cuando no se lleven a cabo actos proselitistas propiamente dichos, permitan a los ciudadanos mexicanos residentes en el exterior conocer las propuestas de los partidos políticos y sus candidatos.

En el caso del voto en el extranjero que tuvo lugar en el proceso electoral 2006 para la elección de presidente de la República, el Instituto Federal Electoral determinó enviar, junto con la boleta electoral, un disco informativo acerca de las campañas electorales de los distintos partidos y coaliciones y sus candidatos (IFE 2006, 22). Una medida semejante se llevará a cabo por parte del Instituto Electoral local, para el voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero en la elección de jefe de gobierno en 2012.

Sin embargo, aun cuando esa medida funcionó para el ejercicio de 2006 en particular, debieran explorarse otras opciones que permitan un mayor impacto en los ciudadanos y que, en la medida de lo posible, resulten menos onerosas al erario. Es en este sentido, en el que la coordinación entre entidades federativas y autoridades cobra mayor relevancia, pues

este tipo de acciones pueden implementarse de manera coordinada, logrando una mayor eficacia y eficiencia en los procedimientos, lo que puede traducirse, a la vez, en resultados más positivos en términos de mayor participación, menores costos, mayor incidencia en los nacionales residentes en el exterior en cuanto a su involucramiento en el ámbito político-electoral del país, entre otras.

No obstante lo anterior, no debe pasarse por alto el hecho de que existen medios y mecanismos publicitarios que escapan a la competencia y alcances de la legislación y las autoridades electorales mexicanas, lo que podría llegar a comprometer la eficacia normativa y, particularmente, del procedimiento en análisis. Tal es el caso, por ejemplo, de los promocionales en radio y televisión, así como el uso de internet.

En el primer caso, y a pesar de que la Constitución y la ley electoral tanto federal como del Distrito Federal son categóricas al establecer que los partidos políticos no pueden contratar por sí o por interpósita persona, por cualquier mecanismo, tiempos aire en radio y televisión, así como prohibir tajantemente llevar a cabo actos de promoción política en el extranjero, no pasa desapercibido que algunas de las radiodifusoras o televisoras que transmiten en el territorio nacional cuentan con repetidoras en el extranjero, de manera que la publicidad que se transmite en el país es susceptible de transmitirse fuera del mismo. A pesar de que esta circunstancia ha sido detectada por los monitoreos que tanto la autoridad electoral federal como las instancias gubernamentales correspondientes llevan a cabo, a la fecha se trata de una eventualidad a la que no se ha dado solución, pues en estricto sentido no se trata de publicidad adicional ni de una infracción a la ley, sino un efecto en la manera en que se llevan a cabo las transmisiones en el país y que se reproducen en territorio extranjero, por cadenas afiliadas o repetidoras, con apego a la normatividad.

Por lo que se refiere al servicio de internet, y como ha sido analizado de forma reiterada tanto por las autoridades electorales administrativas como jurisdiccionales ya sean federales o locales, se trata de un proble-

ma complejo, habida cuenta de que, al tratarse de una red mundial de información, los mensajes que se transmiten en la misma no necesariamente se ajustan a la legislación nacional, máxime si no se pierde de vista el hecho de que en un número importante de casos dichos mensajes publicitarios se contratan fuera de territorio nacional, con apego a una legislación diversa, de manera que las autoridades mexicanas no cuentan con competencia para actuar, en caso de que la información difundida resultara conculcatoria de la normatividad, pues a pesar de que dicha publicidad sería visible o consultable en el país, no se habría celebrado de acuerdo con sus leyes. Esto genera, a la vez, que la autoridad mexicana no cuente con competencia para solicitar su retiro o suspensión, lo que definitivamente puede tener efectos negativos no sólo en la equidad de la contienda, sino en el adecuado proceso de voto de los mexicanos, incluidos los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero.

Un tercer aspecto que, derivado de la implementación del voto de los mexicanos, incluidos los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el exterior, ameritaría un análisis exhaustivo y pormenorizado y, en su caso, de regulación específica tanto en el ámbito federal como local, sería el relativo a la búsqueda de mecanismos diversos para recabar la votación y llevar a cabo los cómputos correspondientes, salvaguardando los principios rectores del ejercicio del voto, en particular los de universalidad y secrecía.

Como se comentó con anterioridad, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales es categórico al establecer, en sus artículos 314, 316, 325, 326, 331 y 333 que el voto de los mexicanos residentes en el extranjero se emitirá vía postal y se computará con los votos que se emitan en territorio nacional. Esta acotación no existe en el Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Distrito Federal; por el contrario, este último ordenamiento es flexible en la medida en que permite a la autoridad administrativa explorar alternativas y opciones que, salvaguardando las características esenciales del sufragio, permitan a la vez la optimización y maximización de los recursos, así como

la operatividad de la norma y su eficiencia y eficacia, en términos de participación ciudadana.

Al respecto, no pasa desapercibido que en los últimos años, tanto las autoridades electorales federales como las de las entidades federativas e incluso otras instancias, académicas, por ejemplo, han explorado otros mecanismos para el ejercicio del voto, dadas las características y principios a que este importante derecho se encuentra sujeto. El mecanismo que, en su caso, se adopte, debe garantizar todos estos aspectos atendiendo, sobre todo, la realidad nacional.

Para el caso del voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero, el instituto electoral local ha observado un mayor grado de viabilidad en dos mecanismos: el voto postal y el voto a través de internet.² En el primer caso, la emisión del voto y su remisión a la autoridad administrativa electoral a través del correo postal permitiría un mayor grado de coordinación con el IFE, autoridad en la materia en el ámbito federal que actualmente se encuentra realizando todas las acciones encaminadas a recabar el voto en el extranjero para la elección de presidente de la República que se llevará a cabo en 2012.

Por lo que se refiere a la emisión del sufragio a través de la red mundial de información internet, es innegable que ésta ofrece una gran facilidad de envío de datos con un alto grado de seguridad y confiabilidad. En el caso de un proceso electoral —habida cuenta la relevancia de los votos, no sólo para salvaguardar el adecuado desarrollo del proceso, sino además, por la incidencia que pueden llegar a tener en el resultado electoral y, por ende, en la elección del próximo jefe de gobierno del Distrito

² El 26 de mayo de 2011, el Comité encargado de coordinar las actividades tendientes a recabar el voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero para la elección de jefe de gobierno de 2012, del Instituto Electoral del Distrito Federal, celebró su Tercera Sesión Ordinaria en la que, entre otros puntos, abordó la propuesta de anteproyecto de Acuerdo del Consejo General del Distrito Federal, por el que se determinan dos modalidades para recabar el voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero para la elección de jefe de gobierno 2012 y se está a la espera de su aprobación y remisión al Consejo General del propio instituto.

Federal—, la autoridad administrativa electoral local debe dotar de certeza a ciudadanos, fuerzas políticas, candidatos y, en general, a todo sujeto involucrado o interesado, en el sentido de que a pesar de que la información se enviará y manejará por sistemas electrónicos, la seguridad y confidencialidad de la misma no estarán en entredicho ni comprometidas de manera alguna. En caso de que se optara por esta modalidad, el reto del instituto electoral local, en coordinación con otras instancias y autoridades radicarán, justamente, en proporcionar a las fuerzas políticas, a los candidatos y, desde luego a los ciudadanos, plena garantía de la confiabilidad de la información y de que los votos recabados por este procedimiento serán contabilizados de manera adecuada.

Aun cuando las modalidades que se han observado como más viables para la instrumentación del voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero son las que se han referido, no pasa desapercibido que los órganos legislativos y las autoridades electorales del país también han explorado otros mecanismos con la intención de reducir los costos de las elecciones, procesar la información con mayor rapidez y eficiencia y facilitar al ciudadano el ejercicio de su derecho al voto. Tal es el caso, por ejemplo, de la denominada urna electrónica, o la implementación del voto vía telefónica o, incluso, a través de mensaje SMS. Si bien todas las propuestas que se emitan tendentes a maximizar la eficiencia de los procesos electorales y la reducción de los costos que les resultan inherentes son atendibles y deben analizarse con la suficiente exhaustividad, no debe pasarse por alto que el eje rector de estos análisis debe ser, en todo momento, salvaguardar los principios en que se sustenta el ejercicio del voto: que sea universal, libre, secreto y directo y que no resulte restrictivo para persona alguna.

Conclusiones

Del análisis planteado en los apartados precedentes se desprenden las siguientes conclusiones:

- a) La implementación del voto de los mexicanos en el extranjero para la elección de presidente de la República en primera instancia y, posteriormente, la del voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero para la elección de jefe de gobierno, son producto de grandes esfuerzos que durante más de una década las fuerzas políticas y organizaciones ciudadanas llevaron a cabo para materializar un derecho constitucionalmente establecido.
- b) El ejercicio del voto fuera del territorio nacional constituye una ampliación de los derechos de los ciudadanos y, a la vez, un paso de gran trascendencia en el proceso de desarrollo de las instituciones político-electorales del país, pues permite que todos los ciudadanos puedan ejercer a cabalidad los derechos que la Constitución les otorga. En efecto, desde la reforma al artículo 36 constitucional en 1996, se dio pauta para que se establecieran los mecanismos y procedimientos para hacer posible el ejercicio del voto desde el exterior, y esto resulta particularmente positivo, máxime si no se pierde de vista el hecho de que la residencia en el extranjero no es, por sí sola, causal de pérdida de ciudadanía o de los derechos que le son inherentes.
- c) A partir de la expedición del Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Distrito Federal, el pasado 20 de diciembre de 2010, el instituto electoral local se ha dedicado a realizar todas aquellas acciones y medidas tendentes a que en la próxima elección de jefe de gobierno, la cual tendrá verificativo el 1 de julio de 2012, todos aquellos ciudadanos de la capital del país que reúnan las condiciones, requisitos legales y cumplan con los procedimientos que para el efecto se aprueben, puedan emitir su voto desde el exterior.

- d) Si bien la implementación del voto en el extranjero se considera un avance importante en el proceso de consolidación del sistema político-electoral del país y su régimen democrático, este derecho no se agota en sí mismo, sino que constituye un punto de partida y análisis de otros temas que bien podrían ameritar atención legislativa a futuro.
- e) Entre estos temas se encuentra, definitivamente, la implementación del voto en el extranjero en todas las entidades federativas del país; encontrar mecanismos que permitan a los residentes en el exterior conocer las propuestas de los candidatos, sin que se lleven actos de promoción política o de campaña fuera del territorio nacional; analizar la regulación que debe darse a los medios masivos de comunicación a efecto de que no produzcan efectos nocivos en los procesos electorales, como inequidad en la contienda o actos contrarios a la ley o al régimen democrático; así como el análisis de otras modalidades o mecanismos para el ejercicio del voto, salvaguardando, en todo momento, las características que le son inherentes: universal, libre, secreto y directo.

Fuentes consultadas

- CDDHCU. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. 2005. Dictamen de reformas al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, sometido a consideración del Pleno de la Cámara de Diputados en la sesión del 22 de febrero de 2005, México: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión.
- DOF. Diario Oficial de la Federación. 1996. Decreto mediante el cual se declaran reformados diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación, 22 de agosto de 1996. Disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_136_22ago96_ima.pdf (consultada el 8 de mayo de 2011).
- . 1997. Decreto por el que se declaran reformados los artículos 30, 32 y 37 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 20 de marzo, 1ª sección, pp. 2–3.
- Ellis, Andrew. 2007. *Voto en el extranjero. El manual de IDEA Internacional. México, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral*. México: Instituto Federal Electoral.
- GODF. Gaceta Oficial del Distrito Federal. 2010. Decreto por el que se expide el Código de Instituciones y Procedimientos Electorales del Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal, 20 de diciembre, pp. 3–37.
- IEDF. Instituto Electoral del Distrito Federal. 2011a. ACU-018-11. Acuerdo del Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal, por el que se designa a las consejeras o consejeros electorales que integrarán el Comité que coordinará las actividades tendentes a recabar el voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero para la elección de jefe de gobierno de 2012. México: Instituto Electoral del Distrito Federal, 28 de febrero, pp. 7–10. Disponible en <http://www.iedf.org.mx/taip/cg/acu/2011/ACU-018-11.pdf> (consultada el 8 de mayo de 2011).

- . 2011b. Análisis estadístico relativo a la ubicación de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero. Documento presentado en la Tercera Sesión Ordinaria del Comité encargado de coordinar las actividades tendentes a recabar el voto de los ciudadanos del Distrito Federal residentes en el extranjero para la elección de jefe de gobierno de 2012, 26 de mayo, pp. 6-7.
- IFE. Instituto Federal Electoral. 2006. *Elecciones Federales 2006. Voto de los mexicanos residentes en el extranjero*. México: Instituto Federal Electoral.
- IIJ. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/> (consultada el 8 de mayo de 2011).
- IME. Instituto de los Mexicanos en el Exterior. Estadísticas de mexicanos en el exterior. Disponible en http://www.ime.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=19&Itemid=536&lang=es (consultada el 8 de mayo de 2011).
- SEDEREC. Secretaría de Desarrollo Rural y Equidad para las Comunidades del Gobierno del Distrito Federal. 2010. *Cuarto Informe de Labores 2010*. México: SEDEREC.

La argumentación judicial electoral en México. El caso Yurécuaro

The legal electoral argument in Mexico. The case of Yurécuaro

*A Rebeca, por su fuerza,
y a Luis Octavio, por su llegada*

Luis Octavio Vado Grajales*

Fecha de recepción: 8 de julio de 2011

Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2011

RESUMEN

En el presente estudio se hace un análisis crítico del papel de los juzgadores en el caso Yurécuaro, llevado al Tribunal Electoral en 2007. El autor enfatiza la importancia de hacer una crítica constructiva al trabajo de los administradores de la democracia en México, para acrecentar la calidad de la vida política.

Las líneas de este trabajo abordan la causa de nulidad abstracta, en primer lugar, y la relación entre creencias religiosas y elecciones. Aunque el investigador coincide con lo resuelto en la sentencia, las conclusiones a las que llega acerca de su formalidad son complementarias y aportan una visión crítica.

PALABRAS CLAVE: Nulidad de elección, modelo electoral mexicano, causa de nulidad.

* Maestro en Derecho Constitucional y Amparo. Candidato a doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro.

ABSTRACT

This article presents a critical analysis of the role of judges in the case Yurécuaro, led to the Electoral Tribunal in 2007. The author emphasizes the importance of constructive criticism to the work of administrators of democracy in Mexico, to grow in the quality of political life.

The lines of this paper address the cause of nullity abstract, first, and the relationship between religious beliefs and elections. Although the researcher agrees with the decision in the sentencing, the conclusions he reaches about the formality are complementary and provide a critical view.

KEYWORDS: Nullity of election, the Mexican electoral model, due to invalidity.

Introducción

La sentencia SUP-JRC-604/2007 es relevante porque se ocupa de dos temas muy discutidos en México: el primero, la aplicación de la aparentemente desaparecida causa de nulidad abstracta, y el segundo, la relación entre creencias religiosas y elecciones.

Debido a sus temas polémicos, la resolución en estudio se convierte en un buen banco de pruebas de la argumentación realizada por la máxima autoridad judicial electoral mexicana. Por tanto, en este estudio buscaré reconstruir los argumentos utilizados, confirmar su corrección y aportar elementos que puedan fortalecerlos, porque me parece que los temas debatidos volverán a hacerse presentes en futuras elecciones.

Mi aproximación se constriñe al análisis de los argumentos del juzgador electoral. Creo que esta labor es importante porque los jueces deben dar buenas razones y no solamente repetir textos legales, así que el control sobre la calidad de sus argumentos se suma a otros análisis posibles, incluso desde disciplinas como la ciencia política.

En México, nuestra joven democracia necesita que estemos atentos a la labor de sus administradores, que ejerzamos la crítica que les ayude a realizar de mejor manera su labor, derivando así en una vida política de mayor calidad.

Coincido con el resultado de la sentencia, así como con buena parte de la argumentación, pero creo que pudo ser más sólida y explícita en algunos puntos.

En el siguiente apartado haré una apretada síntesis del caso, para continuar con el análisis de los argumentos y ofrecer algunas conclusiones al final. Entremos en materia.

Descripción del caso

Debo señalar sucintamente que el modelo electoral mexicano implica que las elecciones locales (estatales) y las municipales sean encargadas a órganos especializados y autónomos de las entidades, y que la impugnación de

los resultados debe hacerse en dos momentos: una primera instancia ante las autoridades jurisdiccionales electorales locales, y la segunda ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), juez constitucional electoral.

El 11 de noviembre de 2007 se realizaron las elecciones para elegir ayuntamiento en el municipio de Yurécuaro, estado de Michoacán, que tuvieron los siguientes resultados:

Cuadro 1

Partido o coalición	Votación
Partido Acción Nacional (PAN)	2,542
Partido Revolucionario Institucional (PRI)	4,087
Coalición “Por un Michoacán mejor”	2,201
Partido Verde Ecologista de México (PVEM)	1,786
Candidatos no registrados	4
Votos nulos	285
Votación total	10,825

Como puede observarse, el candidato del PRI tuvo una votación claramente superior a la de su más cercano rival, proveniente del PAN.

La elección fue calificada como válida por el Consejo Municipal de Yurécuaro, el 14 de noviembre de 2007. Esta declaración de validez fue impugnada tanto por el PAN como por la coalición “Por un Michoacán mejor” ante el Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, que asignó los expedientes TEEM-JN-049/2007 y TEEM-JN-050/2007, resueltos mediante sentencia del 8 de diciembre del mismo año, lo que determinó la nulidad de la elección municipal y, en consecuencia, revocó las constancias de validez y mayoría favorables a los candidatos a presidente municipal y regidores del PRI.

Los actos que fueron imputados al candidato del PRI y que motivaron la impugnación de los resultados y la entrega de la constancia de mayoría, incluyeron presentarse a misa portando propaganda electoral el día del

inicio de campaña; acudir a la capilla de El Rosario durante una festividad religiosa, lo que repitió en otras ocasiones, y llevar un rosario al cuello durante su cierre de campaña, así como participar en una peregrinación y agradecer públicamente “a todas las estructuras sociales y religiosas”.

Principalmente, la decisión del juez electoral local se basó en el artículo 35, fracción XIX, del Código Electoral del Estado de Michoacán, que establece la prohibición de usar símbolos religiosos y expresiones, alusiones o fundamentaciones de dicho carácter en la propaganda electoral.¹

Inconforme con esta decisión, el PRI interpuso un juicio de revisión constitucional electoral, que es procedente para atacar las decisiones definitivas de las autoridades electorales locales cuando se viola algún precepto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) (LGSMIME, artículo 86). Dicha impugnación fue radicada por la Sala Superior del TEPJF, que en ese entonces tenía la facultad de conocer de dicho asunto.²

El expediente fue radicado con el número SUP-JRC-604/2007, fallado por unanimidad el 23 de diciembre de 2007 (TEPJF), lo que confirmó la resolución del tribunal electoral michoacano, y por consiguiente, ratificó la invalidez de la elección.

Los argumentos de la impugnación ante el TEPJF pueden resumirse de la forma siguiente:

El PRI consideró que resultaba inadecuada la decisión del tribunal local, que decidió anular la elección cuando no estaba prevista la causal de forma expresa en la legislación local. Reconoció el texto mencionado del artículo 35 de la legislación electoral, pero consideró que ameritaba, cuando más, el inicio de un procedimiento sancionatorio de tipo administrativo, que podría concluir con una sanción consistente en amonestación, multa,

¹ “Art. 35.- Los partidos políticos están obligados a: (...) XIX, Abstenerse de utilizar símbolos religiosos, así como expresiones, alusiones o fundamentaciones de carácter religioso en su propaganda”.

² En la actualidad, las Salas Regionales del TEPJF deben conocer de las impugnaciones sobre elecciones locales.

suspensión del financiamiento público, suspensión o cancelación del registro del partido político, pero no la invalidez de la elección.

Consideró, además, que el Tribunal michoacano aplicó en el caso concreto la llamada *causal abstracta de nulidad*, que había sido prohibida expresamente en la reforma electoral.

Sentido y argumentación de la sentencia del TEPJF

El TEPJF, por decisión unánime de los magistrados integrantes de la Sala Superior,³ confirmó la sentencia recurrida, lo que ratificó la invalidez de la elección.

La argumentación del juez electoral inicia en el considerando sexto, y comienza por analizar el tema de la causal abstracta de nulidad. Empezaré con este asunto.

El tema de la causa abstracta de nulidad

El Tribunal señaló que no se le pedía declarar la nulidad de una elección conforme a la causa abstracta, sino calificar la legalidad de la sentencia dictada por el juez electoral michoacano,⁴ que determinó la nulidad de la elección por el componente religioso ya indicado. De esta forma trató de salvar la aparente aplicación de la causa de nulidad abstracta.

Dicha causal había sido establecida por el TEPJF en la siguiente jurisprudencia:

NULIDAD DE ELECCIÓN. CAUSA ABSTRACTA (Legislación de Tabasco y similares).

³ Debo señalar que estuvieron ausentes en la discusión y votación los magistrados Salvador Olimpo Nava Gomar y Pedro Esteban Penagos López.

⁴ El actor había señalado en su demanda que el juez electoral michoacano había aplicado la causal abstracta a pesar de que durante la tramitación del expediente en primera instancia se había reformado la Constitución para prohibirla. Este punto se abordará más adelante.

Los artículos 39, 41, 99 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 9o. de la Constitución Política del Estado 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 cualquier

ra de ellos provocaría que la elección de que se trate carecería 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 (TEPJF 2005, 200).

Esta interpretación implicó la creación pretoriana de una nueva causa de nulidad. Siguiendo la tesis transcrita, podemos extraer los siguientes elementos:

1. No está prevista en la legislación electoral de forma expresa.
2. Se origina del reconocimiento de principios de los procesos electorales enunciados en la CPEUM.
3. Implica verificar que se ha violado al menos uno de dichos principios en un caso concreto de forma *grave y generalizada*.
4. Como consecuencia, se invalida la elección en la que se haya presentado.

Esta causal presenta varias aristas en su aplicación. En primer lugar, la amplitud que otorgaba al juez electoral para determinar el contenido de los principios ante la falta de legislación expresa; en segundo, complicaciones respecto a la prueba de las violaciones a los principios; y, en tercer lugar, una complicación de naturaleza política, dado el poder que tal causa le otorgaba al juez electoral.⁵ Desde luego, también rompía con el tópico consistente en que *las nulidades deben ser previstas de forma expresa en la ley*.

Estas características permitían, a la vez, una mayor amplitud en el control electoral a partir de los principios constitucionales, ajustándolos a las nuevas realidades de la *ingeniería electoral* de los partidos, permitiendo una actividad dinámica del juzgador.

En la reforma constitucional electoral del año 2007, se propuso y aprobó eliminar la posibilidad de la causa abstracta, mediante la nueva redacción del párrafo segundo, 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 ley (CCJE 2008, 48). En la Cámara de Diputados se repitió prácticamente la misma razón en el dictamen respectivo.⁶

⁵ Sobre el tema de la causa de nulidad abstracta véase Bárcena (2008, 25-31), Nieto (2003, 187-91), Huber (2005, 183-7) y Tron (s/f, 667).

⁶ “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,⁷ a la vez que surgieron dudas sobre si efectivamente el juez electoral realmente se abstendría de declarar una nulidad por no encontrarla legislada (CCJE 2008, 374).

No es éste el espacio para hacer la crítica de la reforma, pero sí es la oportunidad de criticar argumentos, y el de la certeza del derecho parece bastante flaco. Veamos por qué.

En la formulación sugerida, creo que puede reconstruirse el argumento de la siguiente forma: “La certeza es un objetivo del derecho y en concreto de su rama electoral por que 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”.

Reconstruido de la forma anterior el argumento, pueden formularse varias objeciones:

1. No puede identificarse *derecho* con *texto normativo*.⁸ Las leyes son parte del derecho, pero no la única; desde luego, la jurisprudencia también lo es.
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 (Dworkin s/f).
3. La predictibilidad del derecho, si existe, no puede descansar únicamente en el texto normativo, sino también en la acción de los operadores jurídicos.

⁷ “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).

⁸ 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 2007).

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.¹⁰

Por eso, la duda expresada sobre si el juez electoral se abstendría de declarar una nulidad por no encontrarla expresa en ley era bastante razonable.

En el caso que nos ocupa, queda claro que no existía de forma expresa como causa de nulidad en la legislación michoacana el que hubiera elementos religiosos en la elección, por lo que, siguiendo la prohibición de aplicar la causa de nulidad abstracta, puede concluirse que no debió anular la elección. Tal podría haber sido el sentido de la sentencia del TEPJF.

Pero debe recordarse que la limitación para ceñirse a las causas de nulidad legal 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 CPEUM 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 establece que en la legislación electoral local:

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).

¹⁰ Pensemos en un caso en el que un partido o candidato incurran en una causal de nulidad expresa en ley, habiendo sido provocada por el partido opositor, que oportunamente reclama la nulidad, y supongamos que el principio de las nulidades consistente en que *nadie puede beneficiarse de su propio dolo* no se encuentre legislado, ¿los partidarios de la tesis de la certeza estarían de acuerdo con que se anulara la elección?, si es así, deberían dar buenas razones para justificarse. En caso contrario, tendrían que aceptar que hay ciertos principios que, aunque no estén expresos en la norma están implícitos o presupuestos.

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 ésta no se desprende que el juez electoral local deba ceñirse expresamente a las causas de nulidad previstas en la ley. Dicho de forma contundente: no prohíbe al legislador local la aplicación de la causa abstracta, esto es, la anulación de un proceso electoral por la contravención de uno o varios principios constitucionales.

De esta forma, el TEPJF no podía determinar la ilegalidad de la resolución electoral local, dado que si bien el juez michoacano no aplicó las causas de nulidad expresamente previstas en la ley, tampoco era su obligación hacerlo, pues la Constitución no lo ceñía a ello. Claro está que el juez local debió hacer un esfuerzo importante de argumentación para justificar su sentencia.

Argumentación

Los principales argumentos en la ejecutoria son de tipo sistemático, apoyados por uno de tipo histórico. El sistemático tiene como fuente única el derecho, y parte de considerarlo como un conjunto articulado de normas (Dehesa 2005, 433-57). Implica considerar que el derecho, en tanto sistema, está dotado o puede dotarse, mediante la interpretación, de cierta coherencia.¹¹

A continuación reconstruiré la argumentación de la ejecutoria emitida por el TEPJF.

¹¹ Una brillante descripción del agotamiento de la coherencia y la estabilidad del derecho como sistema se encuentra en Zagrebelsky (2007, 21-41).

En primer lugar, considera que la CPEUM establece un sistema de valores en beneficio de la propia sociedad, y lo hace ya sea por medio de normas directas o de directrices, que también son exigibles.¹²

En segundo lugar, la Constitución también establece como principio de las elecciones el que éstas sean libres, auténticas y periódicas.¹³

Ahora bien, extraídos los principios y reglas del artículo 41 constitucional, la sentencia se ocupa de articularlos con el diverso 130, que regula las relaciones entre las iglesias y el Estado. Las disposiciones más relevantes son las siguientes:

d) En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados.

e) Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios.

Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político.

¹² Aunque no hay una cita o referencia a Ronald Dworkin, me parece que sus ideas subyacen en el texto de la resolución.

¹³ Así se establece en el segundo párrafo del artículo 41 constitucional, cuyo texto es citado aunque no es mencionado expresamente.

De estas disposiciones la Sala Superior concluye que:

... la razón y fin de la norma de referencia es regular las relaciones entre las iglesias y el Estado, preservando su separación absoluta e intentando asegurar que, de ninguna manera, puedan contaminarse unas con otras.

Reconstruyendo el argumento, hasta aquí, en forma de silogismo sorites o en cascada,¹⁴ tenemos lo siguiente:

Premisa 1.- *La Constitución establece un sistema de valores, mediante directrices y normas.*

Premisa 2.- *Las elecciones deben ser libres, auténticas y periódicas.*

Premisa 3.- *Las iglesias no pueden participar en procesos electorales, ni de forma directa ni indirecta.*

Conclusión: *Un elemento de las elecciones libres, auténticas y periódicas es la no participación de iglesia alguna en ellas.*

Pero hasta aquí parece que el argumento, por sí mismo, no justifica la sentencia, dado que no se juzga si la jerarquía eclesiástica intervino en el proceso, sino la utilización de símbolos religiosos por parte de un candidato. Por lo mismo, sigue la argumentación de la sentencia.

En este punto se introduce un argumento de tipo histórico,¹⁵ en el que se hace un recorrido por la legislación electoral nacional desde 1916 hasta el vigente Cofipe, normas en las que siempre se prohibió la utilización de los elementos religiosos en las campañas. De tal recorrido, se concluye

¹⁴ En este tipo de silogismo encontramos varias proposiciones en las que la conclusión de la anterior es premisa de la posterior (Castillo 2006, 185).

¹⁵ Este argumento sirve para "descubrir el sentido de la norma" más que para dotarla de significado, y considera la regulación hecha por diversos legisladores a lo largo del tiempo, asumiendo o reconociendo una continuidad legislativa (Castillo 2006, 304; Dehesa 2005, 611-4).

en la resolución que el efecto buscado ha sido y es evitar que los partidos puedan aprovecharse de la fe de un pueblo.

Aquí tenemos entonces un nuevo elemento que se introduce en la discusión. Si había concluido que un elemento de las elecciones libres era la no participación de las iglesias, ahora se afirma también que los partidos no pueden beneficiarse de los símbolos o elementos religiosos en las campañas.

En la ejecutoria se lee:

En congruencia con todo lo anterior y teniendo en cuenta que el artículo 35, fracción XIX, del Código Electoral para el Estado de Michoacán, al establecer que los partidos políticos están obligados a abstenerse de utilizar símbolos religiosos, así como expresiones alusiones o fundamentaciones de carácter religiosos en su propaganda, es válido concluir que en dicha prohibición subyace la observancia y vigencia del mandamiento constitucional analizado.

Pero el argumento histórico tiene un defecto. El recorrido que se hace se refiere exclusivamente a leyes que han regulado o regulan las elecciones federales, y la de Yurécuaro fue una elección municipal regida por normas electorales locales.

De esta forma, considero que el Tribunal tenía dos opciones. La primera, construir un argumento de tipo analógico para articular la reconstrucción histórica de la norma federal con la local; y la segunda, elaborar un argumento histórico por referencia a la legislación electoral local. Incluso pudo haber combinado ambas opciones.

Al no hacerlo así, no queda sino suponer que el juez electoral federal consideró que la historia de las disposiciones legales federales reflejaba también la evolución de la legislación local, lo que implica aceptar que la legislación federal y la local son la misma; mejor dicho, que las leyes locales son copia de las federales.

Lo anterior es de hecho un tópico en el derecho mexicano. Y si bien los tópicos son elementos útiles en la argumentación, considero que la Sala pudo haberse ahorrado su uso mediante la utilización de la estrategia argumentativa ya señalada. No niego con esto la posibilidad de que la legislación michoacana sea o haya sido copia de la federal, pero considero que el juez electoral asumió un tópico de forma innecesaria, que, además, puede resultar falso.¹⁶

Por tanto, concluyó la Sala Superior la constitucionalidad del artículo 35, fracción XIX de la legislación electoral michoacana.

Recapitulando, podemos seguir con nuestro silogismo en cascada:

Premisa 4.- *La CPEUM establece que un elemento de las elecciones libres, auténticas y periódicas es la no participación de iglesia alguna en ellas.*

Premisa 5.- *De la misma Constitución se desprende que los partidos no pueden beneficiarse del uso de símbolos religiosos en las campañas.*

Premisa 6.- *El artículo 35, fracción XIX, del Código Electoral del Estado de Michoacán obliga a los partidos a abstenerse del uso de símbolos y expresiones religiosas*

Conclusión: *Es constitucional la prohibición de la legislación local michoacana consistente en que los partidos no pueden usar símbolos y expresiones religiosas en sus campañas.*

A pesar de las posibles deficiencias ya señaladas en la utilización del argumento histórico, considero que puede mantenerse en pie la construcción hecha por el Tribunal de los razonamientos expresados en las premisas anteriores.

¹⁶ “(...) los tópicos incorporan enunciados verdaderos (o aceptables) en la mayor parte o en muchas ocasiones, pero no en todas... precisamente porque pueden entrar en contradicción con (y ser derrotados por) otros tópicos de signo contrario” (Atienza 2004, 41). Yo añadiría que también pueden ser derrotados por otros argumentos de diverso tipo.

Hasta aquí tenemos que los partidos no pueden utilizar símbolos religiosos en sus campañas. Pero debe darse el salto a los candidatos, dado que las imputaciones son directas respecto al candidato y no al partido.

Se lee en la sentencia:

Resulta necesario establecer, que también son sujetos de la abstención en comento, junto con los partidos políticos, sus candidatos, pues éstos con motivo de las campañas electorales que despliegan, pueden incurrir en dicha conducta; pues de no interpretarse el referido dispositivo en los términos precisados, se llegaría al extremo que durante las campañas electorales se inobservara dicha previsión, bajo el argumento de que el mismo está dirigido a los partidos políticos y no a los candidatos, lo cual evidentemente se trataría de un fraude a la ley...

Considerando a los militantes como parte del partido y a éste como el todo, se está predicando que una obligación del todo lo es también de las partes. Esta conclusión debe obtenerse de forma cuidadosa, dado que, desde luego, podría ser una falacia.¹⁷

En este punto la argumentación podría haberse fortalecido si se hubiera demostrado, a partir de las disposiciones legales locales, que los partidos políticos tienen la obligación de vigilar el cumplimiento de las normas por parte de sus militantes o candidatos, o que existe una norma que obliga a los militantes y candidatos a respetar las normas aplicables en las elecciones. No es que considere inadecuado el razonamiento o conclusión a que llega el juez; más bien creo que pudo fortalecerse.

En la ejecutoria se tienen por acreditadas las afirmaciones de que el candidato ganador había realizado y se había beneficiado de actos de pro-

¹⁷ Específicamente, la falacia de la división "... cuando la ambigüedad proviene de suponer que lo que conviene al todo o al grupo, conviene también a la parte o al miembro del grupo" (Dehesa 2005, 322).

paganda con símbolos religiosos,¹⁸ por lo que podemos continuar reconstituyendo de la siguiente forma:

Premisa 7.- *Es constitucional la prohibición de la legislación local michoacana consistente en que los partidos no pueden usar símbolos y expresiones religiosas en sus campañas.*

Premisa 8.- *La prohibición de utilizar símbolos y expresiones religiosas en campaña se extiende también a los candidatos de los partidos.*

Premisa 9.- *Se acreditó que el candidato ganador en la elección municipal de Yurécuaro usó símbolos y expresiones religiosas en su campaña.*

Conclusión: *El candidato ganador de la elección municipal de Yurécuaro incurrió en una conducta prohibida.*

Ahora queda pendiente un punto fundamental. Aceptando la ilegal actuación del candidato priista, ¿cómo se justifica la anulación de la elección?, sobre todo considerando que no se establece en la legislación local como causa de nulidad la violación al referido artículo 35, fracción XIX, del Código Electoral.

En primer lugar, debe demostrarse que no se trata de una disposición sin sanción, de forma que articulada con otras pueda extraerse una sanción. De hecho, el actor considera que existía un procedimiento —el llamado *procedimiento administrativo sancionador*—¹⁹ y un catálogo de sanciones.

Artículo 279.- Los partidos políticos independientemente de las responsabilidades en que incurran sus dirigentes, miembros y simpatizantes, podrán ser sancionados indistintamente, con:

¹⁸ Uno de los temas pendientes para un futuro análisis de la sentencia en estudio es justamente la apreciación de las pruebas. Queda para una mejor ocasión y diversa pluma.

¹⁹ “Artículo 36.- Los partidos políticos pueden solicitar ante el Consejo General, aportando elementos de prueba, que se investiguen las actividades de otros partidos, cuando existan motivos fundados para considerar que incumplen alguna de sus obligaciones, o que sus actividades no se apegan a la ley”.

- I. Amonestación pública y multa de cincuenta a cinco mil veces el salario mínimo vigente en la capital del Estado;
- II. Reducción de hasta el cincuenta por ciento de las ministraciones del financiamiento que les corresponda, por el periodo que señale la resolución;
- III. No presenten, en los términos y plazos previstos, los informes a los que se refiere este Código;
- IV. Excedan los topes de gasto en los procesos de selección de candidatos o en las campañas electorales; y,
- V. Con cancelación de su registro como partido político estatal.

La Sala Superior consideró que no sólo existe sanción, sino que, además, ésta consiste en la nulidad de la elección. Llegó a esta conclusión de la siguiente forma:

Recordemos que en nuestro silogismo en cascada ya hemos evidenciado que se tuvo por violentada la disposición constitucional consistente en separar la política de la religión, mediante la violación de las normas que prohibían el uso de símbolos religiosos.

Después se afirma en la sentencia:

Es verdad que en dichos preceptos²⁰ no se encuentra algún enunciado en el cual se haga referencia literal a que la elección en cuya campaña se emplean elementos religiosos es nula, o alguna expresión similar o equivalente; empero, ello no significa que la consecuencia jurídica declarada por la autoridad responsable no encuentre sustento en dichos preceptos o no deba considerarse incluida en ellas.

²⁰ Se refiere a diversos artículos de la CPEUM y del Código Electoral michoacano.

Y pocos párrafos después:

Consecuentemente, una vez establecido que un acto es contrario a las disposiciones de la Ley Suprema, la consecuencia legal ineludible es privarlo de efectos, mediante la declaración correspondiente que se haga en ese sentido o bien mediante la determinación de la nulidad de tal acto; pues no es dable atribuir validez, ni reconocer el surtimiento de efectos de un acto que contraviene a la Constitución.

La línea argumental sistemática seguida en la resolución parte de considerar violados principios constitucionales electorales plasmados en la ley secundaria, pero no sancionados expresamente con la nulidad. Ésta resulta entonces no del texto de la ley de forma aislada, sino de la articulación de la misma con la CPEUM.

Parece sostenible el razonamiento. Implica reconocer que un principio constitucional como la separación entre el Estado y las iglesias, que ha sido afinado en ley, puede implicar la nulidad de los actos que lo contravengan. Y creo que para el lector el parecido con la causa abstracta de nulidad resultará evidente.

Tal vez el único elemento nuevo que incidiría en la definición jurisprudencial de la causa abstracta sería incluir el caso de que el principio esté positivizado en ley, aunque no se prevea de forma expresa la nulidad. Debo recordar aquí que, como ya expuse, la prohibición de la nulidad abstracta no se estableció para los tribunales electorales locales.

Pero no encuentro en la sentencia la apreciación anterior; esto es, reconocer la vigencia de la causa abstracta en lo local, aunque parecería una conclusión del razonamiento seguido. Y aventuro que dicha consideración no se formuló por dos razones: primera, porque como deja muy claro el texto de la resolución, el juez electoral federal no se consideró llamado a determinar la nulidad de la elección, sino a revisar la sentencia local, y segundo, porque abrir la puerta al reconocimiento de que la causa abstracta

de nulidad no fue eliminada del arsenal del juez local podría tener efectos indeseables para el propio sistema.²¹

Queda un tema pendiente. El actor manifestó que la sanción debió ser de tipo administrativo y no la nulidad de la elección. En este punto la Sala Superior consideró que:

... la falta administrativa es independiente de la consecuencia jurídica que deriva de la violación directa a un precepto constitucional, y por el contrario, al margen de la nulidad electoral, la infracción referida puede ser sancionada en el ámbito del derecho administrativo sancionador electoral.

Reconstruyamos la parte final de nuestro silogismo:

Premisa 10.- *El candidato ganador de la elección municipal de Yurécuaro incurrió en una conducta prohibida.*

Premisa 11.- *La conducta prohibida contrariaba no sólo la ley electoral, sino también la Constitución.*

Premisa 12.- *Los actos contrarios a la Constitución son nulos.*

Conclusión: *Debe anularse la elección municipal de Yurécuaro porque el ganador incurrió en violaciones a la Constitución.*

²¹ Creo que una conclusión importante de la sentencia en estudio para los jueces electorales locales es que pueden seguir aplicando la causa abstracta de nulidad.

Conclusión

Puede realizarse el análisis del razonamiento judicial desde diversas ópticas. Aquí me he ocupado de una parte de los temas y los argumentos utilizados por el juez electoral mexicano en una sentencia, buscando exhibir los principales y señalando algunos posibles complementos.

Quedan pendientes otras maneras de abordar la misma sentencia; por ejemplo, un análisis de los argumentos sobre las pruebas. También resultaría posible construir contraargumentos.

Creo que el caso seleccionado resultó relevante para evidenciar la forma en que argumenta el juzgador electoral federal en México. Y resulta de mayor interés porque se tocan dos temas de mucha discusión: la causa abstracta y la religión en la política.

Sobre los argumentos reconstruidos, busqué evidenciar en cada caso las razones que los hubieran fortalecido de mejor forma, porque me sumo al sentido de la resolución, pero creo que pudo robustecerse en algunos puntos.

El uso del argumento sistemático resulta adecuado y consistente, no así el argumento histórico, como espero haber dejado claro.

También pudo haberse construido una línea discursiva más fuerte respecto al tema de la libertad religiosa del candidato y la limitación al uso de símbolos religiosos. En particular hubiera sido interesante un ejercicio de ponderación por tratarse ambos de principios extraíbles de la CPEUM.²²

Me preocupa el uso del argumento histórico respecto de la legislación federal y su aplicación a la legislación local sin construir una analogía. Parece subyacer la idea de que la legislación federal es imitada por la local, cuando no necesariamente es así. Se realiza un salto en la argumentación que no se justifica.

²² Un excelente ejemplo de ponderación de principios, que evidencia además la metodología utilizada, fue realizado por el propio TEPJF en la sentencia del expediente SUP-JDC-393/2005.

Me parece que el tema de la causa de nulidad abstracta queda todavía abierto. Si bien el legislador federal y los partidos políticos impulsores de la reforma pueden considerar que cerraron la puerta al juez electoral para que interprete principios y anule elecciones, considero que la dejaron abierta para la judicatura local.

Esta limitación del poder interpretativo del juez me parece indebida, sostenible sólo desde la perspectiva de una imposible *certeza absoluta* del derecho, que nos llevaría a un formalismo indeseable. Bastaría con que no se previera una causa de nulidad encaminada a proteger un principio constitucional para conseguir que las elecciones pudieran ser inconstitucionales, pero legales y válidas.

Creo que la sentencia en estudio da buena cuenta de cómo los principios constitucionales, entrelazados con la legislación secundaria, deben ser protegidos.

En fin, espero contribuir a la muy necesaria discusión sobre las sentencias de los jueces,²³ una labor de control que debe llamarnos siempre a los interesados en conseguir una justicia en constante mejora.

²³ El propio TEPJF ha contribuido a esta cultura con la publicación de su serie Comentarios a las sentencias del Tribunal Electoral.

Fuentes consultadas

- Atienza, Manuel. 2004. *La guerra de las falacias*. México: Cajica.
- 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.
- Castillo Alba, José Luis, Manuel Luján Tupez y Roger Zavaleta Rodríguez. 2006. *Razonamiento judicial. Interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales*, 2a. ed. Perú: ARA Editores.
- CCJE. Centro de Capacitación Judicial Electoral. 2007. "Seminario sobre la Reforma Electoral 2007", en *Boletín del Centro de Capacitación Judicial Electoral*. México: TEPJF.
- . 2008. *Boletín del Centro de Capacitación Judicial Electoral*, número especial 1 (mayo). México: TEPJF.
- Dehesa Ávila, Gerardo. 2005. *Introducción a la retórica y la argumentación*, 2a. ed. México: SCJN.
- Dworkin, Ronald. s/f. *Los derechos en serio*, trad. María Guastavino. España: Planeta Agostini.
- Grau, Eros. s/f. *Interpretación y aplicación del derecho*. Madrid: Dykinson.
- Huber Olea y Contró, Jean Paul. 2005. *Derecho Contencioso Electoral*. México: Porrúa.
- LGSMIME. Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.
- 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.
- Salazar Ugarte, Pedro. 2009. "La Reforma Constitucional. Una apuesta ambiciosa". En Córdova Vianello, Lorenzo y Pedro Salazar Ugarte.

Estudios sobre la reforma electoral 2007. Hacia un nuevo modelo, ed. revisada, tomo I. México: TEPJF.

Sentencia SUP-JRC-604/2007. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Disponible en: http://www.te.gob.mx/documentacion/publicaciones/Serie_comentarios/19_SUP-JRC-604-2007.pdf (consultada el 18 de enero de 2010).

Tesis S3ELJ 23/2004 en *Jurisprudencia y Tesis Relevantes, 1997-2005*. 2005. México: TEPJF.

Tron Petit, Jean Claude. s.f. “Comentario a los artículos 71 a 78”. *Ley general del sistema de medios de impugnación en materia electoral*. Comentada. México: Miguel Ángel Porrúa/Colegio Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación, A.C.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, 7a. ed. Trad. Mariana Gascón. Madrid: Trotta.

Sección
Entrevista

Conversando con Sergio García Ramírez*

Vladimir Alexei Chorny Elizalde**

Paulina Barrera Rosales***

Vladimir Chorny (VC): ¿Qué debemos entender por control de convencionalidad?

Sergio García Ramírez (SGR): El control de convencionalidad consiste esencialmente en la verificación de que un acto, que puede ser una ley o un comportamiento, se ajuste a los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o alguna otra convención. Es revisar la adecuación de la norma o de la conducta a la convención, tal como se haría con el control de constitucionalidad, si lo que hacemos es el cotejo de esa norma o esa conducta con una Constitución. La diferencia es que en el control de convencionalidad el ajuste se hace frente a una convención. En el caso mexicano, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

* Investigador titular C de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y miembro del Sistema Nacional de Investigadores (nivel 3).

Esta entrevista se realizó para el programa “Última Instancia”, de radio-podcast de la Facultad de Derecho de la UNAM. Véase en http://ultimainstancia.podomatic.com/player/web/2011-10-30T17_18_26-07_00.

** Asistente de investigador en el Centro de Capacitación Judicial Electoral.

*** Estudiante de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Paulina Barrera (PB): ¿Cuál es la diferencia entre el control difuso y el control concentrado de convencionalidad?

SGR: El control difuso, cuando se trata de control judicial, de control jurisdiccional, es el que se ejerce por todos los jueces, por un número muy amplio de juzgadores en atención a los casos que están conociendo. El control concentrado no se hace por todos los jueces, sino por un solo órgano de control.

Ocurre lo mismo que en el caso del control de constitucionalidad, hay países donde el control de constitucionalidad se ejerce solamente por un tribunal, digamos la Suprema Corte o el tribunal de constitucionalidad, y hay países en donde ese mismo control, esa verificación, se ejerce por todos los jueces sin perjuicio de que luego sea o no revisado por un tribunal superior. Esa es la diferencia entre control concentrado: un solo órgano encargado de esa facultad; y control difuso: muchos órganos.

VC: ¿Podemos decir que se cuenta también con un control concentrado de convencionalidad y un control difuso de convencionalidad?

SGR: Si hablamos de control de la convencionalidad en su sentido primario, en el sentido más riguroso, que es el que ejerce la Corte Interamericana en relación con los actos de los estados, sí hay un control concentrado porque no hay muchos tribunales. Hay un control concentrado a cargo de la Corte Interamericana. Pero si entendemos, tal como ahora se está entendiendo, como es natural, y si atendemos a que todos los jueces, todas las autoridades de un Estado tienen que ajustarse a los términos de la convención, ese control difuso sería realizado por todos los jueces de ese Estado, ya no solamente por la Corte Interamericana, sino por todos los jueces de ese Estado.

La Corte Interamericana ha resuelto, cuando se ha ocupado de este problema, lo siguiente: el control de convencionalidad lo pueden ejercer todos los jueces de un Estado; esa es decisión del Estado, no es decisión de la Corte Interamericana; lo pueden ejercer conforme a sus competencias y dentro de los procedimientos legalmente establecidos para ello. No de una manera anárquica, no de una manera desordenada, sino conforme a sus competencias.

¿Quién fija las competencias? La ley. ¿Quién establece los procedimientos para el ejercicio de estas facultades judiciales? La ley. Entonces, lo que la Corte está manifestando es que la ley prevea o provea la forma de ejercer el control difuso de la convencionalidad por parte de los jueces del Estado.

VC: ¿El control de convencionalidad debe hacerse estrictamente frente a los tratados internacionales o deben tomarse en cuenta otros elementos, como la jurisprudencia de la Corte Interamericana o los votos particulares de los jueces?

SGR: Hay casos en los que la Corte Interamericana ya estableció un criterio que interpreta a la Convención Interamericana y hay otros casos en donde no ha habido todavía ningún criterio de la Corte Interamericana porque no se le ha presentado el tema. Cuando no ha habido ningún criterio de la Corte Interamericana porque no se ha presentado el tema, los jueces nacionales están, desde luego, lógicamente facultados para hacer su propio cotejo directo entre la Convención y el caso en particular. Cuando la Corte Interamericana ya emitió un criterio formal, ya se ocupó del tema, ya resolvió el alcance de un artículo, el alcance de una libertad o algún derecho, entonces tendrían que ajustarse a lo que la Corte dijo, porque la Corte es el intérprete de la Convención.

En el segundo caso los jueces nacionales no podrían apartarse de lo que la Corte dijo, a no ser que se aparten para reconocerle mayores libertades o mayores derechos al individuo; a no ser que su apartamiento sea *pro homine* y el juez diga: “Bueno, mira, yo te aplicaría lo que dice la Corte Interamericana y no lo estoy debatiendo, pero mi propia interpretación me permite ir más allá, y brindarte mayor protección que la que te ha brindado la Corte Interamericana”.

En un sentido *pro homine*, en ese caso sí podrían apartarse de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, porque pueden ampliar los derechos, no pueden restringirlos. Entonces, si hay restricción de la Corte Interamericana, se atienen a ella; si no la hay, interpretan directamente la Convención. Si existe alguna definición, pero los jueces locales la pueden mejorar, pues que la mejoren.

PB: ¿Son las sentencias de la Corte Interamericana obligatorias solamente para el Estado que es parte del caso que resuelve?

SGR: Eso es discutible, porque efectivamente la sentencia tiene efectos *inter partes* por lo que toca a los hechos. ¿Dónde se presentaron los hechos? En ese Estado. ¿Cuál es la responsabilidad que se dio? Pues la de ese Estado. ¿A quién se condenó? A ese Estado. ¿Quién violó el derecho? Ese Estado. O sea que ese es el aspecto, digamos, *inter partes* de la sentencia.

Pero toda sentencia incorpora una interpretación de un artículo de la Convención Americana que se está aplicando, o de la Convención contra la Tortura, o de la Convención contra la Desaparición, y ahí es donde está el debate de si esa interpretación que da la Corte es *erga omnes* o es sólo *inter partes*.

Mi punto de vista —pero puede haber otros— es que la decisión es *erga omnes*. Porque la Corte es el intérprete de la Convención Americana, y eso vale lo mismo incluso para opiniones consultivas, porque ese

órgano es el intérprete. No es que el Estado haya litigado, es que la Corte, independientemente de quién litigó, ya estableció su criterio acerca de cómo entender tal o cual artículo de la Convención. Por eso considero que es *erga omnes*.

La otra parte, la parte fáctica condenatoria, no es *erga omnes*, porque eso es exclusivamente entre las partes que litigan. Al menos ese es mi pensamiento.

VC: ¿Se logra un alcance expansivo del derecho en cuestión una vez que ya es interpretado por la Corte Interamericana?

SGR: No sé si expansivo; no necesariamente expansivo. Los estados, muchos estados, son partes en la Convención Americana. Al inscribirse como partes en la Convención Americana, por haberse adherido a ella, por haberla ratificado, ese derecho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se vuelve un derecho vinculante para el Estado.

Eventualmente puede tenerse alguna duda acerca de cómo interpretar o cómo entender tal o cual artículo. Cuando la Corte lo dice, no lo dice solamente para ese Estado, para un Estado; lo dice en relación con la Convención. Es la interpretación de la Convención, no es que se esté ampliando el alcance del derecho o de la libertad, es que se está fijando, se está estableciendo.

VC: Con la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos en México, ¿se podría entender que ahora sí existe una expansión de derechos al tener que tomar en cuenta no sólo los derechos que se encuentran en la Constitución, sino también en los tratados internacionales?

SGR: Existe un ascenso de los derechos al plano, digamos, de prelación, si son derechos más benéficos para la protección del ser humano.

Ya teníamos un artículo 133, ¿no? Y el artículo 133 decía que los tratados internacionales forman parte de la ley suprema de toda la unión. O sea, que estos derechos que están en los tratados internacionales no eran ajenos a México. No eran ajenos al Estado mexicano ni a los ciudadanos de la República.

Rara vez hacíamos uso de ellos, no echábamos mano de ellos. Como si no dijera el artículo 133 lo que decía, pero lo ha dicho desde hace mucho tiempo, desde todo el tiempo. ¿Qué es lo que ha pasado ahora? Que ahora el artículo 1° constitucional reformado dice eso más explícitamente. Pero algo más importante: coloca esos derechos en la máxima posición de tutela al individuo en la medida en que sean los que más le favorezcan.

Si los que más le favorecen son los derechos fijados por la Constitución, bueno, pues esos se le aplican. Si los que más le favorecen son los manejados por los tratados, esos son los que puede reclamar en caso de que haya colisión, en caso de que haya diferencia.

No es fácil que haya colisión entre la Constitución y el tratado, pero puede haber diferencia. Si hay diferencia, entonces tienes que seleccionar la norma más protectora del derecho o la libertad del individuo. Ese puede ser el que está en una convención, inclusive por encima de la Constitución o independientemente de la Constitución. Ya no nos vamos a plantear el problema como comentábamos: ¿qué prevalece, la Constitución o el tratado? Era el planteamiento clásico.

VC: ¿Puede decirse que este cambio suspende este debate clásico?

SGR: Bueno, ese debate en relación con derechos humanos, ya no nos vamos a preguntar qué prevalece, si la Constitución o el tratado, porque el artículo 1° ya nos dice que lo que prevalece es lo que beneficia al individuo. ¿En dónde está este derecho? En donde sea que esté.

PB: Podría estar, entonces, en cualquiera de los dos.

SGR: En cualquiera de los dos ordenamientos que ya eran parte del derecho mexicano. Solamente que el artículo 133, que debimos haber modificado y no modificamos, para que las cosas quedaran más claras, se colocaba por debajo de la Constitución. Debimos haberlo modificado, porque ahora tenemos dos artículos que no son estrictamente coincidentes.

VC: ¿Se podría decir que un análisis sistemático nos llevaría a la conclusión de que estos tratados se empatan en el mismo nivel con la Constitución en virtud del artículo 1° constitucional?

SGR: Ya veremos, ya veremos cómo se reglamenta, cómo se detalla en una ley reglamentaria ese aspecto del artículo 1° y cómo se interpreta por los tribunales.

Ahora, a mí me parece que la solución lógica, casi inevitable, es en el sentido de lo que favorezca más al individuo, porque eso dice el artículo 1°, aunque el artículo 133 pudiera sugerir otra cosa, como que por encima del tratado está la Constitución.

Bueno, pero al final entendemos que por encima del tratado y por encima de la Constitución está el ser humano. Entonces se aplica lo que sea más positivo para él.

VC: Hace poco tiempo, la Corte Interamericana resolvió el caso Radilla Pacheco, que después fue discutido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. ¿Cuál es la diferencia en el sistema mexicano a partir de esta decisión? ¿Cuál es su relación con la idea expuesta por algunos doctrinarios sobre el control difuso de constitucionalidad?

SGR: Insisto que en este punto se requiere legislación. La Suprema Corte manifestó, en el análisis de este asunto, que era pertinente establecer el criterio del control difuso, lo mismo para control de constitucionalidad que para control de convencionalidad. Eso fue lo que dijo la Suprema Corte.

Al hacerlo así, la Corte fue más allá de lo que se le estaba consultando. Porque lo que se le estaba consultando, o lo que se estaba autoconsultando, eran las obligaciones del Poder Judicial derivadas de la sentencia del caso Radilla. Pero qué bueno que la Corte tomó el tema y al tomarlo lo analizó, lo proyectó y llegó a la conclusión de que en lo sucesivo habría control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad.

Ahora, ¿cuál es la base para ese pronunciamiento de la corte suprema de México? En mi opinión —aunque hay otras— la base es la sentencia del caso Radilla y las otras sentencias posteriores a Radilla de la propia Corte Interamericana, que hablan del control de la convencionalidad.

Todas dicen, en el caso de México todas: las de las mujeres de Guerrero, las de los ecologistas, obviamente la del propio caso Radilla, todas dicen que los jueces ejercerán el control de convencionalidad conforme a sus competencias, y dentro de los procedimientos establecidos para ello, es decir, que hay que fijar las competencias.

¿Cómo se establece una competencia dentro de un Estado de Derecho? No se nos olvide que lo que hizo la Corte, y muy bien hecho —lo aplaudo y lo celebro—, no fue emitir una sentencia, ni tampoco es una opinión consultiva, porque no tiene esas facultades. Fue fijar unos criterios orientadores a propósito de un caso o varios de cierto número. Pero la Suprema Corte no dictó sentencia, no emitió una opinión consultiva, para la que no tiene facultades, y mucho menos elaboró una ley. La Corte lo que hizo es despejar el horizonte, abrir el camino, y decirle al Estado mexicano: “por ahí”.

Ahora, el Estado mexicano no es sólo Suprema Corte. Está el Poder Legislativo; entonces yo esperarí que el Poder Legislativo tome rápidamente la bandera de esta causa y establezca cómo se va a ejercer legalmente el control de convencionalidad. De lo contrario, corremos el riesgo de actuar en una forma archidiscrecional, que podría llegar a ser arbitraria, con más entusiasmo que buen marco jurídico.

De pronto podríamos sentirnos todos entusiasmados e interesados en hacer nuestras propias interpretaciones de todos los tratados internacio-

nales. A ver qué tratado encontramos —claro, de derechos humanos— que nos parezca interesante interpretar directamente, porque ya tenemos el control de convencionalidad. Comprendo ese entusiasmo y lo respeto, pero no se trata de eso. Se trata de establecer un marco que nos dé seguridad jurídica y homogeneidad.

¿Qué se podría proponer al respecto? Hay muchas propuestas, pero yo tomaría una que alguna vez propuso Néstor Sagüés y que yo, desde luego, comparto: establecer una cuestión de constitucionalidad o una cuestión de convencionalidad, que le permita al juez que conoce de un asunto y que tiene que atenerse a lo que diga la Constitución o a lo que diga la convención. Establecer: “Bueno, aquí hay una norma secundaria que no se ajusta a la Convención, o que no se ajusta a la Constitución. Yo creo que no debo aplicarla, pero te consulto (cuestión de constitucionalidad o de convencionalidad) a ti, órgano que puede definir para todo el país cuál sea la interpretación adecuada”.

Ese órgano, creo yo, debe ser la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para que tengamos unidad de jurisprudencia, para que tengamos un sistema nacional.

VC: ¿Con esto se lograría tener mayor certeza jurídica?

SGR: Por supuesto, y no el criterio del juez civil de primera instancia, que puede ser muy respetable. Ni el del distrito judicial X en el estado M, ni el criterio del juez penal de primera instancia del otro distrito del otro estado, porque eso nos puede llevar a una gran dispersión jurídica y eso milita contra la seguridad.

El control de convencionalidad es para darle unidad al derecho, desde el punto de vista interamericano. Este sistema que sugiero es para darle unidad dentro del espacio nacional y para conectarlo con el sistema interamericano.

Sección
Documental

Elecciones del 10 de abril de 2011 en la República del Perú

Elections of April 10, 2011 in the Republic of Peru

Santiago Nieto Castillo*

RESUMEN

En el presente trabajo se muestran las características del sistema electoral peruano, así como el contexto en que se desarrolló la primera vuelta del proceso electoral correspondiente a presidente, vicepresidentes, la conformación del Congreso y la representación en el Parlamento Andino.

PALABRAS CLAVE: Perú, elecciones generales, sistemas electorales, democracia, América Latina.

ABSTRACT

The present work shows the characteristics of the Peruvian electoral system, as well as the context in which developed the first round of elections for President, Vice Presidents, Congress and representation in the Andean Parliament.

KEYWORDS: Peru, general elections, electoral systems, democracy, Latin America.

* Magistrado de la Sala Regional Toluca del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Catedrático de la división de estudios de posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

Introducción

La República del Perú concluyó con éxito la primera vuelta de su proceso electoral de presidente, vicepresidentes, así como la conformación del Congreso y la representación en el Parlamento Andino. El resultado de la elección presidencial, dadas las características del sistema electoral peruano, obliga a una segunda vuelta entre los candidatos que obtuvieron los dos primeros lugares: Ollanta Humala y Keiko Fujimori. El presente informe analiza la primera vuelta, en el marco de las características del sistema electoral peruano para mostrar sus ventajas y desventajas. Como en todo país, el contexto hace la diferencia y Perú no es la excepción. El sistema permite la reelección no inmediata (dada la experiencia del fuji-morismo que gobernó al país, de forma autoritaria, de 1990 a 2001), la segunda vuelta, el voto obligatorio, el voto preferente en las elecciones del Congreso y la división orgánica de las instancias electorales. Estas particularidades hacen interesante el caso peruano para el análisis comparado con nuestro país.

México y Perú son semejantes en varios aspectos. Ambos contaban con civilizaciones prehispánicas sumamente desarrolladas al momento de la conquista española, la inca en el Perú y los aztecas, entre otros pueblos, en México. Ambas naciones experimentaron un mestizaje profundo, conservando importantes minorías indígenas. Las dos abarcan una extensión considerable (nuestro país tiene casi 2 millones de kilómetros cuadrados y Perú, 1,285,215 km²), en las que existen costas, sierras y selvas. Ambas tienen una población mayoritariamente urbana y con una enorme concentración en su capital (ocho millones en la Ciudad de México y 10 millones en la ciudad de Lima, lo que representa 30% de la población).

A pesar de las semejanzas, existen diferencias sustanciales. Por ejemplo, el régimen constitucional peruano es prácticamente nuevo, lo que contrasta con la longevidad del nuestro. La Constitución Política del Perú data de 1993, y su diseño institucional corresponde al de las transiciones democráticas latinoamericanas de las décadas de 1980 y 1990: división de

poderes, órganos constitucionales autónomos, libertades básicas, partidos políticos, tribunales constitucionales, consejos de la magistratura, *ombudsman*. Es importante referir lo anterior, debido a que Perú atravesó por un proceso de fractura institucional y que diversas constituciones latinoamericanas, de la primera década del siglo XXI, es decir, postransicionales a la democracia, no han caminado por la vía de mayor división del poder, sino de mayor concentración, como el caso de Venezuela o Ecuador. Por ello, podemos decir que, a pesar de que la Constitución de Perú se asocia por su formación con un régimen absolutista al final como el de Fujimori, su contenido presenta muchos rasgos democráticos, como el sistema electoral.

El sistema electoral peruano

La Constitución Política del Perú fue ratificada por el referéndum de 31 de octubre de 1993, por lo que corresponde históricamente al periodo presidencial de Alberto Fujimori.¹ El propio texto indica que el Congreso constituyente da la Constitución “invocando a Dios Todopoderoso” y “obedeciendo el mandato del pueblo peruano”. Fórmulas retóricas innecesarias, a mi parecer, y demagógicas en lo religioso y cívico.

A partir del artículo 176 constitucional y hasta el artículo 187 se refiere al sistema electoral, mismo que se divide en tres órganos autónomos: el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. No son los únicos órganos autónomos del sistema constitucional peruano, ya que también contempla al Banco Central, a la Superintendencia de Administración Tributaria y a la Contraloría General, entre otros.²

¹ Sin embargo, de conformidad con el artículo 1 de la ley No. 276000, publicada el 16 de diciembre de 2001, se suprimió el nombre de Alberto Fujimori del texto de la Constitución Política. Cosas que pasan en nuestros países, tan habituados a borrar la historia con decretos.

² El concepto de órgano constitucional autónomo surge en el constitucionalismo del exilio español (Manuel García Pelayo), y consiste en el surgimiento de instituciones fuera de los poderes clásicos del Estado, las cuales tienen como características principales: la inmediatez constitu-

De los órganos electorales, el decano es el Jurado Nacional de Elecciones que fue establecido en 1931; sin embargo, su régimen institucional no es estable. En las décadas de 1960 y 1970 tuvo el país dictaduras militares y esto se reflejó en la actividad institucional. Años después, la nación vivió una guerra interna contra las guerrillas de corte maoísta (particularmente Sendero Luminoso), que durante la década de 1980 generó un total de 69 mil víctimas. Además, en la última década del siglo XX, el régimen constitucional se vio alterado en la segunda presidencia de Fujimori, que disolvió el Congreso y generó una crisis política. En el ámbito constitucional, el fujimorismo significó la fragmentación de los órganos electorales en las instancias mencionadas en el párrafo anterior, motivo de los principales disensos institucionales en la materia electoral peruana. De hecho, los peruanos consideran que vuelven a la democracia hasta 2001, a partir del cual han tenido elecciones ininterrumpidas (2001, 2006 y 2011).

a) Jurado Nacional de Elecciones

El Jurado Nacional de Elecciones es un organismo constitucional autónomo. La Constitución establece, en su artículo 178, sus competencias, que pueden clasificarse en funciones jurisdiccionales,³ fiscalizadoras,⁴

cional (se encuentran plasmadas en el Código Supremo); dirección política (son instancias que emiten disposiciones que rigen a la sociedad); autonomía de los poderes clásicos; paridad de rango (mismo nivel constitucional que los poderes clásicos). La doctrina mexicana, desde la década de los noventa, ha insistido en que en México existen como órganos constitucionales autónomos el Instituto Federal Electoral, el Banco de México y la Comisión Nacional de Derechos Humanos. En fechas recientes el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Información, las comisiones de acceso a la información e incluso hay quien ha señalado que los tribunales administrativos también se encuentran en esta categoría constitucional.

³ El numeral 178.4 establece como competencia del Jurado Nacional de Elecciones administrar justicia en materia electoral. Entre los asuntos que conoce, se encuentran las apelaciones sobre actas electorales observadas y actas impugnadas; las apelaciones de los registros y tachas de candidatos; la nulidad de elecciones y de procesos de referéndum, así como las apelaciones contra las resoluciones de la Oficina de Registro de Organizaciones Políticas y las resoluciones de los jurados electorales especiales.

⁴ El artículo 178.1 señala como atribución la de fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales. Esta función constitucional la desarrolla a través de la revisión de los padrones electorales del RENIEC, la propaganda electoral, las encuestas, la

educativas,⁵ normativas⁶ y administrativas.⁷ El Pleno se integra con cinco miembros designados: uno por votación secreta de la Corte Suprema entre sus magistrados (jubilados o en activo); uno por votación secreta por la Junta de Fiscales Supremos (jubilados o en activo); uno por votación secreta por el Colegio de Abogados de Lima; uno por votación secreta por los decanos de las facultades de Derecho de las universidades públicas y otro por los decanos de las facultades de Derecho de las universidades privadas. El requisito de la edad es alto: no menor de 45 años y no mayor de 70. Existe un régimen de incompatibilidad (el cargo es remunerado, de tiempo completo e incompatible con cualquier función pública, excepto la docencia a tiempo parcial). Permanecen en su encargo cuatro años, con un sistema de renovación escalonada cada dos.

Respecto a las resoluciones del JNE, las mismas son definitivas e inatacables. La Constitución establece como criterios de resolución la conciencia, la legalidad y los principios generales de Derecho. Es la instancia máxima, en virtud de que revisa las decisiones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), que es un órgano administrativo. Sin embargo, existen temas que escapan de su control constitucional o que se encuentran en la esfera particular de otro órgano, lo que ha significado la presentación de controversias constitucionales para que el Tribunal constitucional delimite las competencias.

neutralidad de funcionarios y organismos públicos. Cabe señalar que se trata de funciones más de vigilancia que lo que entenderíamos en el Derecho Electoral mexicano como fiscalización.

⁵ El JNE tiene una Escuela Electoral, la cual desarrolla eventos de especialización académica y publicaciones. Aunado a lo anterior, mantiene un Museo Electoral y de la Democracia en el que se exponen urnas, timbres y monedas vinculados con las elecciones, así como boletas electorales, entre otros objetos que dan cuenta de la historia electoral de Perú. Es un sitio interesante.

⁶ El artículo 178 constitucional señala que el JNE tiene facultad de iniciativa. Además, entre otras atribuciones, determina el número de escaños para el Congreso por cada distrito electoral, reglamenta la aplicación de las cuotas (género, jóvenes o indígenas). Finalmente tiene facultad normativa interna a través de reglamentos y acuerdos.

⁷ Elabora su presupuesto y presenta el presupuesto del sistema electoral.

b) Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE)

Es el organismo encargado de organizar los procesos electorales, de referéndum y de consulta popular, así como la elaboración y el diseño de la cédula del sufragio. Surge con la Constitución de 1993, como un intento de debilitar al sistema electoral fraccionándolo en tres instancias. Entre las funciones más relevantes se encuentran las administrativas (organizar los procesos electorales, diseñar la cédula de sufragio y las actas, establecer el número, ubicación y organización de las oficinas descentralizadas de procesos electorales), materialmente jurisdiccionales (dictar las resoluciones internas, verificar los requisitos formales para la revocatoria de alcaldes, sancionar a los partidos políticos que infrinjan las disposiciones sobre financiamiento), así como de control (administrar el financiamiento público indirecto de los partidos políticos en periodo electoral y los espacios en radio y televisión, asignar el financiamiento público directo a los partidos políticos, verificar y controlar externamente la actividad económica-financiera de los partidos políticos).

A diferencia del JNE, la ONPE es unipersonal. La Constitución, en su artículo 182, señala que el jefe de la Oficina es nombrado por el Consejo Nacional de la Magistratura para un periodo renovable de cuatro años. Tiene un sistema de responsabilidad y de incompatibilidades idéntico para los integrantes del pleno del JNE. Actualmente es dirigida por la doctora Magdalena Chu.

c) Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RNIEC)

El RNIEC es el órgano encargado de la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones y cualquier acto que modifique el estado civil. En materia electiva, es la instancia que prepara y mantiene actualizado el padrón electoral, así como la identificación de los ciudadanos. El jefe del RNIEC tiene el mismo sistema de designación, duración, responsabilidad e incompatibilidades que el jefe de la ONPE.

La labor de las tres instancias no es sencilla. Primero, existen competencias que son prácticamente concurrentes (como la sanción a partidos

que tienen la ONPE y el JNE); en segundo lugar, los padrones electorales los utilizan los tres órganos electorales; en tercer término, el control de las finanzas de los partidos es prácticamente nulo. Finalmente, deben organizar y calificar comicios con un padrón considerable de cada 20 millones de electores en Perú y en el extranjero, como se aprecia a continuación.

Cuadro 1. Padrón electoral peruano

Total de electores	19,949,915
Total de electores en Perú	19,195,761
Total de electores en el extranjero	754,154 ⁸
Segmento poblacional más numeroso de electores	Entre los 20 y los 34 años (39.12%)

Fuente: ONPE. Oficina Nacional de Procesos Electorales http://www.web.onpe.gob.pe/ModReporte/download/2011/RE_66.pdf (consultada el 27 de octubre de 2011).

De acuerdo con el documento Perfil del Elector Peruano, dos de cada tres electores tienen poco o ningún interés en la política. Respecto a los problemas, los electores consideran que la corrupción es el principal (52% sumando primera o segunda mención de los encuestados), seguido del desempleo (39%), la delincuencia (38%) y la pobreza (36%). Sólo uno de cada cuatro electores se declara simpatizante de un partido político.

Respecto a la ideología política, la mayoría de los electores conocen los términos de izquierda y derecha, visualizándose de centro. En el área rural la izquierda tiene preferencia y en la urbana la derecha (JNE-PNUD 2011).

d) Sistema electoral

Perú tiene un sistema de carácter presidencial con un sistema de partidos múltiple. El sistema electoral para integrar el Poder Legislativo (130 parlamentarios a partir del 2011) está conformado con el modelo de represen-

⁸ Los datos de la ONPE señalan que 489,563 votarán en América, 229,324 en Europa, 31,852 en Asia, 2,191 en Oceanía y 224 en África.

tación proporcional, que se conforma a través de 26 circunscripciones (24 departamentos, Lima provincias y la Provincia Constitucional del Callao, esta última sede de los poderes centrales). Cada departamento se divide en provincias y cada una de éstas en distritos.

En el caso del presidente de la República y los dos vicepresidentes, son electos mediante sufragio directo en una votación nacional. Requieren obtener más de la mitad de los votos válidos, sin contar los votos nulos. El sistema permite una segunda vuelta electoral en caso de que no se obtenga el porcentaje anterior en el primer proceso. Más adelante se desarrollan ambos sistemas electorales.

El sistema normativo y fáctico de los partidos políticos

El sistema político peruano no produce partidos políticos fuertes ni estables. La Ley de Partidos Políticos (ley No. 28094) establece como requisitos para su constitución contar con un mínimo de adherentes de 1% de los ciudadanos que sufragaron en la última elección, así como contar con las actas de constitución de comités partidarios suscritas cada una de ellas por 50 afiliados (ONPE 2011, 13-4).

Respecto al financiamiento, la ley señala que los partidos cuentan con financiamiento público y privado. El público es a través de dos modalidades: directo, que corresponde a los partidos que logren representación en el proceso que no será mayor al 0.1% de la Unidad Impositiva Tributaria por cada voto emitido (en realidad no se ha dado porque depende de la disponibilidad presupuestal), y el indirecto, que se refiere a los espacios asignados de manera gratuita en radio y televisión (lo que sería en México los tiempos oficiales). Los partidos no pueden recibir aportaciones de empresas del Estado, de entidades públicas, de agrupaciones religiosas o del extranjero, excepto que los aportes estén destinados a la formación, capacitación e investigación.

Conforme a lo anterior, los partidos políticos pueden registrarse con 1% de los electores, pero pierden el registro si no superan el umbral constitu-

cional del 5%, previsto por la ley que establece la barrera electoral, ley No. 28617.⁹ El objetivo de esta última norma fue evitar la atomización de los institutos políticos. Por tanto, siempre existirán más partidos políticos electorales que partidos políticos con presencia legislativa, y, difícilmente, los partidos políticos emergentes podrán multiplicar cinco veces su presencia ciudadana en los meses de la campaña electoral, lo que fortalece a los partidos políticos grandes y resta posibilidades a las fuerzas emergentes.

El diseño de segunda vuelta ha generado que los partidos políticos que obtienen el primer y segundo lugar de los procesos, busquen el respaldo de los otros institutos políticos, lo que hace que unos y otros se flexibilicen y, a la larga, se debiliten. En realidad, los partidos se alinean en torno a figuras emblemáticas que representan polos de atracción popular. Esta relación simbiótica la encontramos en Ollanta Humala y Gana Perú; Alejandro Toledo y Perú Posible, Pedro Pablo Kuczynski y Alianza por el Gran Cambio; Keiko Fujimori y Fuerza 2011, así como en Alianza Solidaridad Nacional y Luis Castañeda.

Se considera que el ejemplo más palpable de la debilidad partidista peruana es el hecho de que el APRA, no sólo el partido gobernante, sino un partido fundamental antes del fujimorismo, con una estructura territorial de corte nacional, no postuló candidato a la presidencia de la República.

Cuadro 2. Relación de candidatos y partidos políticos inscritos para las elecciones generales de 2011

Partido político	Candidata o candidato
Alianza por el Gran Cambio	Pedro Pablo Kuczynski Godard
Alianza Solidaridad Nacional	Oscar Luis Castañeda Lossio
Perú Posible	Alejandro Toledo Manrique
Despertar Nacional	Ricardo Manuel Germán Noriega Salaverry
Fonavistas del Perú	José Antonio Ñique de la Puente
Fuerza 2011	Keiko Sofia Fujimori Higuchi

⁹ Ley aprobada por el Congreso el 28 de octubre de 2005.

Continuación.

Partido político	Candidata o candidato
Fuerza Nacional	Juliana Edith Reymer Rodríguez
Gana Perú	Ollanta Moisés Humala Tasso
Justicia, Tecnología y Ecología	Humberto Pinazo Bella
Partido Descentralista Fuerza Social	José Manuel Rodríguez Cuadros
Adelante	Rafael Luis Beluando Aubry

Fuente: ONPE. Oficina Nacional de Procesos Electorales http://www.web.onpe.gob.pe/ModReporte/download/2011/RE_66.pdf (consultada el 27 de octubre de 2011).

A continuación se analizan las posiciones de cada uno de los contendientes y sus estructuras partidistas.

a) APRA O PAP

Como se mencionó, el APRA no postuló candidatos a la presidencia de la República y en el Congreso sólo consiguió escaños para seis representantes. Sin embargo, es un partido importante para entender el sistema político peruano. Su fundación data de 1930.¹⁰ El líder fundador fue Víctor Raúl Haya de la Torre, quien fuera contendiente por la presidencia de la República en 1931 y 1962, en los que tuvo que enfrentar a dictaduras militares que surgieron después de ambos comicios. De hecho, durante 1948 a 1956, el fundador del APRA estuvo asilado en la embajada de Colombia en Lima. Muere en 1979, siendo presidente de la asamblea constitucional de ese año. En 1982, un discípulo de Haya de la Torre, Alan Gabriel Ludwing García Pérez, asume la presidencia del APRA y, con este partido, gana en dos ocasiones la presidencia de la República: en 1985 y 2006. Después de su primer periodo, García se exilia en 1992 y vuelve a Perú en 2001, siendo derrotado en las elecciones de ese año por Alejandro Toledo. En 2006 se impone a Ollanta Humala.

¹⁰ La página de internet del APRA menciona que en la noche del 20 de septiembre y la madrugada del 21 de 1930, en un taller de ebanistería en la plazoleta del teatro se fundó el Partido Aprista Peruano. También menciona que el libro de actas de la fundación es un cuaderno escolar de pasta roja que costó 30 centavos. www.apradigital.pe/ (consultada el 25 de abril de 2011).

El partido político está conformado a partir de la división territorial, funcional y en células de sus militantes, de forma similar, en el aspecto territorial, al priismo en México, y en cuanto a la formación celular, a los partidos marxistas.

b) Perú Posible

Perú Posible es un partido relacionado con Alejandro Toledo, quien fue presidente de la República de 2001 al 2006. Con estudios en San Francisco y Stanford, la fortaleza pública de Toledo provenía de ser un opositor al régimen de Fujimori. En 1994, Toledo anuncia su postulación como candidato a la presidencia por la agrupación electoral País Posible, que se convertiría en su actual partido, precisamente en oposición de Fujimori. En las encuestas obtiene 11% de las preferencias, aun cuando en la elección constitucional sólo alcanzó 3.5% de la votación. Para 2000, por segunda ocasión, se presenta como candidato de Perú Posible contra Fujimori, quien decide postularse nuevamente como presidente. La Constitución permite una reelección y, para el caso concreto, Fujimori había sido reelecto para el proceso electoral de 1995 (aun cuando, por ser nuevas reglas, él consideraba que se trataba de su primera reelección, lo que generó un conflicto político).

En la primera vuelta Toledo obtiene 40.3% de los sufragios contra 49.8% de Fujimori. En la segunda vuelta, Alianza Electoral Perú 2000 (Fujimori) obtiene 74.33% de los votos contra 25.66% de Perú Posible (Toledo). A pesar de que la diferencia fue grande, los vicios del proceso electoral que iniciaron con la duda respecto a la constitucionalidad de la postulación de Fujimori, permitieron que Toledo encabezara una resistencia pacífica que, para el 28 de julio de 2000 se manifestó en una protesta nacional, más adelante daría como resultado el exilio de Fujimori y su renuncia (vía fax) al cargo de presidente de Perú, ocupando la presidencia Valentín Paniagua Corazao, en ese entonces presidente del Congreso.

Toledo ganó las elecciones de 2001 y gobernó hasta 2006. En el proceso electoral Perú Posible tuvo 53.08% de los votos contra 46.92% del APRA. En su gobierno mantuvo el crecimiento del país a través de las políticas de apertura comercial y la firma de tratados de libre comercio. Nuevamente en 2010 Perú Posible postuló a Toledo como candidato a la presidencia de la República.

c) Fuerza 2011

El fujimorismo es una fuerza que oscila en 20% de la votación en el país. El número es significativo, si se tiene en cuenta que el líder moral del partido, Alberto Fujimori, actualmente se encuentra en prisión. Fuerza 2011 no es un partido estable, surge como brazo partidista del fujimorismo que, en repetidas ocasiones, utiliza nuevos institutos políticos para postular sus candidaturas, como Cambio 90, Fuerza 2000 y Fuerza 2011, por lo que en cada proceso electoral el movimiento se estructura en un partido político para contender.

El origen del fujimorismo data de 1990. En aquella ocasión, Fujimori sorprende al derrotar en segunda vuelta al literato Mario Vargas Llosa, en una reacción de las minorías étnicas y los grupos socialmente más golpeados por la crisis económica. Fujimori se reelige en 1995 y en una segunda ocasión en 2000. Sin embargo, la presión social encabezada por Alejandro Toledo, así como la corrupción descubierta en videos de su principal asesor, Valdemiro Montesinos, hicieron que renunciara a la presidencia de la República.

El movimiento se recompone para el proceso electoral de 2006, en el que Keiko Fujimori, hija mayor del ex presidente, ocupa el cargo de congresista. Para 2010 se presenta como candidata e inicia una campaña que logra superar su techo del 20%, si bien de forma incipiente, y se perfila como la opción para vencer a Ollanta Humala.¹¹

¹¹ Los periódicos limeños mencionaron un día antes de las elecciones: Keiko es la única opción para detener a Humala. Mario Vargas Llosa, antes de las elecciones, mencionó que la elección entre Keiko Fujimori y Ollanta Humala era como decidir entre el SIDA y el cáncer.

d) Gana Perú

Gana Perú es el partido político que gira en torno a la figura de Ollanta Humala, militar retirado y candidato más visible de la izquierda latinoamericana radical. La familia Humala es originaria del departamento de Ayacucho, en donde su padre fue fundador de un grupo político. Miembro del ejército a partir de 1979, se convierte en uno de los integrantes de la corriente del etnocacerismo (de corte nacionalista). En 2000, Humala participa con su hermano Antauro en el levantamiento militar de Locumba contra Fujimori. Es encarcelado ese mismo año y amnistiado el 24 de diciembre. Ocupa las posiciones de agregado militar en París y en Corea del Sur, hasta que se licencia en 2005. En 2006, Gana Perú obtiene el registro como partido y ese año participa en las elecciones, obteniendo el primer lugar en la primera vuelta y siendo derrotado en la segunda. El enfoque del partido es nacionalista y crítico a las teorías neoliberales; sin embargo, ha buscado una posición más moderada en 2011, en el que obtiene nuevamente el primer lugar en la primera vuelta con 30% de los votos, aumentando su nivel de votación.¹²

e) Alianza por el Gran Cambio

El ministro de Economía del gobierno de Toledo se postuló como candidato por Alianza por el Gran Cambio. Pedro Pablo Kuczinsky era considerado como el artífice de la mejora económica peruana. Además, fue jefe de Planificación y Política en el Banco Mundial. Fue cuestionado durante las campañas electorales por su doble nacionalidad (estadounidense). El voto fuerte de PPK (utilizó su acrónimo durante la campaña, lo que le trajo simpatías) se encontraba en Lima, pero disminuía en el interior de la República.

¹² El informe del Centro de Capacitación Judicial Electoral respecto a las elecciones de Perú, menciona en este punto que la estrategia de Humala fue matizar la imagen ultranacionalista, evitar la confrontación y conectar con el descontento de la población en temas de inseguridad y corrupción (CCJE inédito, p. 3).

f) Alianza Solidaridad Nacional

El último partido grande en la contienda es Alianza Solidaridad Nacional, vinculado a la figura de Luis Castañeda, ex alcalde de Lima. El caso de Castañeda es paradigmático pues, a pesar de su fuerte respaldo un par de meses antes de las elecciones, la volatilidad del voto lo afectó, quedando en la quinta posición final del proceso, como se señala más adelante.

La campaña electoral

La campaña electoral peruana de 2011 fue particularmente conflictiva. De acuerdo con Transparencia (asociación civil encargada de la observación electoral) 80% de los temas de las campañas fueron superficiales (Instituto Interamericano de Derechos Humanos 2011, 4). El punto central de la campaña fueron los dos debates entre los aspirantes a la presidencia de la República. En el primero, organizado por el periódico *El Comercio*, participaron los 11, en el segundo sólo los cinco que tenían más posibilidades. De hecho, una de las quejas de los partidos políticos emergentes y de sus candidatos fue que el debate organizado por el JNE había sido parcial y antidemocrático por excluirlos.

A continuación se analizan distintos temas relevantes durante la campaña electoral: las encuestas, el papel de los medios de comunicación, la figura del Tribunal de Honor, garante ciudadano de las buenas prácticas políticas y las incidencias electorales y como mecanismo de control del JNE de las violaciones a la normatividad electoral.

a) Las encuestas

Las encuestas, en una primera instancia beneficiaban a Toledo y Castañeda. Sin embargo, de manera paulatina ambos candidatos fueron perdiendo su espacio. En un sondeo del 15 de marzo, el Instituto de Opinión Pública de la Pontificia Universidad Católica del Perú elaboró una Encuesta Nacional Urbana-Rural para determinar las preferencias electorales en caso de segunda vuelta. Keiko Fujimori sólo ganaba si competía con Ollanta Hu-

mala en la segunda vuelta. Para el caso de Humala, en ninguna combinación saldría victorioso.

Lo cierto es que las encuestas fueron variando de manera radical en el transcurso de las campañas electorales. Candidatos que, en enero aparecían con 10%, para marzo se encontraban en 15.5%, como Humala. Lo mismo ocurrió con PPK, quien subió de 4% a 10.6% en un par de meses, convirtiendo la contienda de tres en un encuentro de cinco participantes.

Cuadro 3

	Octubre	Noviembre	Diciembre	Enero	Febrero	Marzo	Abril
Candidato	Apoyo	Apoyo	Apoyo	Apoyo	Apoyo	Apoyo	
Luis Castañeda	24%	24%	23%	19%	18%	17%	10%
Keiko Fujimori	23%	20%	20%	22%	22%	19%	21%
Alejandro Toledo	16%	20%	23%	27%	28%	26%	16%
Ollanta Humala	11%	10%	11%	10%	12%	15%	26%
Pedro Pablo Kuczunski	2%	3%	5%	5%	6%	9%	18%

Fuente: ONPE. Oficina Nacional de Procesos Electorales http://www.web.onpe.gob.pe/ModReporte/download/2011/RE_66.pdf (consultada el 27 de octubre de 2011).

Lo cierto es que, a unos días antes del proceso, las encuestas daban como finalistas en primer y segundo lugares a los candidatos que efectivamente ocuparon dichos espacios: Ollanta Humala con 30% de la votación y Keiko Fujimori con 23%.

b) Los medios de comunicación

El sistema electoral peruano permite el acceso a los medios de comunicación por dos vías: la contratación directa y la obtención de espacio gratuito a los partidos, lo que se conoce como franja electoral. Es temporal, ya que opera 30 días antes a la realización de los comicios y hasta dos días pre-

vios a la jornada electoral. El orden de la franja se determina a través de un sorteo que organiza de manera pública la ONPE (ONPE 2011, 23). En el caso de la publicidad política contratada de manera directa, la misma está permitida 60 días antes hasta los dos días previos a la jornada electoral.

Este marco normativo permite que los medios tengan una actitud de fuerza sobre los partidos. De hecho, de acuerdo con la percepción de Transparencia,¹³ en general los medios de comunicación mantienen una posición hostil hacia el candidato Humala.

c) El Tribunal de Honor

Derivado del Pacto Ético Electoral firmado por los partidos políticos, se constituye un Tribunal de Honor, como una instancia ciudadana encargada de vigilar y emitir opinión sobre la conducta de los candidatos que han firmado el pacto. Por un lado, el objetivo es crear un espacio de entendimiento entre los candidatos que permita las buenas prácticas políticas, pero también establecer un sistema de vigilancia ciudadana del proceso. Sus decisiones no son vinculantes para las partes.

Para el proceso de 2011, se integró por el sociólogo Fernando Anillas Lafert, por el poeta Marco Martos y por el jurista Fernando Vidal Ramírez. Los mecanismos de presión hacia los partidos son la exhortación (cuando existe un hecho que afecta el honor) o la amonestación (a petición de parte). En general, funciona como un referente moral, sin valor vinculante, a pesar de que los temas que aborda tienen que ver con problemáticas de las democracias actuales: medios, imparcialidad de funcionarios públicos, excesos en el ejercicio de la libertad de expresión.

d) Las incidencias electorales

El JNE, a través del sistema del observatorio para la gobernabilidad, mantiene un seguimiento constante de las incidencias reportadas en cuanto a la publicidad estatal, la neutralidad de los funcionarios públicos y la propaganda electoral. A días del proceso electoral, se habían presentado 173

¹³ Encuentro con el titular de la ONG Transparencia, el 9 de abril del año en curso.

incidencias de publicidad estatal, 52 en Lima, 47 en Callao y 21 en Piura. También existían reportes de 20 incidencias relacionadas con la neutralidad (cuatro en La libertad, tres en Arequipa y dos en Huánuco/Moquegua). Finalmente, también existían 444 incidencias relacionadas con la propaganda electoral.

Este tema es una de las principales innovaciones del sistema electoral peruano, pues permite tener, al alcance de cualquier ciudadano, la información positiva y negativa de cada candidato. Por ejemplo, su plataforma electoral, su currículum, pero también las incidencias de violación a la normatividad en la que estuvieran involucrados.

e) La opinión del círculo rojo

El sábado 9 de abril, la misión de observación internacional se entrevistó con dos destacados académicos del país: Rafael Roncagliolo y Fernando Tuesta. La posición de los académicos puntualizaba lo siguiente:

- a) Confianza en los órganos electorales. A pesar de la fragmentación, el conflicto interórganos y de los vacíos normativos, la ciudadanía confiaba en los órganos electorales. Se esperaba que los problemas de las elecciones subnacionales de octubre de 2010 no aparecieran en la elección general de 2011.

De hecho, el 10 de abril, 7,300 personas del JNE se distribuyeron en todo el país (una por cada 18 mesas de casilla) para verificar la instalación y desarrollo de la votación. Adicionalmente, la ONPE también desplegó funcionarios públicos. Los primeros se identificaban con un chaleco rojo y los segundos con uno azul.

- b) La elección se antojaba competida, por lo que el resultado era incierto. Sin embargo, dos candidatos en los últimos días se habían presentado con mayores preferencias electorales.

Los resultados electorales

A las 20 horas, Magdalena Chu dio el primer avance de los resultados electorales. Con fecha de corte a las 19:47 horas, los resultados, con 26.81%, eran los siguientes:

Cuadro 4. Resultados electorales a las 20:00 horas del día de la jornada electoral

Partido	Votación	Porcentaje (%)
Gana Perú	731,579	26.55
Alianza por el Gran Cambio	674,614	24.48
Fuerza 2011	581,078	21.09
Perú Posible	429,637	15.59
Alianza Solidaridad Nacional	320,383	11.62
Fonavistas del Perú	6,787	0.246
Despertar Nacional	2,942	0.1
Adelante	2,717	0.099
Fuerza Nacional	2,598	0.094
Justicia Tecnología Ecología	1,555	0.056
Fuerza Social	1,168	0.042
Blanco	170,701	
Nulos	64,251	
Votación emitida	2,990,010	26.81

Fuente: ONPE. Oficina Nacional de Procesos Electorales http://www.web.onpe.gob.pe/ModReporte/download/2011/RE_66.pdf (consultada el 27 de octubre de 2011).

En el primer corte de información, los dos candidatos punteros eran Humala y Kucinsky. Sin embargo, parte se debía a que los votos que habían sido contabilizados eran de corte urbano, por lo que cuando empezó a llegar el voto del interior de la República, los resultados electorales cambiaron.

El propio sistema electoral establece que si las actas presentan algún tipo de duda, son “observadas” para efecto que el JNE se pronuncie sobre las mismas. Es hasta ese momento de decantación que se tienen los resultados finales del proceso electivo. A continuación, se presenta el resumen nacional actualizado a las 17:23 horas del 25 de abril de 2011.

Cuadro 5. Resultados electorales con 100% de las actas

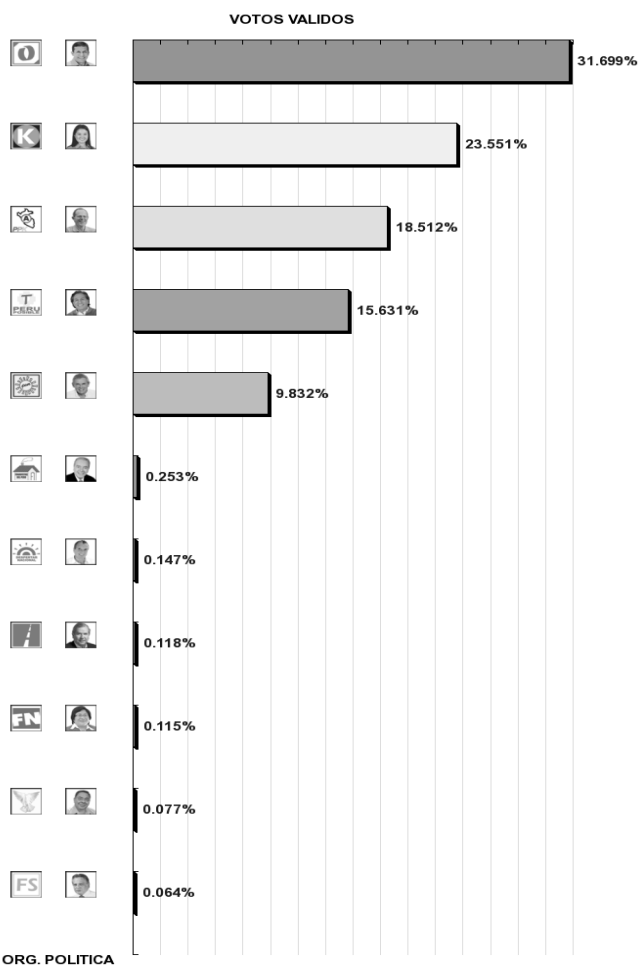
Organización política			Votos	Votos válidos (%)
		Gana Perú	4,643,064	31.699
		Fuerza 2011	3,449,562	23.551
		Alianza por el Gran Cambio	2,711,332	18.511
		Perú Posible	2,289,540	15.631
		Alianza Solidaridad Nacional	1,440,242	9.833
		Fonavistas del Perú	37,011	0.253
		Despertar Nacional	21,647	0.148
		Adelante	17,301	0.118
		Fuerza Nacional	16,830	0.115
		Justicia, Tecnología, Ecología	11,274	0.077
		Partido Descentralista Fuerza Social	9,360	0.064

Fuente: ONPE. Oficina Nacional de Procesos Electorales http://www.web.onpe.gob.pe/ModReporte/download/2011/RE_66.pdf (consultada el 27 de octubre de 2011).

Resumen

Total nacional de electores hábiles	19,949,915
Total de mesas de sufragio	107,455
Total de actas contabilizadas	107,455
Total de actas observadas	0

Gráfica 1



Fuente: ONPE. Oficina Nacional de Procesos Electorales http://www.web.onpe.gob.pe/ModReporte/download/2011/RE_66.pdf (consultada el 27 de octubre de 2011).

La distribución del Congreso

En el sistema electoral peruano, la conformación del Congreso es de representación proporcional con listas abiertas y doble voto preferente. El sistema es unicameral a partir de la nueva Constitución. La elección se realiza mediante el sistema de distrito electoral múltiple, y se divide, para tales efectos, en 26 distritos electorales. La distribución general de los escaños obedece a tres criterios básicos: equidad (un escaño por cada distrito electoral), distribución proporcional (según población electoral) y distribución directa o fija (al atribuirse a uno o más distritos electorales un número determinado de escaños).

El cuadro es el siguiente:

Cuadro 6

Distrito electoral		Total de escaños	Núm. de candidatos	Cuota de género 30% de mujeres o varones
1	Amazonas	2	3	1
2	Ancash	5	5	2
3	Apurímac	2	3	1
4	Arequipa	6	6	2
5	Ayacucho	3	3	1
6	Cajamarca	6	6	2
7	Callao	4	4	2
8	Cusco	5	5	2
9	Huancavelica	2	3	1
10	Huanuco	3	3	1
11	Ica	4	4	2
12	Junín	5	5	2
13	La Libertad	7	7	3
14	Lambayeque	5	5	2
15	Lima + Residentes en el extranjero	36	36	11
16	Lima Provincias	4	4	2
17	Loreto	4	4	2

Continuación.

Distrito electoral		Total de escaños	Núm. de candidatos	Cuota de género 30% de mujeres o varones
18	Madre de Dios	1	3	1
19	Moquegua	2	3	1
20	Pasco	2	3	1
21	Piura	7	7	3
22	Puno	5	5	2
23	San Martín	4	4	2
24	Tacna	2	3	1
25	Tumbes	2	3	1
26	Ucayali	2	3	1
TOTALES	26	130	140	52

Fuente: ONPE. Oficina Nacional de Procesos Electorales http://www.web.onpe.gob.pe/ModReporte/download/2011/RE_66.pdf (consultada el 27 de octubre de 2011).

Para que los partidos políticos participen en la distribución de escaños, deben superar cualquiera de las dos barreras: 5% de la votación nacional u obtener siete representantes en más de una circunscripción. Los diputados permanecen cinco años en su encargo.

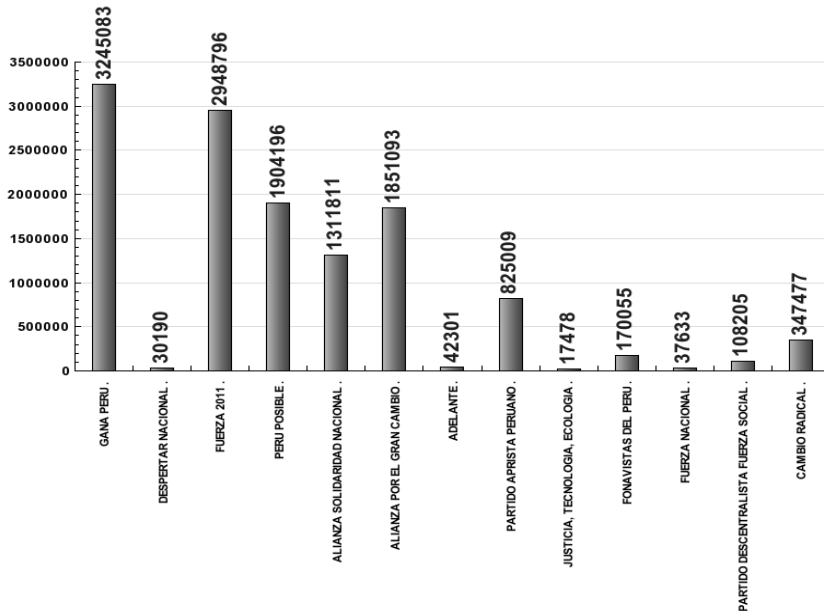
El procedimiento señala que deben desarrollarse tres etapas: el cálculo de la barrera electoral, la determinación de escaños mediante la cifra repartidora y la aplicación del voto preferencial. El primer paso es sencillo, calcular el porcentaje de votación de cada partido político y determinar quién tiene derecho a la asignación por representación proporcional. El segundo paso implica calcular el número de representantes que le corresponde a cada partido político, para verificar qué organizaciones alcanzaron al menos los siete escaños en más de una circunscripción. Finalmente, el voto preferente implica reordenar la prelación de las listas de candidatos de acuerdo con el número de votos válidos preferenciales obtenidos.

Respecto a la cuota de género, la ley señala que cada lista de candidatos deberá incluir, por lo menos, 30% de candidatos mujeres o varones en cada distrito electoral. En las circunscripciones donde se inscriban listas con tres candidatos, por lo menos uno de éstos debe ser varón o mu-

jer. Por tanto, de 130 candidatos por lista a nivel nacional, debe haber, por lo menos, 47 candidatas mujeres o candidatos hombres. Esta repartición, con motivo del voto preferencial, no permite que se superen los techos de votación de género.

Los resultados electorales para la conformación del Congreso fueron:

Gráfica 2. Resultados del Congreso



Fuente: ONPE. Oficina Nacional de Procesos Electorales http://www.web.onpe.gob.pe/ModReporte/download/2011/RE_66.pdf (consultada el 27 de octubre de 2011).

Con los resultados antes señalados, el partido Gana Perú obtuvo 39 diputados, contra 31 de Fuerza 2011, 23 de Perú Posible, 16 de Alianza por el Gran Cambio, 15 de Solidaridad Nacional y 6 del APRA.

Temas destacables de las elecciones peruanas

a) El voto obligatorio

El sistema electoral peruano concibe al voto como una obligación. Esto implica que los ciudadanos tienen la obligación de emitir su sufragio y formar parte de las casillas. En caso de no acudir, se les impone una multa que varía de acuerdo con las condiciones económicas. En los distritos de pobreza extrema es de 18 soles, en los calificados como de pobreza es de 36 soles y en los distritos no pobres corresponde a 72 soles. Es interesante que, a pesar de ser el país con un índice de crecimiento económico más alto en la región, todas las clasificaciones de distritos están vinculadas a la pobreza.

Un efecto positivo es evidente y obvio: el número de participantes en las elecciones es superior al 90% de los electores. Sin embargo, no sólo existen efectos positivos de la obligación constitucional.

Entre los efectos negativos del voto obligatorio, puede encontrarse que los funcionarios electorales de las mesas de casilla no desarrollan sus funciones con la rapidez necesaria. Las casillas no se instalan a tiempo, la documentación electoral en ocasiones llega con un desfase de tiempo y el elector pasa mucho tiempo en la fila. En un sistema de voto concebido como derecho y no como obligación, el elector podría decidir no quedarse en la fila y retirarse. El modelo peruano, por el contrario, al tener al “cliente cautivo” se da el lujo de hacer esperar al elector, lo cual, a mi juicio, debe perfeccionarse.

b) El voto informado

Otro tema destacable del sistema electoral peruano es el sistema del voto informado organizado por el JNE, cuyo objetivo es dar a conocer a los ciudadanos las plataformas electorales, síntesis curriculares e incidencias electorales de los candidatos. Se trata de una base de datos en la que, de manera paulatina, se van incorporando elementos para que el ciudadano pueda decidir, con conocimiento de causa, su voto, al analizar el desarrollo personal de cada candidato o candidata.

c) El voto preferencial

El voto preferencial es una variante del voto múltiple. A través de este sistema, el elector establece sus preferencias para elegir el orden de candidatos. Lo anterior explica que, en primer lugar, las listas son presentadas por los partidos políticos. Pero en segundo, que son listas abiertas. El fundamento legal se encuentra en la Ley orgánica de elecciones, artículo 21 de la ley No. 26859, que señala que la elección de congresistas se realiza mediante el sistema de distrito electoral múltiple, aplicando el método de la cifra repartidora, con doble voto preferencial opcional, excepto en los distritos electorales en donde se eligen menos de dos congresistas, en cuyo caso hay un solo voto preferencial opcional.

La boleta electoral (modelo aprobado por la ONPE, pero no el utilizado en la elección) es la siguiente:

PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTES		CONGRESISTAS		PARLAMENTO ANDINO 	
MARQUE CON UNA CRUZ + O UN ASPA X DENTRO DEL RECUADRO DEL SÍMBOLO Y/O FOTOGRAFÍA DE SU PREFERENCIA		ORGANIZACIÓN POLÍTICA MARQUE CON UNA CRUZ + O UN ASPA X DENTRO DEL RECUADRO DEL SÍMBOLO DE SU PREFERENCIA	VOTO PREFERENCIAL MARQUE CON UNA CRUZ + O UN ASPA X DENTRO DEL RECUADRO DEL SÍMBOLO DE SU PREFERENCIA	ORGANIZACIÓN POLÍTICA MARQUE CON UNA CRUZ + O UN ASPA X DENTRO DEL RECUADRO DEL SÍMBOLO DE SU PREFERENCIA	VOTO PREFERENCIAL MARQUE CON UNA CRUZ + O UN ASPA X DENTRO DEL RECUADRO DEL SÍMBOLO DE SU PREFERENCIA
PARTIDO POLÍTICO FELICES POR SIEMPRE		PARTIDO POLÍTICO FELICES POR SIEMPRE		PARTIDO POLÍTICO FELICES POR SIEMPRE	
PARTIDO POLÍTICO CONTIGO EN LA DISTANCIA		PARTIDO POLÍTICO CONTIGO EN LA DISTANCIA		PARTIDO POLÍTICO CONTIGO EN LA DISTANCIA	
PARTIDO POLÍTICO AYUDA PARA TODOS		PARTIDO POLÍTICO AYUDA PARA TODOS		PARTIDO POLÍTICO AYUDA PARA TODOS	
ALIANZA ELECTORAL JUNTOS EN ARMONÍA		ALIANZA ELECTORAL JUNTOS EN ARMONÍA		ALIANZA ELECTORAL JUNTOS EN ARMONÍA	
PARTIDO POLÍTICO ALCANZAR EL INFINITO		PARTIDO POLÍTICO ALCANZAR EL INFINITO		PARTIDO POLÍTICO ALCANZAR EL INFINITO	
PARTIDO POLÍTICO EL FUTURO NOS LLAMA		PARTIDO POLÍTICO EL FUTURO NOS LLAMA		PARTIDO POLÍTICO EL FUTURO NOS LLAMA	
ALIANZA ELECTORAL UN MUNDO FELIZ		ALIANZA ELECTORAL UN MUNDO FELIZ		ALIANZA ELECTORAL UN MUNDO FELIZ	
PARTIDO POLÍTICO LUNAR DE ESPERANZA		PARTIDO POLÍTICO LUNAR DE ESPERANZA		PARTIDO POLÍTICO LUNAR DE ESPERANZA	
PARTIDO POLÍTICO AL OTRO LADO DE LA LUNA		PARTIDO POLÍTICO AL OTRO LADO DE LA LUNA		PARTIDO POLÍTICO AL OTRO LADO DE LA LUNA	
PARTIDO POLÍTICO LOS NIÑOS SON PRIMERO		PARTIDO POLÍTICO LOS NIÑOS SON PRIMERO		PARTIDO POLÍTICO LOS NIÑOS SON PRIMERO	
PARTIDO POLÍTICO DEBUCANDO LA HISTORIA		PARTIDO POLÍTICO DEBUCANDO LA HISTORIA		PARTIDO POLÍTICO DEBUCANDO LA HISTORIA	
		PARTIDO POLÍTICO DE MUJERES DECIDIDAS Y VALIENTES		PARTIDO POLÍTICO DE MUJERES DECIDIDAS Y VALIENTES	

Primera Elección

DEPARTAMENTO

Fuente: ONPE. Oficina Nacional de Procesos Electorales http://www.web.onpe.gob.pe/ModReporte/download/2011/RE_66.pdf (consultada el 27 de octubre de 2011).

Como puede apreciarse, el elector cuenta con dos votos, los cuales utiliza votando por el partido político de su preferencia (puede marcar el recuadro del partido político), y dos espacios en blanco en los que, de acuerdo con la lista que se encuentra al reverso de la boleta y que se pega al lado de cada mampara, pone los nombres de los candidatos de su preferencia.

Lo anterior permite, al momento de hacer el cómputo por medio de la combinación de todos los partidos y los candidatos de cada partido, determinar cuántos votos tuvo cada candidato y, con base en ello, modificar las listas presentadas por los partidos y ordenarlas estableciendo en los primeros lugares a los candidatos que cuenten con mayores preferencias entre los electores. El sistema es complejo, y, para las secciones electorales en que los funcionarios de casilla tengan un menor grado de educación, puede generar errores en las actas que deben ser subsanados por el JNE.

Conclusión

En general, la elección constitucional peruana de 10 de abril de 2011 se desarrolló conforme a los parámetros de normalidad. Sin embargo, políticamente no solucionó, en el ámbito del ejecutivo, prácticamente nada, y deberá esperarse a la segunda vuelta.

Durante la campaña electoral podría destacarse la volatilidad del voto de los peruanos, pues candidatos que seis semanas antes (Castañeda) o dos (Toledo) encabezaban las encuestas, no llegaron a la segunda vuelta. El día de las elecciones las casillas presentaban problemas en cuanto a la rapidez de la apertura, a veces por falta de material electoral y en ocasiones por organización interna. El voto obligatorio se convierte en una coacción a los electores que, en ocasiones, deben esperar un tiempo excesivo para emitir su sufragio, lo que inconscientemente genera ineficiencia en la administración electoral.

Sin embargo, y pese a que el contexto hace la diferencia, la experiencia del voto preferencial, de la idea del voto informado y, por supuesto, del voto obligatorio, se convierten en cuestiones que sería interesante anali-

zar, de cara al perfeccionamiento de nuestro sistema electoral. Lo anterior, tomando en consideración que en la materia electoral, la única constante es el cambio.

Fuentes consultadas

- APRA. Partido Aprista Peruano. Disponible en: <http://www.apra.pe/> (consultada el 27 de octubre de 2011).
- CCP. 1993. Constitución Política del Perú. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html> (consultada el lunes 10 de octubre de 2011).
- Diario Oficial. 2001. Ley No. 276000. Publicada el 16 de diciembre de 2001. Disponible en: http://www.fitel.gob.pe/contenidos/Archivos/C_RT.pdf. (consultada el lunes 10 de octubre de 2011).
- IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. IIDH/CAPEL en la misión de observación de las elecciones generales peruanas. Disponible en: http://iidh-webserver.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/5_2011/79281b2d-145a-40e2-800a-d7a0799836a5.pdf (consultada el 27 de octubre de 2011).
- Ley de Partidos Políticos. Ley No. 28094. Publicada el 1 de noviembre de 2003 en el Diario Oficial “El Peruano”.
- Ley Orgánica de Elecciones. Ley No. 26859. Publicada el 1 de octubre de 1997 en el Diario Oficial “El Peruano”.
- Ley que establece la barrera electoral. Ley No. 28617. Publicada el 29 de octubre de 2005 en el Diario Oficial “El Peruano”.
- ONPE. 2011. Oficina Nacional de Procesos Electorales. Disponible en: http://www.web.onpe.gob.pe/ModReporte/download/2011/RE_66.pdf (consultada el 27 de octubre de 2011).
- . Disponible en: <http://www.web.onpe.gob.pe/> (consultada el 10 de octubre de 2011).

2011. *Perú: elecciones generales del 10 de abril de 2011*. México: CCJE-TEPJF. inédito.

PNUD. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. Disponible en: http://www.pnud.org.pe/frmNewsDetails.aspx?Cod_Noticia=2028. (consultado el 27 de octubre de 2011). Cabe señalar que en esta página existe un hipertexto denominado “Perfil de elector peruano”; sin embargo, el vínculo se encuentra roto.

*Sección
Bibliográfica*

Una crítica sin evaluación*

A critique without evaluation

Ernesto Ramos Mega**

En el libro *Observación de las instituciones electorales en el proceso electoral 2008-2009: Consejo General del IFE y Tribunal Electoral del Poder Judicial*, publicado por el Comité Conciudadano para la Observación Electoral, se incluye el capítulo El Tribunal Electoral: una evaluación crítica de su trabajo jurisdiccional y un comunicado de prensa publicado en 2009 con el título “Errática y preocupante, la orientación del TEPJF en sus fallos”. En ambos apartados se presentan críticas contra el trabajo del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) a partir del análisis de algunas de sus sentencias. A continuación se presentan críticas a la metodología y a los argumentos utilizados en el libro para evaluar el trabajo del Tribunal Electoral.

Los autores, Carlos Pérez Vázquez y Arturo Meza Chávez, afirman que su diagnóstico sobre la labor del TEPJF comprueba que persiste un enfoque partidista en las sentencias del Tribunal (2011, 46) y que no protege los intereses de la ciudadanía (2011, 113). Además, afirman que el Tribunal no aplica criterios homogéneos en casos similares y que eso no contribuye a generar confianza entre los ciudadanos.

* 2011. El Tribunal Electoral: una evaluación crítica de su trabajo jurisdiccional. En *Observación de las instituciones electorales en el proceso electoral 2008-2009. Consejo General del IFE y Tribunal Electoral del Poder Judicial*. México: Comité Conciudadano para la Observación Electoral/CCOE-INCIDE Social.

** Profesor de posgrado en la Facultad de Derecho de la UNAM, con 12 años de experiencia como funcionario electoral.

Agradezco los comentarios que aportaron José Luis Enríquez Chiñas, Héctor Daniel García Figueroa y Libia Márquez Labastida a una versión preliminar de este texto.

Para llegar a estas conclusiones, los autores analizan siete casos resueltos por la Sala Superior en 2009. El primer problema de su análisis es metodológico: los autores buscan obtener conclusiones generalizables sobre la conducta del Tribunal, a partir de analizar siete casos seleccionados sesgadamente en un determinado periodo. Este problema metodológico es conocido como “sesgo de selección”.¹ En las ciencias sociales, estos sesgos se evitan a partir de la selección aleatoria de casos con base en parámetros objetivos fijados antes de realizar la selección.

Sus conclusiones tampoco pueden ser generalizables porque su muestra, además de sesgada, es muy pequeña. En 2009 la Sala Superior del TEPJF resolvió 3,760 asuntos, de los cuales 355 (9.4%) fueron recursos de apelación, el medio de impugnación en el que se concentraron los autores. Por tanto, los siete casos que analizan sólo representan, respectivamente, 0.19% del total de asuntos y 1.97% de los recursos de apelación resueltos en el año. El problema se vuelve extremo si consideramos como parámetro todos los casos resueltos desde la creación del TEPJF. De 1996 a agosto de 2011, la Sala Superior del TEPJF ha resuelto 30,275 asuntos, de los cuales 1,723 (5.7%) han sido recursos de apelación. La pregunta inevitable es ¿cómo siete casos pueden definir el carácter y la calidad del Tribunal Electoral? Es como juzgar un libro con sólo leer uno de sus párrafos.

Los autores seleccionaron casos que consideraron relevantes a partir de su impacto mediático, pero también por ser aquellos que mejor ilustran sus críticas (aparentemente preconcebidas). Incluso en el caso del Partido de la Revolución Democrática (PRD), en Iztapalapa, dejan de lado su criterio de selección, pues dicho caso no derivó de un procedimiento especial sancionador, ni lo conoció el IFE, pues se trata de un juicio ciudadano.

Debido al sesgo de selección, sus conclusiones no están basadas en los resultados de una investigación objetiva. En la realidad pueden encon-

¹ No es la primera vez que este error metodológico se presenta en una crítica a las instituciones electorales. Véase Ramos Mega (2009, 294).

trarse muchas sentencias que contradicen sus conclusiones, pero los autores decidieron no analizar esos otros casos.

De entrada, para responder a las críticas sobre las posturas partidistas y la falta de atención a los intereses de la ciudadanía por parte del TEPJF, basta con analizar los juicios ciudadanos que el Tribunal ha resuelto desde su instauración en 1996. Tales juicios equivalen aproximadamente al 70% de los asuntos que ha resuelto el Tribunal Electoral desde su creación en 1996 hasta agosto de 2011 y representaron más del 80% de los asuntos resueltos en 2009, año que estudian los autores. En términos generales, estos juicios han marcado una pauta constante de protección de derechos de los ciudadanos. Destacan tres temáticas específicas: cuotas de género, derechos político-electorales de los indígenas y democracia interna de los partidos políticos. Si se analizan las sentencias sobre esos casos, se puede obtener suficiente evidencia para rebatir las críticas de los autores. En la práctica, el Tribunal Electoral ha actuado como garante de los derechos de los ciudadanos y militantes de los partidos políticos. Su interpretación de la Constitución y las leyes en los juicios ciudadanos consistentemente ha seguido el criterio de ampliar la protección de derechos. Los autores no analizan ninguno de estos casos, pero afirman que el TEPJF “no protege los intereses de la ciudadanía”.

En otra parte, el texto también critica la “tendencia a la unanimidad” en la votación de 116 asuntos, en los que sólo se presentaron nueve votos en contra; es decir, parece que en esa selección de casos existió 92% de unanimidad. Los autores asumen que las votaciones unánimes ponen “en tela de juicio la transparencia y la credibilidad institucional, porque pareciese que existió un consenso entre los magistrados antes de exponer los asuntos a la luz pública” (Pérez y Meza 2011, 27-8).

Aquí se pueden identificar varios errores metodológicos. Primero, los autores seleccionan 116 casos arbitrariamente de un total de 3,760 casos resueltos en Sala Superior durante 2009 y nunca justifican sus parámetros de selección. Si se quiere demostrar exactamente el argumento

contrario al de los autores, pueden seleccionarse también varios casos en los que la votación haya sido dividida, incluso al extremo, con cuatro votos frente a tres. Con esa evidencia sesgada podríamos afirmar que las votaciones en el TEPJF tienden a ser divididas.

La observación de las tendencias en otros tribunales podría servir de parámetro para evaluar si el porcentaje de votaciones unánimes en el TEPJF es anormal o no. Los autores no presentan información comparada, sólo lamentan las pocas votaciones en contra. De hecho, si buscamos evidencia sobre las votaciones en otro Tribunal constitucional podremos comprobar que la “anormalidad” identificada por los autores no es tal (con todo y su selección arbitraria de 116 casos). Por ejemplo, las votaciones en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) muestran un porcentaje de unanimidad de 93%. Como identifican Sánchez, Magaloni y Magar (2011, 205), de 295 casos resueltos en el Pleno de la SCJN entre 2007 y 2010, 276 se resolvieron por unanimidad y 19 con algún disenso. A partir de la comparación podemos verificar que no hay anormalidad en el porcentaje de votaciones unánimes, o si se prefiere, las votaciones en los 116 casos del TEPJF son tan anormales como los 295 de la SCJN.

Otro error consiste en asumir que la unanimidad por sí misma genera duda sobre la transparencia de las decisiones en un órgano colegiado, y que eso a su vez genera desconfianza. Sin embargo, no se presenta información que refleje que los ciudadanos ven con desconfianza las votaciones por unanimidad en el Tribunal Electoral o en cualquier órgano colegiado. Los autores apresuran esa afirmación a partir de su propia percepción de la realidad, pero estadísticamente hablando, ellos no son una muestra representativa de los 76 millones² de ciudadanos mexicanos.

Por otro lado, tampoco presentan algún estudio comparado donde puedan observarse las votaciones unánimes en otros tribunales constitucio-

² Lista nominal de electores al 1 de julio de 2011 (IFE 2011).

nales, como en Estados Unidos, España, Italia, Chile o Alemania. En esos países los consensos no necesariamente son mal vistos, sino que incluso pueden fortalecer a las instituciones y darle mayor fuerza a sus resoluciones. Gustavo Zagreblesky (2008, 23-5), por ejemplo, ha compartido su experiencia como magistrado del Tribunal constitucional italiano y destaca que las resoluciones más ampliamente compartidas pueden fortalecer a la institución en lugar de deslegitimarla.

Por último, los autores consideran que es negativo que los magistrados discutan los asuntos en privado antes de someterlos a votación en una sesión pública. Parece que se asume que el modelo de toma de decisiones ideal en un órgano colegiado es el de estudiar cada asunto por separado y luego discutir todos sus puntos abiertamente en una sesión pública. Ese método no sólo es ineficiente, sino irreal. En todos los órganos colegiados sus integrantes pueden dialogar libremente sobre los asuntos y confrontar sus argumentos directamente, antes de someterlos a votación.

Para concluir, a continuación se ofrecen respuestas sobre críticas a dos sentencias particulares del TEPJF. En ambos casos parece que los autores no sustentan sus afirmaciones en una lectura integral de las sentencias. Algunas críticas incluso retoman los mismos argumentos presentados en artículos de opinión publicados en periódicos de circulación nacional.

1. Caso Iztapalapa

En la elección interna del PRD para elegir candidato a jefe delegacional en Iztapalapa, se anuló la votación en 47 casillas de 83 que fueron impugnadas, porque los votos no fueron recibidos por funcionarios autorizados de acuerdo con la normatividad del partido político, pues varios de los integrantes de las mesas directivas de casilla no eran miembros del PRD.

Se argumenta que esta resolución es contradictoria con la emitida durante el proceso interno del PRD para renovar su dirigencia nacional, en la que no se anuló la votación recibida en casillas, a pesar de que se dio el

mismo supuesto (Pérez y Meza 2011, 36). También se critica que el TEPJF haya ejercido la facultad de atracción.

Las críticas a este caso repiten argumentos publicados por Arnaldo Córdova en *La Jornada* en junio de 2009.

Respuestas:

- Primero, este caso no es un procedimiento especial sancionador, resuelto en primera instancia por el IFE. Se trata de un juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano; por tanto, sale del criterio de selección propuesto por los autores. Si bien es un caso relevante sobre partidos políticos, no sigue la lógica del resto de los casos planteados.
- El TEPJF no resolvió con criterios contradictorios. En el caso de la dirigencia nacional se demostró que la mayoría de los funcionarios que fungieron en las mesas de casilla, son quienes fueron debidamente insaculados y designados por la Comisión Técnica Electoral. Además se realizaron algunas sustituciones, porque los ciudadanos originalmente designados no acudieron el día que se realizó la elección, pero la sustitución se hizo de acuerdo con la normatividad interna del PRD.
- Además, se trató de un acto consentido, pues los candidatos no impugnaron la sustitución de funcionarios. Después, el candidato al que no le favorecieron los resultados impugnó la votación recibida en las casillas. El TEPJF hizo un análisis minucioso de cada casilla y decidió anular varias de ellas y dejar otras intactas.
- En el caso de la elección de candidatos para jefe delegacional en Iztapalapa, se demostró que varios integrantes de las mesas directivas de casilla no eran miembros del PRD (no aparecían en el padrón de afiliados y la Comisión de Garantías del PRD no demostró que pertenecían al partido). Además, la candidata que quedó en segundo

lugar en la votación impugnó la integración de las casillas antes de celebrada la elección; sin embargo, el órgano interno del partido no resolvió la impugnación antes de su jornada electoral. Por lo anterior, el TEPJF decidió anular la votación recibida en las 47 casillas en las que la votación no fue recibida por funcionarios autorizados.

- Por último, el ejercicio de la facultad de atracción es una atribución que el TEPJF puede ejercer a partir de la reforma electoral 2007-2008. Esta atribución le permite conocer asuntos que estén en la jurisdicción de las Salas Regionales, cuando se trate de medios de impugnación que por su importancia y trascendencia así lo ameriten o cuando exista solicitud razonada y por escrito de alguna de las partes, fundamentando la importancia y trascendencia del caso. La actora Silvia Oliva Fragoso, precandidata a jefa delegacional por el PRD en Iztapalapa, solicitó a la Sala Superior que ejerciera dicha atribución y conociera del juicio; sin embargo, presentó la solicitud fuera de los plazos legales, por lo que la Sala Superior determinó la atracción de oficio.

2. Caso sopa de letras

Los autores señalan que

el TEPJF afirma que un partido no puede criticar a otro aun cuando los calificativos encuentren apoyo en 'la literatura, la ciencia o la historia'. Esto es francamente risible y celebra el distanciamiento entre los partidos, los tribunales, la ley y el país. En este sentido, ¿cómo sabe el Tribunal Electoral que la propaganda negativa lleva a la gente a votar por el partido que la emite? Se demuestra la ineficiencia en regresar al IFE el asunto (Pérez y Meza 2011, 42).

Los autores retoman críticas publicadas por la reportera Érika Hernández en el periódico *Reforma*, en junio de 2009.

Respuestas:

- El Tribunal no “afirma” que los partidos no puedan criticar a otros. Es el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe) el que, en su artículo 38, establece que los partidos deben abstenerse, “en su propaganda política o electoral, de cualquier expresión que denigre a las instituciones y a los partidos o que calumnie a las personas”.
- En cumplimiento a esta ley, el Instituto Federal Electoral (IFE) resolvió que la propaganda del Partido Acción Nacional (PAN) denigraba al Partido Revolucionario Institucional (PRI). El Tribunal Electoral ratificó esa decisión y agregó que la publicación de la sopa de letras era un acto anticipado de campaña porque estaba llamando a afectar el voto a favor de un partido político.
- Los autores preguntan “¿cómo sabe el Tribunal Electoral que la propaganda negativa lleva a la gente a votar por el partido que la emite?” (Pérez y Meza 2011, 42). Esta pregunta es irrelevante, ya que ni el IFE ni el TEPJF afirman que el PAN se beneficie con la sopa de letras, sino que el PAN perjudica al PRI al emitir esta propaganda, de acuerdo con lo establecido por el Cofipe. La sanción no deriva de que el PAN reciba un beneficio o no, sino de que perjudica ilegalmente al PRI.
- El TEPJF no necesariamente “demuestra ineficiencia” al regresar el asunto al IFE, ya que la potestad sancionadora (la competencia para recibir quejas, admitirlas o rechazarlas, emplazar al procedimiento al denunciado, recibir pruebas, resolver y fijar sanciones) le corresponde al IFE, como autoridad administrativa sancionadora.

Fuentes consultadas

- Córdova, Arnaldo. 2009. "El atropello de la justicia electoral en Iztapalapa". *La Jornada*, 28 de junio, sección Opinión. Disponible en http://www.jornada.unam.mx/archivo_opinion/autor/front/10/19081/y/junio (consultada el 5 de agosto de 2011).
- Hernández, Erika. 2009. "Gobierna Tribunal en las elecciones". *Reforma*, 5 de junio, sección Nacional.
- IFE. Instituto Federal Electoral. Lista nominal de electores. Disponible en http://www.ife.org.mx/portal/site/ifev2/Estadisticas_Lista_Nominal_y_Padron_Electoral/ (consultada el 5 de agosto de 2011).
- King, Gary, Robert O. Keohane y Sidney Verba. 2000. *El diseño de la investigación social. La inferencia científica en los estudios cualitativos*. Madrid: Alianza Editorial.
- Pérez Vázquez, Carlos y Arturo Meza Chávez. 2011. El Tribunal Electoral: una evaluación crítica de su trabajo jurisdiccional. En *Observación de las instituciones electorales en el proceso electoral 2008-2009. Consejo General del IFE y Tribunal Electoral del Poder Judicial*. México: Comité Conciudadano para la Observación Electoral/CCOE-INCIDE Social.
- Ramos Mega, Ernesto. 2009. Los claroscuros en el estudio del derecho electoral en México: crítica a dos capítulos del libro *Nuevos escenarios del derecho electoral: los retos de la reforma de 2007-2008*. En *Justicia Electoral* 4, Vol. 1 (diciembre 2009): 291-9.
- Sánchez, Arianna, Beatriz Magaloni y Eric Magar. 2011. Legalist versus Interpretativist. En Helmke, Gretchen y Julio Ríos Figueroa, eds. *Courts in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press.
- TEPJF. Estadísticas judiciales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con corte al 28 de agosto de 2011. Los datos presentados en el texto no incluyen solicitudes de ejercicio de la fa-

cultad de atracción de la Sala Superior. Disponible en http://www.te.gob.mx/informacion_juridiccional/estadistica/estadisticas.asp (consultada el 24 de agosto de 2011).

Zagrebelsky, Gustavo. 2008. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Trotta.

*Diagnóstico de la Justicia Electoral en las Entidades Federativas**

Diagnosis of Electoral Justice in The Federal States

Luis Eduardo Medina Torres**

El libro *Diagnóstico de la Justicia Electoral en las Entidades Federativas*, coordinado por Héctor Díaz Santana, es un esfuerzo editorial conjunto del Fondo Nacional para el Fortalecimiento y Modernización de la Impartición de Justicia en México (Fondo Jurica), de la Asociación Nacional de Tribunales y Salas Electorales de la República Mexicana, A.C., y de la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia (AMIJ).

Las asociaciones convocantes “...impulsaron el desarrollo de una investigación cuyo propósito principal fue mostrar evidencias válidas obtenidas por medio de metodologías de investigación aplicada y con la participación de la comunidad jurídica nacional...” (Díaz 2011, 9).

En ese sentido, Díaz Santana indica que

...es indispensable poner en evidencia la situación en que se encuentran algunos tribunales del país, sobre todo en temas de conformación normativa y presupuesto; y, es fundamental elaborar un documento analítico que manifieste la relevancia de la justicia electoral... (Díaz 2011, 12).

* Díaz Santana, Héctor, coord. 2011. *Diagnóstico de la Justicia Electoral en las Entidades Federativas*. México: Plaza y Valdés.

** Investigador del Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

El texto tiene dos grandes capítulos: “Desarrollo jurisdiccional, normatividad y nuevos dilemas de la justicia electoral local” y “Legitimidad de la justicia electoral”. En lo que corresponde al primer capítulo, el diagnóstico puso énfasis en la impartición de la justicia electoral local, mientras que el segundo capítulo tiene como eje la importancia de los tribunales locales en el entorno del sistema federal.

El libro contiene 13 secciones, además de la “Declaratoria de San Cristóbal”, las conclusiones y los anexos. Las secciones son:

1. La justicia constitucional electoral en las entidades federativas.
2. La interpretación jurisdiccional en materia electoral.
3. La protección de los derechos político-electorales en las entidades federativas.
4. La viabilidad de la jurisprudencia de los Tribunales y Salas electorales y su obligatoriedad.
5. Planteamientos sobre reformas a los códigos o leyes electorales sustantivos y adjetivos en materia de justicia electoral.
6. El presupuesto de la justicia electoral local.
7. Género y justicia electoral.
8. El federalismo judicial electoral.
9. Desempeño de los órganos jurisdiccionales electorales en las entidades federativas: recursos, impugnaciones y sentencias.
10. Autonomía, independencia y profesionalización de la justicia electoral local.
11. La ejecución al cumplimiento de las sentencias en materia electoral pronunciadas por las autoridades jurisdiccionales locales.
12. Transparencia y justicia electoral.
13. Legitimidad y riesgos de la impartición de justicia frente a los poderes fácticos.

El texto contiene las ponencias de jueces y académicos que participaron en las mesas que coordinó el Fondo Jurica en varios estados del país con el propósito de conocer el estado de la justicia electoral en el ámbito local. Los autores de cada sección, además, incorporan referencias conceptuales para enmarcar las participaciones de los ponentes.

Es pertinente señalar que el planteamiento básico del diagnóstico fue un estudio entre los miembros del foro judicial, quienes manifestaron sus inquietudes y plantearon algunas propuestas de solución en los seminarios que se diseñaron. A continuación se muestran algunos de los planteamientos formulados en las mesas de trabajo.

En el tema relativo a la justicia constitucional en las entidades federativas, se plantea la necesidad de que los tribunales locales tengan facultades para resolver cuestiones de constitucionalidad y no solamente de legalidad (Díaz 2011, 21). Además de la problemática que representan las acciones federales de inconstitucionalidad al ser la única vía para cuestionar la validez de las leyes electorales (Díaz 2011, 24).

Otro elemento a considerar, de acuerdo con el diagnóstico, es

...la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que se establece que en el poder judicial de todos los países debe haber jurisprudencia, no sólo un control de la constitucionalidad, sino también un control de la convencionalidad de las leyes, examinando la compatibilidad de éstas hacia su interior, y con la Convención de Derechos Humanos... (Díaz 2011, 35).

En otra propuesta relativa a la interpretación normativa, una de las ponentes indica la necesidad de que esta función la realicen todos los órganos del Estado, lo que incluye a las autoridades administrativas electorales y no solamente a las jurisdiccionales (Díaz 2011, 45). También plantea el diagnóstico que "...un parámetro relevante es dotar de facultades a los Tri-

bunales Electorales locales para interpretar la Constitución General de la República” (Díaz 2011, 47).

Una propuesta adicional fue establecer “...que la obligatoriedad de la jurisprudencia, en el ámbito de las Entidades Federativas, sólo se actualizará cuando se trate de criterios surgidos con motivo de la interpretación de normas de la misma Entidad Federativa...” (Díaz 2011, 67).

Como puede observarse en las citas precedentes, el libro es un esfuerzo integral que en ciertos temas por su amplitud puede terminar siendo ambiguo, además que tiende a difuminarse el eje anunciado para el primer capítulo: la impartición de justicia por los tribunales locales.

En todo el caso, el diagnóstico es una lectura para conocer el estado de la cuestión relativa a la justicia electoral local, que en los anexos sistematiza información que puede ser provechosa para los estudiosos del tema.

Justicia Electoral es una publicación periódica
del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,
se imprimió en diciembre de 2011
en Litográfica Dorantes S.A. de C.V.
Oriente 241-A núm. 29, Col. Agrícola Oriental
CP 08500, México, DF. Tel. 57 00 35 34.

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.