

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN AL DERECHO ELECTORAL¹

1. Noción de democracia

Delinear una noción de democracia es el punto de partida necesario para el desarrollo de nuestra investigación. Ello sin perder de vista que se trata de una empresa intelectual compleja sobre un universo en constante cambio, ya que estamos ante una expresión de vasta tradición histórica, utilizada en múltiples sentidos con muy variados significados y, por consiguiente, sin un valor científico preciso; caracterizada por una forma y un contenido inacabados que reflejan una dinámica cambiante a lo largo del tiempo, además de pertenecer a comunidades de diálogo múltiples y diversas².

Viana Pereira señala con claridad que desde la matriz griega a las recientes especulaciones sobre los modelos tecnológicos de la votación, la idea de democracia siempre ha sido uno de los temas en boga en el curso humano de comprensión y prescripción de la convivencia política. Portadora de una impresionante dispersión semántica, estuvo constantemente sujeta a acalorados debates académicos, a utopías revolucionarias y a sobresaltos conceptuales³.

Consecuentemente y sólo a los fines del objeto de nuestra indagación, ensayemos una aproximación teórica desde un enfoque estrictamente jurídico a efectos de poder encuadrar adecuadamente la relación existente entre democracia, elecciones y función electoral. Ello sin dejar de lado que, en palabras de Bidart Campos *“la democracia es la forma política que organiza al estado con respeto de la dignidad del hombre, de su libertad y de sus derechos”*⁴.

En la actualidad y desde la perspectiva señalada, la noción formal de democracia corresponde, poco más o menos, a la idea de un sistema de ejercicio del poder en el cual las decisiones relativas al gobierno de la sociedad son adoptadas, en mayor o menor medida y en forma directa o indirecta, por la voluntad popular, es decir, por la deliberación soberana de aquellos que integran o conforman el cuerpo de personas habilitadas por ley para participar en dichos procesos decisionales en pie de igualdad⁵.

¹ El contenido del presente Capítulo corresponde a nuestra tesis doctoral titulada *Proceso Electoral: ¿Jurisdicción o Administración? Su régimen jurídico en Argentina* (inédita), Córdoba, 2019.

² Marquardt no duda en calificar a la democracia como un concepto o elemento sumamente ideologizado y mitologizado (Cfr. Marquardt, Bernd; *Historia Universal del Estado*, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá, 2009, t. 3 *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial [1776-2008]*, p. 148).

³ Cfr. Viana Pereira, Rodolfo; *Tutela coletiva no Direito Eleitoral*, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008, p. 1. Traducción libre de: *“Desde a matriz grega até as recentes especulações sobre os modelos tecnológicos do voto, a idéia de Democracia sempre foi um dos temas mais em voga no curso humano de compreensão e prescrição da convivência política. Portadora de uma impressionante dispersão semântica, esteve constantemente sujeita a acirrados debates acadêmicos, a utopias revolucionárias, a sobresaltos conceituais”*.

⁴ Bidart Campos, Germán J.; *Legitimidad de los procesos electorales*, IIDH-CAPEL, Costa Rica, 1986, p. 89.

⁵ Cfr. Kelsen, Hans; *Teoría General del Derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, México, 1949; *Esencia y valor de la Democracia*, Comares, Granada, 2002; Schmitt, Carl; *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 2011; Duverger, Maurice; *Los partidos políticos*, 1.º ed. en español, 13.º reimpresión, Fondo de Cultura Económica (FCE), México, 1992; Ferrajoli, Luigi; *Principia iuris*, Trotta, Madrid, 2011.

De esta forma se garantiza también la libertad individual, puesto que el individuo es políticamente libre cuando se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa. En palabras de Kelsen, la democracia significa que la voluntad representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos⁶.

Largo es el camino recorrido por la democracia, reconociendo y acumulando significativas variaciones a lo largo del tiempo, lo que permite hablar de diferentes estilos o modelos de democracia. Tratándose de una cuestión que permite múltiples enfoques y perspectivas, hemos de circunscribir su análisis sólo a aquellos aspectos que por su relevancia jurídica e institucional, devienen necesarios a los fines de avanzar en el abordaje de nuestro objeto de estudio.

Comenzaremos por la *democracia clásica* u *occidental*, que en definitiva consiste en el reconocimiento formal e institucionalizado de que la autoridad de los gobernantes deriva del derecho del pueblo a regirse por sí mismo en base a una regla mayoritaria fundada en el principio ‘una persona, un voto’⁷. En palabras de Maritain, la autoridad derivada del pueblo asciende desde la base a la cima del cuerpo político de una sociedad organizada como Estado; y el poder es ejercido por aquellos en los que periódicamente es depositado, dentro de límites formales y temporales, y cuya fiscalización también compete a la voluntad popular a través de diferentes institutos y procedimientos⁸.

Para Biscaretti di Ruffia, el Estado de democracia clásica u occidental se basa en el principio fundamental del autogobierno, pretendiendo resolver, mediante la mayor identificación posible entre gobernantes y gobernados, el problema esencial de la convivencia humana consistente en conciliar la libertad de cada uno con la libertad de todos. Sin embargo, dada la extensión y amplitud de los Estados contemporáneos, las funciones gubernativas no pueden ser asumidas directamente por los ciudadanos (democracia directa), salvo en limitados casos (referéndum, iniciativa popular); lo que impone conferir las a individuos designados mediante procedimientos electorales durante determinados períodos de mandato, sometidos a controles continuados (democracia representativa). Y dado que es muy difícil, cuando no imposible, alcanzar la unanimidad en las decisiones entre los hombres, se ha adoptado, por necesidad, la regla de la mayoría fundada en el principio ‘un hombre, un voto’, moderándolo con una amplia tutela de los derechos de las minorías, organizadas en múltiples partidos políticos⁹.

Así arribamos a la *democracia representativa*, mediante la adopción del sufragio universal y la consecuente aparición de los partidos políticos. Esto la ha convertido en un régimen de partidos, en

En palabras de Pérez Royo la denominaríamos como Estado democrático, es decir aquel que arranca de la soberanía popular (Cfr. Pérez Royo, Javier; *Curso de Derecho Constitucional*, 14.º ed., Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 97). Y en términos de Hamilton, que el pueblo debe poder elegir a quien quiera o a quien se le plazca para su gobierno (Elliot, Jonathan; *Debates on the Federal Constitution*, ed. 1876, p. 257), cita de la Corte de los Estados Unidos de América en la causa “Powell v. Mc Cormack” 395 U.S. 541-547).

⁶ Cfr. Kelsen, Hans; *Teoría General del Derecho y del Estado*, ob. cit., p. 298.

⁷ Doctrina elaborada en 1964 por el *justice* Black en “Wesberry v. Sanders” (376 U.S. 1), y expuesta con mayor claridad en el mismo año por el *Chief Justice* Warren en “Reynolds v. Sims (377 U.S. 533); cfr. Bianchi, Alberto B.; *Historia constitucional de los Estados Unidos*, Cathedra Jurídica, CABA, 2008, t. II, pp. 305 y ss.

⁸ Cfr. Maritain, Jacques; *El Hombre y el Estado*, Kraft, 2.º ed., Bs. As., 1952, pp. 154/156.

⁹ Cfr. Biscaretti di Ruffia, Paolo; *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973 (1965), pp. 227/228.

donde la elección de los representantes por parte del electorado se ve reducida a la elección de los candidatos seleccionados por los partidos, por lo que proveer la dirigencia es la función política esencial de los partidos, transformando así a los comicios en elecciones indirectas¹⁰. En tales condiciones, Fayt entiende que sería más exacto hablar de partidocracia, aunque no deja de reconocer que aun así las elecciones siguen siendo una técnica apropiada para la limitación del poder, y por ello, como procedimiento de limitación, debiera complementarse con métodos de participación del cuerpo electoral en el poder gubernamental¹¹.

Ambas tipologías democráticas, la clásica u occidental y la representativa, integran lo que importante doctrina identifica como *democracia mayoritaria*, asentada en el ideal del autogobierno y privilegiando cómo se toman las decisiones, es decir, el procedimiento. En ellas, las decisiones sobre todas las cuestiones son adoptadas mediante una regla de mayorías por el órgano legislativo de base electoral¹².

En este proceso evolutivo de la democracia, resulta vital el rol asignado a las constituciones, las que aparecieron de manera conjunta con la democracia representativa, cumpliendo una doble y recíproca función consistente en la formalización de los derechos y garantías individuales e institucionales, y a la vez organizando las estructuras formales y la asignación de competencias para el ejercicio del poder como forma de control interorgánica por parte de los representantes¹³.

Desde la perspectiva de Ferrajoli, el constitucionalismo modifica la estructura de las democracias en tanto que incluso el supremo poder legislativo queda jurídicamente disciplinado y limitado no sólo respecto de las formas —predispuestas como garantía de la afirmación de la voluntad de la mayoría— sino también en lo atinente a la sustancia de su ejercicio por encontrarse obligado al respeto del principio de igualdad y de los derechos fundamentales. En ausencia de tales límites, si bien es posible hablar de democracia en sentido puramente político o formal, no es posible hacerlo a propósito de esta forma compleja y hoy generalizada en todos los países avanzados que es la *democracia constitucional*¹⁴.

De esta manera el constituyente, en tanto representante de la primera manifestación de la voluntad popular originaria con función legislativa, deja plasmados los principios y acuerdos sociales fundacionales que le dan origen legal, sustento y legitimidad política al Estado, de modo tal que los

¹⁰ Cfr. Duverger, Maurice; *Los partidos políticos*, ob. cit., p. 378; Fayt, Carlos S.; *Sufragio, Representación y Telepolítica*, 2.º ed., La Ley, Bs. As., 2008, pp. 33/35.

No obstante ello, autores como Urbinati afirman que la democracia representativa no puede ser operativa sin partidos, aunque los partidos cambien de forma y de vocación (Urbinati, Nadia; *Democrazia in diretta. Le nuove sfide alla rappresentanza*, Feltrinelli, Milano, 2013. *Democracia en directo. Nuevos retos de la Democracia*, Capítulos VI y VII traducidos por Javier Aristu, “Estos papeles en campo abierto”, Sevilla, Octubre, 2014).

¹¹ Cfr. Fayt, Carlos S.; *Sufragio, Representación y Telepolítica*, ob. cit., pp. 33/35.

¹² Cfr. Orunesu, Claudina; *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Marcial Pons, Bs. As., 2012, pp. 157/159 y 176. Señala la autora, que también se denomina a esta modalidad como *democracia monista* (Ackerman, B., 1991: *We the People*, Cambridge [Mass.]: Harvard University Press, pp. 7/10) o *modelo Westminster* (Liphart, A.; 1984: *Democracies*, New Haven: Yale University Press, p. 16).

¹³ Cfr. Lowenstein, Karl; *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1965, p. 327; Ferrajoli, Luigi; *Principia iuris*, ob. cit., t. 2, pp. 10/11 y sus notas.

¹⁴ Cfr. Ferrajoli, Luigi; *Principia iuris*, ob. cit., t. 2, pp. 10/11. No ignoramos, sin embargo, las críticas que Atria formula respecto de la visión de Ferrajoli, aunque reconocemos que dicho debate de esta comunidad de diálogo excede por mucho el objeto de nuestra tesis (Cfr. Atria, Fernando; *La forma del Derecho*, Marcial Pons, Bs. As., 2016, pp. 184/187 y cc).

futuros gobernantes elegidos por mayorías cambiantes, no puedan afectar discrecionalmente los contenidos constitucionalizados¹⁵.

En la *democracia constitucional*, el ideal de autogobierno está asumido sujetando su ejercicio a los límites impuestos por las constituciones, de modo tal que no sólo es relevante el cómo se adopta una decisión, es decir el procedimiento utilizado, sino también el contenido de la decisión, por lo que para justificarla, además de observar el procedimiento que fija la regla de la mayoría, también deberá acreditar la no violación de ciertos contenidos sustantivos consagrados en el texto constitucional¹⁶.

Este vínculo entre democracia y constitución fue visionariamente señalado en 1788, cuando Publio sostuvo que:

El fin de toda constitución política es, o debería ser, primeramente, conseguir como gobernantes a los hombres que posean mayor sabiduría para discernir y más virtud para procurar el bien público; y en segundo lugar, tomar las precauciones más eficaces para mantener esa virtud mientras dure su misión oficial. La elección de los gobernantes constituye el sistema característico del gobierno republicano. Los medios que esta clase de gobierno confía para evitar la degeneración de aquéllos son numerosos y variados. El más eficaz consiste en limitar los períodos para los cuales se les designa, en tal forma que sean debidamente responsables ante el pueblo¹⁷.

Por eso entendemos que la democracia resulta incompatible con cualquier tipo de gobierno de tinte absolutista, puesto que no es sólo el gobierno del pueblo expresado a través de mayorías entre iguales, sino el gobierno del pueblo asumido como sociedad de personas titulares de derechos inalienables, que se manifiesta por la mayoría entre iguales¹⁸ dentro de los límites que importan tales derechos, las instituciones vigentes y el respeto de las minorías, asumiendo el compromiso de no alterar tal convivencia con normas que conviertan en inferiores a un grupo y en superiores a los demás¹⁹.

¹⁵ Cfr. Rossetti, Alfredo C.; *El problema de la democracia*, 3.º ed., Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1983, p. 283; Orunesu, Claudina; *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, ob. cit., p. 158, autora que destaca que a esta modalidad se la identifica también como *democracia dualista* (Ackerman, B., 1991: *We the People*, ob. cit., pp. 6/7).

En igual sentido, Calamandrei, Piero; “*Costituyente e questione sociale*” en *Íd.*; *Scritti e discorsi politici*, ed. de N. Bobbio, La Nuova Italia, Firenze, 1966, vol. I, t. I, p. 146; Stuart Mill, John; *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1979, pp. 58/59; ambos citados por Ferrajoli, Luigi; *Principia iuris*, ob. cit., t. 2, p. 110, nota 9 y pp. 112/113, nota 14.

¹⁶ Cfr. Orunesu, Claudina; *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, ob. cit., p. 176,

¹⁷ Hamilton, A.; Madison, J. y Jay, J.; *El federalista*, 1.º ed., 7º reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 242 y ss.

¹⁸ Cfr. Dahl, Robert; *La democracia y sus críticos*, 2.º ed., Paidós, Bs. As., 1993, p. 135; *La democracia*, Taurus, Bs. As., 1999, p. 47.

¹⁹ Cfr. Schmitt, Carl; *Teoría de la Constitución*, ob. cit., p. 303/304. Este autor habla de homogeneidad del pueblo, en donde la democracia es identidad entre dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados, de los que mandan y los que obedecen, afirmando que “*la fuerza o autoridad de los que dominan o gobiernan no ha de apoyarse en cualesquiera altas cualidades inaccesibles al pueblo, sino sólo en la voluntad, el mandato y la confianza de los que han de ser dominados o gobernados, que de esta manera se gobiernan en realidad a sí mismos*”.

En sentido similar, Borea Odría, Alberto; locución “Democracia”, en *Diccionario Electoral*, 2.º ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL), San José, Costa Rica, 2000, t. I, p. 350.

No obstante ello, como bien lo destaca Ferrajoli, “*La idea elemental que está en la base de [la] concepción exclusiva e incondicionalmente política de la democracia, denominada «modelo Westminster», es que ni siquiera la estipulación de las constituciones deba escapar al principio de autoridad expresado por las reglas procedimentales de la mayoría*” (Ferrajoli, Luigi; *Principia iuris*, ob. cit., t. 2, p. 107, nota 1).

Empero lo señalado -y aun siendo conscientes que esta noción se circunscribe a una caracterización sólo formal de democracia- la entendemos simplemente como un conjunto de convenciones y procedimientos idóneos para avalar que las decisiones producidas deben ser consideradas la expresión directa o indirecta de la voluntad popular. Esto significa que la identificamos por el *quién* (el pueblo o sus representantes) y el *cómo* (la regla de la mayoría) de las decisiones, independientemente del *qué* ha decidido, es decir, de sus contenidos²⁰.

Sin embargo, para nuestro objeto de estudio resulta adecuada y suficiente tal conceptualización, puesto que dicha dimensión formal de la democracia expresa un rasgo necesario, en tanto conforma una *conditio sine qua non* en ausencia de la cual, definitivamente, es imposible hablar de democracia²¹.

Especialmente si partimos de la diferenciación entre legitimidad y confianza que efectúa Rosanvallón, sosteniendo que la legitimidad reviste la condición de una cualidad jurídica, estrictamente procedimental, producida de modo perfecto y absoluto por la elección²². En tanto que la confianza es mucho más compleja por constituir una institución invisible destinada a producir una ampliación de la calidad de la legitimidad, una continuidad en el tiempo de esa legitimidad ampliada, y, finalmente, un economizador institucional que permite evitar un conjunto de mecanismos de verificación y prueba²³.

Desde tal perspectiva, el rol que le cabe al procedimiento electoral radica en justificar su obligatoriedad y legitimidad, y no en el hecho de que sean o no correctas las decisiones adoptadas a través del mismo. Esto es lo que conduce a Estlund a sostener que el aspecto central por el cual el procedimiento adquiere tanta importancia es por su valor epistémico, denominando a esta estructura teórica como la tesis del procedimentalismo epistémico. Por ello es que para este autor la democracia,

²⁰ Cfr. Ferrajoli, Luigi; *Principia iuris*, ob. cit., t. 2, p. 9. El autor señala la insuficiencia de esta caracterización para alcanzar una adecuada definición de democracia, destacando que para ello es necesario integrarla con la indicación de algún vínculo de carácter sustancial o de contenido, los cuales, a su criterio, están dados por las dimensiones (formal y sustancial), las formas (civil y política), los contenidos (liberales y sociales) y los niveles (estatales, supraestatales e infraestatales) en los que se articula, conforme la estipulación normativa de los respectivos Derechos, el paradigma de democracia constitucional (*ibidem*, pp. 9/10).

Mora Molina afirma que la “*evaluación de un sistema democrático puede ser afrontada como proceso, contenido y resultado. En primer lugar, una democracia debe ser el resultado de un proceso plenamente controlado y llevado a cabo con métodos reproducibles y de gran precisión; en segundo, una democracia debe incorporar una arquitectura formal, un Derecho material y unos procedimientos ágiles, eficaces y flexibles; y por último, en un régimen democrático la ciudadanía debe ver, en un amplio grado, satisfechas las expectativas de gobierno, además de poner a su disposición las herramientas necesarias para exigir rendición de cuentas (accountability) a todos los responsables públicos en el marco del Estado de Derecho*”, introduciendo así un factor esencial de la calidad democrática: la rendición de cuentas o *accountability* (Mora Molina, Juan Jesús; *Calidad y democracia*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 25, con cita de Diamond, L. y Morlino, L.; *The Quality of democracy*, An Overview, *Journal of democracy*, 14, p. 21).

²¹ Es el mismo Ferrajoli quien le reconoce y adjudica tal valoración a la dimensión formal de la noción de democracia (Ferrajoli, Luigi; *Principia iuris*, ob. cit., t. 2, p. 10).

²² En similar sentido, CNE F. 359/87; 712/89; 3181/03; 3352/04 y 3605/05, por citar sólo algunos.

²³ Rosanvallón, Pierre; *La contrademocracia*, Manantial, Bs. As., 2007, p. 23, con cita de Arrow, Kenneth; *The Limits of Organization*, Nueva York, Norton, 1974, p. 26. Señala Rosanvallón que la disociación entre legitimidad y confianza genera, entre otras reacciones, la multiplicación de propuestas y experiencias que procuran reforzar las condiciones de la legitimidad procedimental. Pero paralelamente nos advierte que “*también se ha formado todo un entrecruzamiento de prácticas, de puestas a prueba, de contrapoderes sociales informales y también de instituciones*, destinados a compensar la erosión de la confianza mediante una organización de la desconfianza” (p. 24).

Con otro punto de vista es interesante leer también a Galli, Carlo; *El malestar de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 2013.

en términos epistémicos, es el mejor procedimiento entre todos aquellos generalmente aceptables para una teoría de la legitimidad política²⁴.

²⁴ Estlund, David; *La autoridad democrática*, Siglo XXI, Bs. As., 2011, p. 33. Agrega este autor que “[d]e acuerdo con el procedimentalismo epistémico, la ley es legítima y obligatoria, aunque sea injusta, y esto se debe en parte al hecho de que el procedimiento está investido de un valor epistémico públicamente reconocible”.