

Justicia Electoral

Revista del Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación

Sección Doctrinal

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

*José Alejandro Luna Ramos
Felipe de la Mata Pizaña*

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

María Macarita Elizondo Gasperín

Sección Entrevista

**Conversando con
Alan Knight**

Enrique Ochoa Reza



TRIBUNAL ELECTORAL
del Poder Judicial de la Federación

JE

*Justicia
Electoral*

Revista del Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación

Cuarta Época, vol. 1, núm. 6, 2010

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

ISSN en trámite

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

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

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

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

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

Impreso en México.

Directorio Sala Superior

Magda. María del Carmen Alanís Figueroa
Presidenta

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

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

Mtro. Diego Gutiérrez Morales
Secretario Administrativo

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

Lic. Gabriel Mendoza Elvira
Coordinador de Jurisprudencia y Estadística Judicial

Lic. Héctor Dávalos Martínez
Coordinador de Relaciones con Organismos Electorales

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

Lic. Octavio Mayén Mena
Coordinador de Comunicación Social

Lic. Yairsinio David García Ortiz
Coordinador de Asuntos Jurídicos

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

Octavio Alejo Nava
Coordinador Técnico Administrativo

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

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

C.P. Álvaro Raúl Lozada Cortés
Coordinador Financiero

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

Lic. Rodrigo Esparza Cristerna
Coordinador de Protección Institucional

Lic. Gustavo Everardo Varela Ruíz
Contralor Interno

Comité Académico y Editorial

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

Secretarios Técnicos

Dr. Enrique Ochoa Reza
Lic. Octavio Mayén Mena

Contenido

Presentación	11
--------------------	----

Sección Doctrinal

La protección de los derechos electorales
en el derecho electoral español

The protection to the Electoral Rights in the Spanish Electoral Law

José Alejandro Luna Ramos

Felipe de la Mata Pizaña 17

La sentencia como palabra e instrumento
de la comunicación

The sentence as Word and instrument to the communication

Salvador O. Nava Gomar 45

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

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

Pedro Esteban Penagos López 77

Dueling banjos entre la Suprema Corte y el Tribunal Electoral

*Dueling banjos between Supreme Court
and Electoral High Court*

María Macarita Elizondo Gasperín 87

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

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

Daniel Zovatto 115

El *amicus curiae* como herramienta
de la democracia deliberativa

The amicus curiae as a tool of deliberative democracy

Jorge Mena Vázquez 173

El voto a distancia en España

Distance ballot in Spain

Luis A. Gálvez Muñoz 197

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

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

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

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

Sección Entrevista

Entrevista a Alan Knight	
Enrique Ochoa Reza	487

Sección Documental

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

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

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

Sección Bibliográfica

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

Ernesto Ramos Mega621

Robespierre, Virtue and Terror

Antonio Márquez Aguilar627

Los límites del Poder Judicial

José Luis Enríquez Chiñas.....637

Presentación

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sección
Doctrinal

La protección de los derechos electorales en el derecho electoral español

The protection to the Electoral Rights in the Spanish Electoral Law

José Alejandro Luna Ramos*

Felipe de la Mata Pizaña**

RESUMEN

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

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

ABSTRACT

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

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

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

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

Introducción

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

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

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

Breve descripción del sistema electoral español

Naturaleza de los derechos políticos en España

(véase Núñez Rivero 2002, 21)

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

Artículo 23

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

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

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

Bases generales del sistema político-electoral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Reglas fundamentales del sistema electoral español

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las fases del procedimiento electoral en España son:

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

Autoridades electorales generales

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

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

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

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

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

Las características generales de la administración electoral son las siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰ *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

En la resolución de tales procedimientos aplican los principios:

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

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

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

Recurso contencioso electoral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Recurso de Amparo Constitucional Electoral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusiones

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

Fuentes consultadas

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

Legislación Española

Constitución Española

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

Ley Orgánica de Partidos Políticos

Ley Orgánica del Régimen Electoral General

Ley Orgánica sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum

Ley Orgánica reguladora de la iniciativa popular

Ley Orgánica sobre Financiación de los Partidos Políticos

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

Ley Orgánica de publicidad electoral en emisoras municipales de radiodifusión sonora

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

Ley Orgánica reguladora del Derecho de Petición

Sentencias del Tribunal Constitucional Español

STC 79/1989

STC 167/1989

STC 24/1990

STC 26/1990

STC 149/2000

STC 149/2000

La sentencia como palabra e instrumento de la comunicación*

The sentence as Word and instrument to the communication

Salvador O. Nava Gomar**

RESUMEN

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

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

PALABRAS CLAVE: sentencia, lenguaje jurídico, comunicación.

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

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

ABSTRACT

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

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

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

Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Diversas posturas de identificación de la sentencia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sentencia como palabra y lenguaje

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸ Citado por Mendizábal (2007, 11).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Requisitos de la sentencia

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

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

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

Requisitos de forma o externos

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

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

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

Requisitos de fondo o internos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sentencia: justicia y estética

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Carácter didáctico, orientador o pedagógico de la sentencia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Flujogramas como opción gráfica de comunicación judicial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

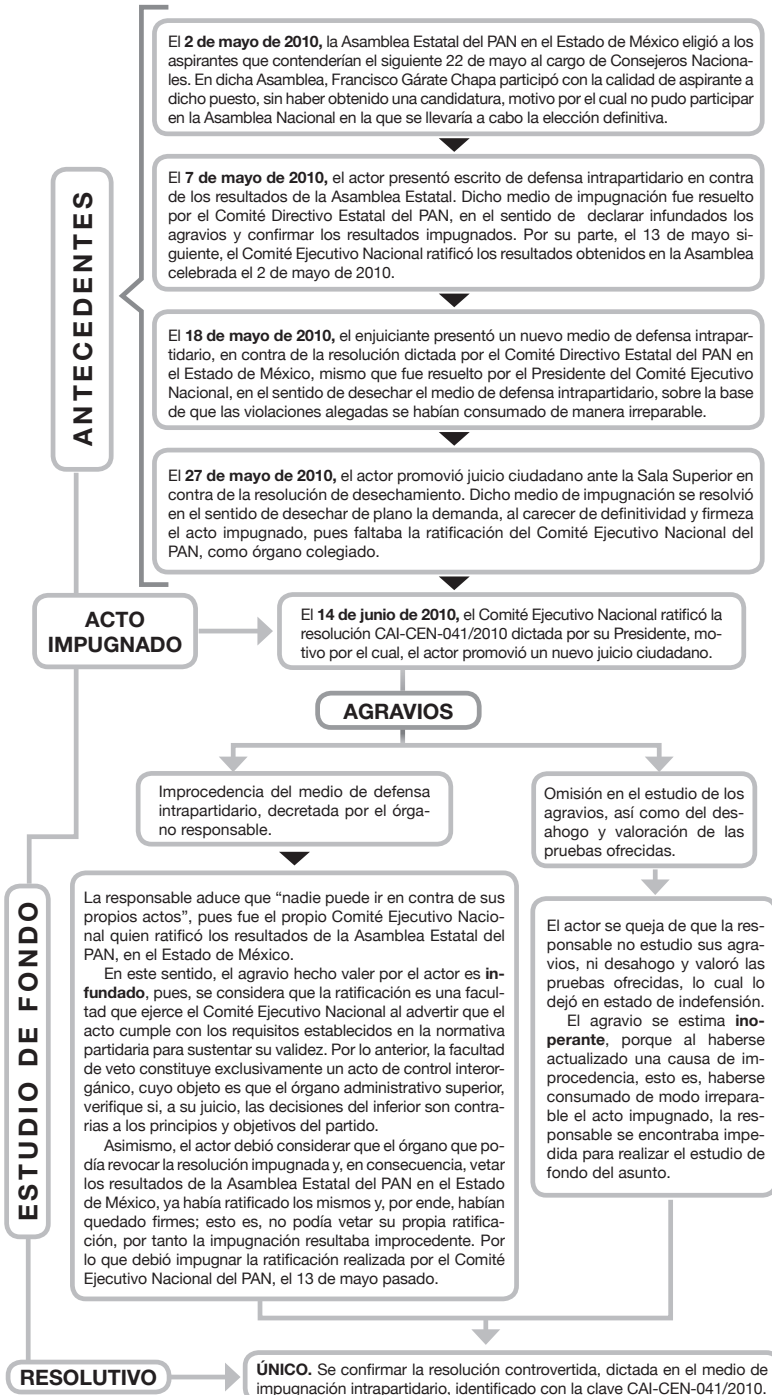
La necesidad de establecer un nuevo modelo de comunicación judicial está justificada si se atiende al número de asuntos que han ingresado a las seis Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que se eleva a 33,221 según la estadística que fue consultada el 23 de agosto de 2010.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

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

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

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

FLUJOGRAMA



Fuentes consultadas

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

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

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

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

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

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

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

Pedro Esteban Penagos López*

RESUMEN

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

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

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

ABSTRACT

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

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

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

*

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

Jueces del Estado democrático y jueces del Estado legal de derecho

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los derechos fundamentales previstos en los tratados internacionales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dicho precepto dice:

39. Interpretando la Declaración de Derechos Individuales

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

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

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

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

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

La maximización de los derechos fundamentales

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

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

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

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

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

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

Conclusión

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

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

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

Fuentes consultadas

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

Dueling banjos entre la Suprema Corte y el Tribunal Electoral*

*Dueling banjos between
Supreme Court and Electoral High Court*

María Macarita Elizondo Gasperín**

RESUMEN

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

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

ABSTRACT

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

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

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

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

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

Introducción

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

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

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

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

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

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

Problemas de aplicación de las reformas de 1996 y 2007

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)

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

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

(...)

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

(...)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Modalidades de la justicia constitucional y electoral en las entidades federativas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

[...]

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

¿Podría proyectarse el caso Nayarit al ámbito federal?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Fuentes consultadas

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

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

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

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

Daniel Zovatto*

RESUMEN

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

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

ABSTRACT

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

* Director Regional para América Latina, IDEA International.

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

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

Introducción

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

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

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

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

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

La reforma político electoral: necesidad y principales áreas de reforma

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y agrega:

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

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

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

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

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

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

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

Reforma del Sistema Electoral

A. Concepto y debate en torno a los sistemas electorales

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

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

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

Algunos autores han llegado a definir al sistema electoral como:

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

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

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

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

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

Sistema de elección presidencial

Mayoría simple

Mayoría absoluta con dos vueltas

Segunda vuelta con umbral reducido (o mayoría relativa calificada)

Sistema de elección legislativa

Representación proporcional

Mayoría simple

Sistema segmentado

Sistema binominal

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

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

B. Visión comparada latinoamericana: situación actual y tendencias

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B.2. Reelección presidencial

(tendencia claramente favorable a la reelección)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Los mediocres segundos gobiernos de:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B.5. Sistema electoral para los representantes del Congreso

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

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

B.5.1. Sistema electoral para la Cámara Baja

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B.5.2. Reelección legislativa

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

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

Reformas a los partidos políticos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Democracia interna

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Financiamiento de los partidos políticos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Candidaturas independientes

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mecanismos de democracia directa y semidirecta

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

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

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

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

A. Incremento de su regulación

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

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

B. Utilización creciente

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Reflexiones finales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Necesidad de adoptar un enfoque estratégico

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

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

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

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

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

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

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

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

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

C. Criterios orientadores del proceso reformador

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

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

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

2. La dirección del proceso de reformas

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

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

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

4. La progresión de las reformas

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

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

5. La simultaneidad de medidas complementarias

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

D. Evitar reformar mirando únicamente la coyuntura

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

F. El valor de la cultura política

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

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

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

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

G. Balance

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

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

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

Fuentes consultadas

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

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

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

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

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

El *amicus curiae* como herramienta de la democracia deliberativa

The amicus curiae as a tool of deliberative democracy

Jorge Mena Vázquez*
a Eugenio Hurtado Márquez

RESUMEN

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

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

ABSTRACT

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

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

* Investigador del Centro de Capacitación Judicial Electoral.

Introducción

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

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

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

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

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

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

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

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

Concepto y breve evolución histórica

Concepto

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

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

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

Breve evolución histórica

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

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

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

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

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

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

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

El amicus curiae en el derecho comparado

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

Estados Unidos de América

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Argentina

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

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

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

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

Corte Interamericana de Derechos Humanos

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

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

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

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

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

Corolario

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

El amicus curiae en México

Uso de la figura por el gobierno mexicano en tribunales internacionales

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

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

En la Suprema Corte de Justicia de la Nación

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

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

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

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

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

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

Análisis de las ventajas y desventajas del amicus curiae

Argumentos a favor

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

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

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

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

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

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

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

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

Argumentos en contra

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

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

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

Conclusiones

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

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

No obstante, se debe evitar abusar de ella, incluso es necesario poner varios límites para que el *amicus curiae* sea eficaz en su funcionamiento.

Fuentes consultadas

- Amnistía Internacional (junio 2 de 2005), *Amicus curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ronald Ernesto Raxcacó Reyes. <http://www.amnesty.org/es/library/asset/IOR62/003/2005/es/23856117-d4dc-11dd-8a23-d58a49c0d652/ior620032005es.pdf> (consultada el 7 de agosto de 2009).
- Angell, Ernest. 1963. "The amicus curiae From Friendship to Advocacy". *Yale Law Journal* 72: 694-721.
- . 1967. "The amicus curiae American Development of English Institutions". *The International & Comparative Law Quarterly*, volumen 16, tema 04 (octubre): 1017-44.
- Bage Sorenson, Nancy. 1999. "Comment: The Ethical Implications of Amicus Briefs: A Proposal for reforming rules of the texas rules of Appellate Procedure". *Mary's Law Journal*: 1219-58.
- Baratta, Roberto. 2002. "La legittimazione dell' amicus curiae dinanzi agli organi giudiziali della Organizzazioni Mondiale del Commercio". *Rivista di diritto internazionale*, volumen LXXXV, fasc. 3: 549-72.
- Barrett Gerald V. y Morris Scott B. 1993. "The American Psychological Association's Amicus Curiae Brief in Price Waterhouse v. Hopkins: The Values of Science versus the Values of the Law". *Law and Human Behavior* (abril): 201-15.

- Bazán, Víctor. 2004. *Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, primer tomo, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20041/pr/pr11.pdf> (consultada el 19 de enero de 2010).
- . 2005a. “El *amicus curiae* en clave de Derecho Comparado y su reciente impulso en el Derecho argentino”. *Cuestiones constitucionales* (enero-junio): 29-71.
- . 2005b. “La reglamentación de la figura del *amicus curiae* por la Corte Suprema de Justicia de Argentina”. *Revista iberoamericana de Derecho Procesal* (enero-junio): 3-24.
- Benson, Joseph Fred. 1984. “The Court Needs its Friends”. *ABA Journal* (agosto): 16.
- Bianchi, Paolo. 1995. “Un’ amicizia interessata. L’ *amicus curiae* davanti alla Corte Suprema degli Stati Uniti”. *Giurisprudenza Costituzionale* (noviembre-diciembre): 4751-69.
- Black’s Law Dictionary*. 1991. voz “*amicus curiae*”, sexta edición: 82.
- Bradley, Robert C. y Paul Gardner. 1985. “Underdogs: Upperdogs and the use of the Amicus Brief Trends and Explanations” 10 *Justice sys J*-78, 90-91.
- Caballero Juárez, José Antonio, Sergio López Ayllón y Alfonso Oñate Laborde, relatores. 2006. *Libro blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*. México: Coord. Dirección General de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, <http://www.scjn.gob.mx/RecJur/ReformaJudicial/LibroBlancoReformaJudicial/Paginas/TextoLibroBlanco.aspx>
- CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2009a. <http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm> (consultada el 25 de enero de 2010).

- . Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Presidencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, abril 17 de 2009b, http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/OC_21/presi_oc20.pdf
- Collins, Paul M., JR. 2004. "Friends of the Court: Examining the influence of amicus curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation". *Law and society* 4, vol. 38 (diciembre): 807-32.
- Comisión Internacional de Juristas. 2009. Memorial en derecho presentado por la Comisión Internacional de Juristas ante la honorable primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación en el procedimiento facultad de atracción 10/2009, <http://www.nomas-abusos.org/pdfs/Amicus%20curiae%20Comision%20Internacional%20de%20Juristas.pdf>
- Concha, Miguel. 2010. El "*amicus curiae*", <http://www.derechoshumanos.org.mx/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=58>
- Connor, Karen O. y Lee Epstein. 1983. "Court Rules and Workload. A Case Study of Rules Governing amicus curiae Participation", 8 Just. Sys-J. 35-39.
- Copi, Irving y Carl Cohen. 2002. *Introducción a la lógica*, 8ª ed. México: Limusa.
- Costa Da Silva, Paulo Maycon. 2008. "Do amicus curiae ao método da sociedade aberta dos interpretes". *Revista CEJ* (octubre-diciembre): 22-30.
- Cueto Rúa, Julio C. 1988. "Acerca del '*amicus curiae*'", *La Ley*: 721-4.
- Dumberry, Patrick. 2002. "The Nafta investment dispute settlement mechanism and the admissibility of *amicus curiae* briefs by ngos". *Revista estudios sociojurídicos* (marzo): 58-79.
- Dworkin, Ronald *et al.* 1999. "Brief of Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon, and Judith Jarvis Thomson as Amici Curiae in Support of Respondents", *Nat'l Legal Center for Medically Dependent & Disabled, Inc., Issues in Law & Medicine* (otoño): 165-9.

- Ennis, Bruce J. 1984. "Effective Amicus Briefs". *Catholic University Law Review* (primavera): 603-9.
- ESMA. Escuela Superior de Mecánica de la Armada. 1995. "Memorial en derecho amicus curiae presentado por Human Rights Watch/Americas (HRW/Americas) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional al (CEJIL) a al excma. cámara federal en lo criminal y correccional de la capital federal (Argentina) en el asunto Mignone, Emilio F.A. / Presentación en causa nro. 761. Hechos denunciados como ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada (ESMA)". *Revista IIDH* (enero-junio): 149-71.
- Federal Rules of Appellate Procedure*, FRAP. 2007. <http://www.uscourts.gov/rules/appel2007.pdf> (consultada el 10 de enero de 2010).
- Fix-Zamudio, Héctor. 1982. La función constitucional del Ministerio Público. En *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, coord. José Ovalle Fabela, 79-127. México: UNAM.
- Fogan, Laura y Zedford D. Dancey. Writing Persuasive Briefs and Recruiting Amicus Support, <http://www.wileyrein.com/resources/documents/pu612.pdf> (consultada el 24 de enero de 2010).
- Fontana Pedrollo, Gustavo y Leticia de Campos Velho Marte. 2005. "Amicus curiae, Elemento de Participação Política nas decisões judiciais-constitucionais". *Ajuris* (septiembre): 161-79.
- Foster, Caroline E. 2005. "Social science experts and amicus curiae briefs in international courts and tribunals: The wto biotech case". *Netherlands international law review* (septiembre): 433-59.
- Freedman, Estelle B. 1990. "Historical Interpretation and Legal Advocacy: Rethinking the Webster Amicus Brief". *The Public Historian* (verano): 27-32.
- García, Rubén J. 2008. "A democratic theory of amicus advocacy". *Florida State University Law Review*, volumen 35: 315-58.
- Goldberg, Sandra y Dina R. Lassow. 1989. "Amicus Brief Links Population Growth to Environmental Degradation". *Population and Environment* (invierno): 141-52.

- Gómez-Robledo V., Alonso. 2000. "Extradición en Derecho Internacional. Aspectos y tendencias relevantes". México: IIJ/UNAM.
- Gómez-Robledo V., Juan Manuel. 2005. "El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México C. Estados Unidos de América) ante la Corte Internacional de Justicia". *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, <http://www.bibliojuridica.org/estrev/derint/cont/5/art/art6.htm> (consultada el 24 de enero de 2010).
- Haden, Ed. R. y Kelly Fitzgerald Pate. 2009. "In this issue: the role of amicus briefs". *The Alabama Lawyer* 70 (marzo): 433-6.
- Harris, Michael J. 2000. "Amicus curiae: Friendo or Foe?". *Suffolk Journal of Trial and Appellate Advocacy*: 1.
- Head, Andrew. 2001. *Ethical Amici*. Institute of Continuing Legal Education in Georgia, http://www.cchlawnfirm.com/files/2002_Amici_article.pdf (consultada el 24 de enero de 2010).
- Herve, Ascensio. 2001. "L' amicus curiae devant les juridictions internationales". *Revue générale de droit international public*, 4 T. 105: 897-930.
- Howard, John. 1988. "Retaliation reinstatement and Friends of the Court: Amicus Participation in Brock v. Roadway Express". *Inc. 31 Howard Law Journal*: 241-53.
- . 1998. "Retaliation, reinstatement, and Friends of the Court: Amicus Participaion in Brock v. Roadway Express, Inc.". *Harvard Law Journal* (primavera): 269.
- Kearney Joseph D. y Merrill Thomas W. 2000. "The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court". *University of Pennsylvania Law Review* (enero): 743-855.
- Krislov Samuel. 1963. "The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy". *The Yale Law Journal* (marzo): 694-721.
- Laurin, Yves. 1998. "L' introduction de la notion de personne qualifiee (amicus curiae) dans le code procedure civile". *Recueil Dalloz* (octubre): 1 y 2.
- Leighton, William. 1951. *Brief of amicus curiae*. Estados Unidos: Supreme Court.

- Loux, Andrea C. 2000. "Hearing a 'Different Voice': Third-Party Intervention in Criminal Appeals", en *Current legal problems 2000*, editada por Michael Freeman, volumen 53: 449-70.
- Lowman, Michael K. 1992. "The litigating *amicus curiae*: When Does the Party Begin alter the Friends Leave?". *American University Law Review* 4, volumen 41 (verano): 1243.
- Lucas, Allison. 1999. "Friends of the Court? The Ethics of *amicus curiae* Brief Writing in First Amendment Litigation". *Fordham Law Journal* (mayo): 1605.
- Luciano. 2007. "*Amicus curiae*-Instituto controvertido e disseminado no ordenamento juridico brasileiro". *Revista de la Escola da Advocacia-Geral da União* (diciembre): 38-9.
- McGuire, Kevin T. 1994. "Amici Curiae and Strategies for Gaining Access to the Supreme Court". *Political Research Quarterly* (diciembre): 821-37.
- Macklem Patrick y Ed Morgan. 2000. "Indigenous Rights in the Inter-American System: The Amicus Brief of the Assembly of First Nations in *Awas Tingni v. Republic of Nicaragua*". *Human Rights Quarterly* (mayo): 569-602.
- Mclauchlan, Judithanne Scourfiel. 2005. *Congressional Participation as amicus curiae Before the U.S. Supreme Court* (American Legal Institutions) (Hardcover), American Legal Institutions.
- Medina, Damares. 2009. "Reequilibrando o jogo – amicus curiae no Supremo Tribunal Federal". *Consulex* (enero): 51-2.
- Méndez, Juan E. et al. 1993. "*Amicus curiae* sobre la interpretación del artículo 4 y párrafo 2 (in fine) y párrafo 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos OC-14". *Revista IIDH* (julio-diciembre): 29-44.
- Mishler, William y Reginald S. Sheehan. 1996. "Public opinion the attitudinal Mode and Supreme Court Decision Making: A Micro-Analytic Perspective".

- Mo C. Leiren. 1999. "Amicus Curiae". *Feminist Studies* (verano): 3007-10.
- O'Connor, Karen and Lee Epstein. 2004. "The Importance of Interest Group Involvement in Employment Discrimination Litigation". *Howard Law Journal* 23: 301-21.
- Ortiz Mayagoitia, Guillermo (27 de junio de 2008), Audiencias públicas fortalecen transparencia y participación ciudadana en la impartición de justicia constitucional, *Boletín de prensa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, No. 167/2008, <http://www.scjn.gob.mx/MediosPub/Noticias/2008/Paginas/Noticia20080627.aspx> (consultada el 25 de enero de 2010).
- Pereira, Milton Luiz. 2007. "Amicus curiae – Intervenção de terceiros". *Revista CEJ* (septiembre): 83-7.
- Posner, Richard A. 2005. "The Supreme Court, 2004 Term: foreword: A political Court". *Harvard Law Review* 31 (noviembre).
- Puro, Steven. 1998. "The Role of *amicus curiae* in the United States Supreme Court" 1920-1966 at 56 tbl. Regan W. Simpson, The Amicus Brief: How to Write It and Use It Effectively". *Chicago: American Bar Association, Tort and Insurance Practice Section*.
- Radin, Max. 1928. "Sources of Law-New and Old". *Southern California Law Review* 5, vol. 1 (julio): 411-21.
- Revista de la comisión internacional de juristas*. 2001. "Memorial de derecho *amicus curiae* presentado por la Comisión internacional de juristas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Efraín Bamaca Velasquez, C. Guatemala". *Revista de la Comisión Internacional de Juristas* (julio): 129-60.
- Robbins, Josh. 2003. "False friends: *amicus curiae* and procedural discretion in wto appeals under the hot-rolled leal / Asbestos Doctrine". *Harvard International Law Journal*: 317-29.
- Rustad, Michael y Thomas Koenig. 1993. "The Supreme Court and Junk Social Science: Selective in Amicus Briers", volumen 72 *N.C.L.Rev.*

- Saks, Michael J. 1993. "Improving APA Science Translation Amicus Briefs". *Law and Human Behavior* (abril): 235-47.
- Salinas Ruiz, José de J. 2008. "Amicus curiae: institución robusta en Inglaterra y Estados Unidos, incipiente en México". *Derecho en Libertad, Revista de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey*: 11-23.
- Scarpinella Bueno, Cassio. 2006. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. Editora Saraiva.
- . 2008. "Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae*". *Revista da Escola Nacional de Magistratura* (abril).
- Segal, Jeffrey A. 1998. "Amicus Curiae Briefs by the Solicitor General during the Warren and Burger Courts: A Research Note". *The Western Political Quarterly* (marzo): 135-44.
- Sheehan, Reginald S. y Donald R. Songer. 1993. "Interest Group Success in the Courts: Amicus Participation in the Supreme Court". *Political Research Quarterly* (junio): 339-54.
- Sheldon, Dinah. 1994. "The participation of nongovernmental organizations in International Judicial Proceedings". *American Journal of International Law* 4, volumen 88 (octubre): 611-42.
- Silveira Bueno Filho, Edgard. 2004. "Amicus curiae – A democratização do debate nos processos de controle da constitucionalidade". *Revista de direito constitucional e internacional* (abril- junio): 7-15.
- Stephen L. Golding Ronald Roesch, Hans Valerie P. y Reppucci N. Dickon. 1991. "Social Science and the Courts: The Role of Amicus Curiae Briefs". *Law and Human Behavior* (febrero): 1-11.
- Supreme Court of the U.S. 2007, Rules of the Supreme Court of the U.S., <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2010RulesoftheCourt.pdf> (consultada el 10 de enero de 2010).
- Trockner, Nicolo. 1989. "L' amicus curiae nel giudizio davant alla Corte Europea dei diritti dell'uomo". *Rivista di Diritto Civile* (enero-febrero): 119-43.

- Umbricht, Georg C. 2001. "An 'amicus curiae Brief' on amicus curiae Briefs at the WTO". *Journal of International Economic Law*: 780.
- USCA. United States Court of Appeals for the Seventh Circuit 1997. Ryan v. Commodity Futures Trading Commission, 125 F3d 1062, <http://openjurist.org/125/f3d/1062/ryan-v-commodity-futures-trading-commission> (consultada el 25 de enero de 2010).
- . United States Court of Appeals for the Seventh Circuit 2002. Scheidler ET AL. v. NATIONAL ORGANIZATION FOR WOMEN, INC., ET AL. 537 U.S. 393, <http://supreme.justia.com/us/537/393/case.html> (consultada el 25 de enero de 2010).
- . United States Court of Appeals for the Seventh Circuit 2003. Voices for Choices v. Illinois Bell Telephone Co., 339 F.3d. 542, <http://openjurist.org/339/f3d/542/voices-for-choices-v-illinois-bell-telephone-co> (consultada el 25 de enero de 2010).
- Vanduzer, J. Anthony. 2007. "Enhancing the procedural legitimacy of investor-state arbitration through transparency and amicus curiae participation". *McGill Law Journal* (invierno): 553-63.
- Vidmar Neil. 2000. "Amicus Brief: Kumho Tire v. Carmichael". *Law and Human Behavior* (agosto): 387-400.
- Waldron, Jeremy. 2000. "Book Review: Ego-Bloated Hovel: The Problematics of Moral and Legal Theory". *Northwestern University Law Review* 94 Nw. U.L. Rev. 597 (invierno): 603-9.
- Zonnekeyn, Geert A. 2001. "The appellate body's communication on amicus curiae Briefs in the asbestos case – An echternach procession?". *Journal of World Trade* (junio): 553-63.

El voto a distancia en España

Distance ballot in Spain

Luis A. Gálvez Muñoz*

RESUMEN

En este trabajo se aborda el estudio de la regulación del voto a distancia en España, como ejemplo prototípico para reflexionar respecto al futuro de esta modalidad de votación. Se trata de hacer una aproximación general a la misma, examinando su ámbito de aplicación, las características generales que presenta y, finalmente, el procedimiento ordinario o tipo en que se articula.

PALABRAS CLAVE: sufragio, elecciones, régimen electoral, votación, voto a distancia.

ABSTRACT

This paper tackles the study of the regulation of the distance ballot in Spain. It tries to be an example of what to be reflected on this ballot way's future. In this broad approximation we will examined its scope of application, its general characteristics and, finally, the ordinary proceedings that will articulate it.

KEYWORDS: suffrage, elections, electoral law, voting, distance vote.

* Profesor titular de Derecho Constitucional. Universidad de Murcia.

Introducción¹

El voto a distancia es una de las dos formas o modalidades posibles de votación, es decir, de expresión del derecho de sufragio. En primer lugar, está el voto directo o por entrega personal del mismo al órgano encargado de controlar el correcto ejercicio del derecho de voto (la Mesa Electoral, cualquiera que sea su configuración); y, en segundo término, el voto a distancia o por remisión a este mismo órgano, por la vía que sea (correo u otra).²

Nos encontramos ante una modalidad de votación que —con mayor o menor amplitud— está presente en prácticamente todos los países desarrollados. No se trata, en casi ningún Estado, de una imposición o exigencia constitucional, pero los diferentes legisladores nacionales la han contemplado de forma generalizada, a fin de facilitar el ejercicio del derecho de sufragio.

España es uno de esos países, y es precisamente de la manera en que su ordenamiento electoral ha configurado esta modalidad de votación de lo que trata el presente trabajo. Nos proponemos examinar el ámbito en el que opera, las características generales que presenta su regulación y, finalmente, el procedimiento ordinario o tipo en que se articula.³

El ámbito del voto a distancia

Delimitación

El voto a distancia cuenta en España con un amplio campo de acción. Ello obedece, en primer lugar, a que esta forma de votación es la única posi-

¹ Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación “El régimen jurídico de la jornada electoral” (Código DER2009-13249/JURI), subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España.

² Lo que diferencia al voto directo del voto a distancia es, pues, que, en el primer caso, el órgano ante el que comparece el elector para depositar su voto tiene que controlar su derecho a votar —aunque no sea necesariamente el que vaya a efectuar el escrutinio—, mientras que, en el segundo supuesto, la persona o el órgano al que el elector entrega el voto ha de llevarlo, a su vez, ante quien va a controlar el derecho a votar y, en su caso, efectuar el escrutinio. Lo importante para diferenciar una modalidad de votación de otra es, por tanto, saber en qué momento se considera que ha votado el elector.

³ No hay todavía en España una monografía que aborde con profundidad el estudio de esta forma de actuación. No obstante, el tema no está carente de análisis y consideración, pues, aparte de las obras generales en que esta cuestión se trata, hay también varios trabajos específicos. Entre otros, véase Alcubilla (1997) y Gálvez (2001).

ble para los electores residentes-ausentes (los españoles que residen en el extranjero), por no tener posibilidad alguna de votar de forma directa en las Mesas Electorales; y, en segundo término, a que la misma puede ser utilizada sin límite o cortapisa alguna por los electores residentes en España, de tal modo que permanece abierta a cualquiera de ellos que, por la razón que sea, desee o necesite utilizar esta vía de expresión del sufragio en vez de la del voto directo.

Así es lo que pone de manifiesto el examen de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante LOREG). La posición señalada de los electores residentes-ausentes que viven en el extranjero ante el voto a distancia se deduce sin dificultad de los artículos 75 y 190 de la LOREG⁴ y ha sido confirmada, además, por la Junta Electoral Central (en adelante JEC; véase el Acuerdo de la JEC de 28 de mayo de 1995). Más problemas plantea la determinación de la posición de los electores residentes en España ante esta forma de votación, pero la lectura del artículo 72.1 de la LOREG a la luz de su desarrollo normativo y aplicación práctica despeja cualquier duda que pudiera haber al respecto.

Hay que tomar como punto de partida el artículo 72.1 de la LOREG, cuyo texto dice:

Los electores que prevean que en la fecha de la votación no se hallarán en la localidad donde les corresponda ejercer su derecho de voto, o que no puedan personarse, pueden emitir su voto por correo,

⁴ Basta señalar los comienzos de estos artículos. El 75, relativo a las elecciones generales, autonómicas y europeas, dice en su primer punto: "Las Delegaciones Provinciales de la Oficina del Censo Electoral envían de oficio a los inscritos en el censo de residentes ausentes que vivan en el extranjero un certificado idéntico al previsto en el artículo 72 y las papeletas y sobres de votación, así como un sobre en el que debe figurar la dirección de la Junta Electoral Provincial. Con estos documentos adjuntan una nota explicativa". Por su parte, el artículo 190.1, aplicable a las elecciones locales, señala lo siguiente: "Los españoles residentes ausentes que vivan en el extranjero y deseen ejercer su derecho de voto en las elecciones del Municipio en el que estén inscritos, según el censo electoral, deben comunicarlo a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, no más tarde del vigésimo quinto día posterior a la convocatoria. Dicha comunicación debe realizarse mediante escrito al que se adjuntará fotocopia del Documento Nacional de Identidad o Pasaporte".

previa solicitud a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral, con los requisitos siguientes...

Es cierto que a partir de la lectura de este artículo, la amplitud de que hablamos no se deduce con claridad. En principio, parece que el legislador ha optado por la solución contraria, es decir, por contemplar el voto a distancia como una forma de votación excepcional. Los electores residentes en el país tendrían como modalidad ordinaria de votación el voto por personación en la Mesa Electoral que les corresponda, pero en determinados casos previstos en la ley podrían votar a distancia; en concreto podrían hacerlo cuando “prevean que en la fecha de la votación no se hallarán en la localidad donde les corresponda ejercer su derecho de voto o que no puedan personarse” (LOREG, artículo 72.1).

Ésta es, sin embargo, una conclusión bastante engañosa, producto de una lectura apresurada del precepto. Si profundizamos un poco más en el análisis del artículo 72.1 de la LOREG y en el de su desarrollo normativo y aplicación práctica el resultado varía un poco. Es posible descubrir, entonces, que el Derecho español no ha recogido realmente la tesis del voto a distancia como una modalidad excepcional de emisión del voto, sino la que articula esta forma de votación como una opción libre del elector.

¿Por qué decimos esto? Esto es así por una razón elemental: que al elector que desea hacer uso de esta vía de votación no se le exige acreditación alguna de las razones que le llevan a ello. Estos electores no tienen que justificar ante nadie —ni documentalmente ni de ninguna otra forma— qué motivo tienen para prever que no van a estar en su localidad el día de la votación o que aun estando en la misma no van a poder personarse en la Mesa Electoral para emitir su voto; basta con que ellos, en la intimidad de su conciencia, consideren que no van a poder hacerlo, sin que se hayan establecido ulteriores exigencias o comprobaciones.

El legislador presume, por tanto, que quien hace uso del procedimiento regulado en el artículo 72.1 de la LOREG —que es más complicado que el voto directo— tiene buenas razones para ello. El Grupo Parlamentario

Socialista del Congreso de los Diputados propuso, durante la tramitación parlamentaria de la reforma de la LOREG de 1993, la obligación de “acreditar fehacientemente tales circunstancias”, pero la Ponencia no lo consideró oportuno y el tema no volvió a tratarse (véase el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*. 1992, 107-5, 25 de abril; y 107-7, 18 de mayo).

Y si esto es así, la consecuencia es bastante clara: el voto a distancia es, en la práctica, una modalidad ordinaria de votación para los electores residentes en España, tan ordinaria como el voto por personación en las Mesas Electorales. Cualquier elector que no desee acudir a su colegio electoral el día de la votación puede emitir su voto a distancia por correo, anticipadamente, aun cuando no tenga ninguna razón objetiva que le impida desplazarse a su Mesa Electoral (véase Alcubilla 1995, 353-4; Ruiz-Navarro 1986, 686-7; Santolaya 1999, 150 y 1997, 459; y Torre 1989, 2506).

Puntualizaciones

Aclarado el sentido de la Ley, es oportuno añadir que la decisión de otorgar al voto a distancia un campo de aplicación tan amplio no es muy frecuente en el derecho comparado. En la mayoría de las democracias el voto a distancia es una modalidad de votación de carácter excepcional, limitada a aquellas categorías de ciudadanos para los que realmente no exista la alternativa de votación en las Mesas Electorales. A estos electores o se les deja votar a distancia o no podrán ejercer su derecho de sufragio.

No obstante, no cabe dudar de la legitimidad de la opción del legislador español, pues el voto a distancia tiene una sólida fundamentación constitucional. Esta modalidad de votación es perfectamente congruente con el deber constitucional de los poderes públicos de conseguir que el derecho de sufragio no se vea impedido o limitado en la realidad. Dicho de otra forma, existe una relación lógica, de coherencia interna, entre la obligación constitucional de facilitar el ejercicio del derecho de voto y la articulación legal del voto a distancia; con independencia de cuál sea el instrumento de comunicación o transporte que se utilice en su articulación (correo, re-

presentante del elector, internet o cualquier otro) el resultado es el mismo: favorecer la participación electoral.

Esta adecuación lógica entre el medio y el fin perseguido es perfectamente advertible sin ninguna dificultad analítica. El voto a distancia hace posible —o al menos facilita— la participación en el proceso electoral de todos aquellos ciudadanos que tienen algún tipo de impedimento o dificultad más o menos grave para acercarse a su colegio electoral el día de la votación y emitir allí su voto. Es el caso de las personas que se encuentran fuera de su localidad, de quienes ejercen funciones públicas, laborales o asistenciales que no pueden abandonar sin menoscabo de las mismas, o de los que por deficiencias físicas no pueden acudir a votar; para todos ellos la previsión del voto a distancia cumple una muy útil función, pues es sumamente improbable que pudieran votar del modo ordinario.⁵

Ahora bien, una vez que ha quedado acreditado el profundo engarce constitucional que tiene el amplio reconocimiento del voto a distancia realizado por nuestro legislador, es necesario advertir inmediatamente que no nos encontramos ante una decisión constitucionalmente inevitable. El legislador electoral español ha reconocido con notable generosidad el voto a distancia —contando para ello con el respaldo de la norma suprema—, pero no estaba obligado a hacerlo, pues esta modalidad de votación no está consagrada en la Constitución.

La decisión tomada por el legislador español es, por tanto, perfectamente revisable (Mackenzie 1962, 144; Santolaya 1999, 148; y Espín 1977, 144-45). Cabe así, la posibilidad de que en el futuro el voto a distancia disminuya su campo de acción en beneficio del voto directo o ejercido personalmente por el elector en la mesa electoral. Y habría que aceptar, incluso, en el plano teórico, la posibilidad misma de eliminar el voto a distancia, teniendo todos los electores que votar de forma directa, aunque con distintos procedimientos.

⁵ En el mismo sentido véase Alcubilla (1997, 711), Santolaya (1999, 147), Esteban (1977, 68) y Rose (1983, 78-9).

Es más. Hay que tener en cuenta que la extraordinaria amplitud que el voto a distancia tiene en España plantea, a nuestro juicio, varios problemas de cierta entidad: menoscaba el rito de las elecciones, que tanta importancia tiene como factor de integración de la comunidad; deteriora el principio de unidad del acto electoral, según el cual la votación es un acto único resultado del ejercicio sincrónico del derecho de voto por todos los ciudadanos; y hace también, en principio, extraordinariamente complicada y difícil la sujeción del voto a distancia a las condiciones del sufragio que, como vimos en su momento, lo deben informar. Es poco discutible que para la correcta gestión, desarrollo y control del voto a distancia no puede ser indiferente el aspecto cuantitativo; no es lo mismo, por ejemplo, garantizar la efectividad o la personalidad del voto a distancia de cincuenta mil potenciales electores que de millón y medio (véase Santolaya 1999, 149-50).

Características fundamentales de la regulación

El voto a distancia se encuentra regulado en España en una pluralidad de normas. En primer lugar, en la LOREG, en concreto, en sus artículos 72 a 75 y 190, pero también en otras muchas de rango inferior, como el Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, el Real Decreto 1621/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de votación para los ciudadanos españoles que se encuentran temporalmente en el extranjero, la Orden DEF/116/1999, de 30 de abril, por la que se regula el ejercicio del derecho al voto en los procesos electorales del personal de las Fuerzas Armadas embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional, y las órdenes e instrucciones que en cada proceso electoral dicta

el Ministro de Fomento para ordenar la colaboración del Servicio de Correos en el mismo.⁶

Esta riqueza normativa, junto a la distinta procedencia temporal de sus elementos y la diversidad de su contenido, hace sumamente difícil ofrecer una caracterización general y de conjunto de la regulación del voto a distancia en España. No obstante, haciendo un esfuerzo de contención y síntesis, podemos extraer tres notas definitorias fundamentales, que pasamos a exponer seguidamente, aunque con suma brevedad para no excedernos de los límites expositivos de que disponemos.

La pluralidad procedimental

La primera nota que caracteriza a la regulación del voto a distancia en España hace referencia a la pluralidad procedimental existente. Se trata de poner de relieve que el voto a distancia se articula o implementa de muy diversas formas, es decir, a través de una pluralidad de procedimientos de votación. Y es que el legislador no se ha limitado a establecer un procedimiento único de votación a distancia, alternativo al del voto directo, sino que, dando cumplimiento a la obligación constitucional de facilitar el sufragio (artículo 9.2), ha establecido un procedimiento general u ordinario de votación, válido para el conjunto de los electores, y una serie de procedimientos especiales, destinados específicamente a colectivos determinados de electores.

¿Y cuáles son estos procedimientos especiales de votación? Los seis siguientes:

- El procedimiento especial de los ciudadanos que acrediten sufrir enfermedad o incapacidad que les impida acudir personalmente a Correos para hacer su solicitud de voto por correo (artículos 72-c y 73.2 LOREG). (Véase Gálvez 2009c, 155-79.)

⁶ Véase, por ejemplo, la Orden FOM/954/2009 de 16 de abril, por la que se dictan normas para la colaboración del Servicio de Correos en las elecciones de diputados al Parlamento Europeo (Boletín Oficial del Estado [BOE], núm. 95/2009 del 18 de abril).

- El procedimiento especial del personal embarcado en los buques de la Armada, de la Marina Mercante española o de la flota pesquera de altura que durante el periodo electoral toquen puerto en España (artículo 9 del Real Decreto 605/1999, 16 de abril).⁷
- El procedimiento especial del personal embarcado en buques de la Armada o perteneciente a unidades militares terrestres o áreas que se encuentre en el exterior en situaciones excepcionales (Orden del Ministerio de Defensa 116/1999, 30 de abril).⁸
- El procedimiento especial para los ciudadanos españoles que se encuentren temporalmente en el exterior (Real Decreto 1621/2007, 7 de diciembre).⁹
- El procedimiento especial de los electores residentes-ausentes en relación con las elecciones generales, autonómicas y europeas (LOREG, artículo 75).
- El procedimiento especial de los electores residentes-ausentes respecto de las elecciones locales (LOREG, artículo 190).

⁷ Este procedimiento es desarrollo de la habilitación contenida en el artículo 74 de la LOREG, que ordena al Gobierno, previo informe de la JEC, regular “las especialidades respecto de lo dispuesto en los dos artículos anteriores [regulación del procedimiento ordinario], para el voto por correo del personal embarcado en buques de la Armada, de la Marina Mercante o de la flota pesquera...” Sobre este procedimiento véase Gálvez (2010).

⁸ Orden DEF/116/1999 de 30 de abril, por la que se regula el ejercicio del derecho al voto en los procesos electorales del personal de las Fuerzas Armadas embarcado o en situaciones excepcionales vinculadas con la defensa nacional (BOE núm. 106/1999 del 4 de mayo). Se dicta en desarrollo directo de la Disposición adicional tercera del Real Decreto 605/1999 del 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, que, a su vez, es desarrollo —tras la reforma operada por la Ley Orgánica 9/2007 del 8 de octubre, de modificación de la LOREG— del artículo 74 de la LOREG que alude a la regulación por el Gobierno del voto por correo del personal de las Fuerzas Armadas españolas que esté cumpliendo misiones en el exterior. Sobre este procedimiento véase Gálvez (2007a y 2007b).

⁹ Es el Real Decreto 1621/2007 del 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de votación para los ciudadanos españoles que se encuentran temporalmente en el extranjero (BOE núm. 299/2007 del 14 de febrero). Este procedimiento es, como en el caso anterior, desarrollo de la habilitación contenida en el artículo 74 de la LOREG, que ordena al Gobierno, previo informe de la JEC, regular “las especialidades respecto de lo dispuesto en los dos artículos anteriores [regulación del procedimiento ordinario]... para el voto por correo de los ciudadanos que se encuentren temporalmente en el extranjero entre la convocatoria de un proceso electoral y su celebración”.

Esta diversidad de procedimientos de votación no es, en absoluto, excesiva o caprichosa, sino que está plenamente justificada, pues trata de responder a las diversas circunstancias que concurren en el voto de determinados ciudadanos. El legislador, con el fin de facilitarles el ejercicio del sufragio, ha tenido en cuenta las diferentes situaciones y dificultades en que algunos colectivos de ciudadanos pueden encontrarse a la hora de emitir su voto, ya de forma directa, ya a distancia, y ha regulado los correspondientes procedimientos de votación.

Es precisamente por este motivo que la configuración procedimental no es ni puede ser definitiva, debiendo estar el legislador, por tanto, en este terreno, en plena disposición de actuar. En este sentido parece oportuno poner de relieve, por un lado, que el último de los procedimientos mencionados —el de los españoles que se encuentren temporalmente en el extranjero— ha sido añadido hace relativamente poco tiempo (diciembre 2007) y, por otro, que la LOREG contempla de forma expresa la posibilidad de establecer otros procedimientos especiales de votación a distancia, en concreto, los dos siguientes:¹⁰

¹⁰ Todavía cabría añadir la previsión de algún otro procedimiento especial de votación a distancia, pues hay que tener en cuenta que algunos de los procedimientos especiales actualmente regulados por vía reglamentaria no hacen un desarrollo completo de la amplia habilitación prevista en el artículo 74 de la LOREG. Es éste el caso, por ejemplo, de la referencia que en este artículo se hace al “personal embarcado en buques de la Armada, de la Marina Mercante o de la flota pesquera”. En desarrollo de esta habilitación normativa se ha regulado el procedimiento de votación del “personal de los buques de la Armada, marina mercante o flota pesquera de altura, abanderados en España, que haya de permanecer embarcado desde la convocatoria de las elecciones hasta su celebración y que durante dicho período toque puertos, previamente conocidos, en el territorio nacional” (artículo 9 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales); y se ha aprobado también —aunque el apoyo es parcial— el procedimiento de votación del “personal embarcado en buques de la Armada o que, perteneciendo a unidades militares terrestres o aéreas, se encuentre destacado fuera del territorio nacional, en situaciones excepcionales, vinculadas con la defensa nacional y que participe o coopere, con las Fuerzas de los países aliados y de organizaciones internacionales, en misiones de asistencia humanitaria o mantenimiento de la paz internacional” (Orden del Ministerio de Defensa 116/1999, de 30 de abril). No obstante, faltaría por establecer el procedimiento preciso para que pueda votar el personal embarcado en buques españoles que no toquen puertos previamente conocidos en el territorio nacional durante el periodo electoral o que se encuentre embarcado en buques abanderados en otro país.

- El del personal de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que se encuentre cumpliendo misiones en el exterior (LOREG, artículo 74).¹¹
- El de los residentes-ausentes que viven en un país donde no sea practicable lo dispuesto en el artículo 75 LOREG, es decir, que no admita el voto por correo o por entrega del sobre de votación en los consulados españoles.¹²

La centralidad del correo

Otra importante característica de la regulación española de la emisión del voto a distancia, es la de utilizar el correo como mecanismo básico para su articulación. El Servicio de Correos se ha convertido, pues, en el eje fundamental de la implementación del voto en ausencia o no presencial.¹³

El legislador ha preferido el correo a otras formas de comunicación y transporte, las cuales son muy variadas y tienen un muy diferente nivel de sofisticación. Entre las más tradicionales hay que aludir al voto por procurador o representante, en virtud del cual éste se persona en el colegio electoral, pero como mero transmisor de la voluntad expresada por el elector; y al voto por medio de agentes públicos, como podría ser, por ejemplo, la entrega del voto a un funcionario de la Administración Electoral, para su posterior traslado a la Mesa Electoral. Y entre las formas más sofisticadas, cabe citar la radiotelegrafía, el teléfono, el fax

¹¹ El artículo 74 de la LOREG, según la redacción dada por la última reforma de la LOREG, la operada por la Ley Orgánica 9/2007, de 8 de octubre, dice así: "El Gobierno, previo informe de la JEC, regulará las especialidades respecto de lo dispuesto en los dos artículos anteriores [relativos al procedimiento ordinario de votación a distancia], para el voto por correo... del personal... de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado que estén cumpliendo misiones en el exterior..."

¹² El artículo 75.6 de la LOREG que establece que el Gobierno, previo informe de la JEC, puede "establecer otros procedimientos para el voto de los residentes ausentes que viven en el extranjero donde no sea practicable lo dispuesto en este artículo".

¹³ El Servicio de Correos lo presta actualmente "Correos y Telégrafos S.A.", que es una sociedad estatal proveedora de servicios postales, telegráficos y financieros.

y, por supuesto, internet, que es hoy la estrella de muchos estudios y foros sobre el futuro de la democracia.¹⁴

La opción de nuestro país por el correo parece clara. En todos los procedimientos de votación a distancia regulados en nuestro derecho, el correo es el mecanismo básico de comunicación y transporte. No es el único que se utiliza en todos los casos, pero sí el más relevante; donde más se usa es en el procedimiento ordinario y donde menos en el procedimiento especial de los militares que se encuentren fuera del país en situaciones excepcionales.

Ésta es también la decisión habitual en el derecho comparado. Son muy pocos los países que, hoy por hoy, articulan el voto a distancia en torno a otros medios de comunicación, normalmente haciendo uso del representante del elector o de internet. En el primer caso, cabe citar, por ejemplo, a Bélgica y Francia, y en el segundo, y en algunos supuestos de forma muy limitada, al Reino Unido, Francia, Estonia, Suiza y Estados Unidos.¹⁵

Las cosas pueden cambiar, sin embargo, en el futuro, dada la notable extensión que está alcanzando internet entre la población. No cabe duda de que nos encontramos ante un medio de comunicación cada vez más conocido y usado, con cotas de crecimiento muy elevadas, y que en unos pocos años se puede llegar a su plena universalización.

En estas circunstancias, esto es, en una sociedad que disfrute de una generalizada inmersión tecnológica, internet puede convertirse en el instrumento central del voto a distancia, en sustitución del correo, aunque siempre, naturalmente, que se establezcan las medidas precisas para eliminar o reducir sensiblemente las indudables limitaciones y problemas que presenta (véase Martínez 2008 y Gálvez 2009a, 262 y ss.). En cualquier caso,

¹⁴ Véase, por ejemplo, Pau I Vall (1998); Alexander (2002, 89 y ss.), así como en el coloquio recogido en las páginas 99 y ss. de esta misma obra, y Cotino Hueso (2007).

¹⁵ En Estados Unidos, el voto por internet se ha utilizado en algunas elecciones, aunque de forma muy limitada. Así, por ejemplo, en varias elecciones presidenciales se ha permitido votar de esta forma a grupos de militares; igualmente, ha habido elecciones primarias en algunos estados en que se ha votado de este modo (caso del Partido Demócrata del Estado Arizona).

y con independencia de ello, hay que tener presente que internet puede servir, además de votar, como canal de comunicación para realizar trámites electorales que, hoy por hoy, se deben hacer en persona o por correo.

El menor nivel de garantías respecto del voto directo

La última nota que queremos destacar del régimen del voto a distancia en España es de carácter comparativo. Se trata de poner de relieve que el nivel de garantía y protección de los principios básicos del sufragio —universalidad, personalidad, libertad, igualdad y secreto— y, en general, de la regularidad y limpieza del proceso electoral es menor que en el voto directo. En éste la garantía no es plena, indudablemente, como he puesto de manifiesto en algún trabajo anterior (Gálvez 2009d, 99 y ss.), pero es que en el voto a distancia los problemas y deficiencias son significativamente mayores.

¿Cuáles son estos problemas y deficiencias? Abordando la cuestión de la forma más genérica posible y deteniéndome exclusivamente en lo más relevante, cabe citar los dos siguientes:

- a) El riesgo de ineffectividad del sufragio emitido a distancia, es decir, de que el voto enviado por el elector nunca llegue al órgano escrutador o que no llegue al mismo a tiempo de ser computado, lo que, evidentemente, afecta al principio de universalidad del sufragio. En el voto directo o por personación del elector en la mesa electoral hay, prácticamente, salvo causa de fuerza mayor, 100% de posibilidades de que el voto introducido en la urna va a ser computado, pero en el voto a distancia no sucede así, como corroboran las estadísticas elección tras elección.¹⁶

Ello es debido a diversos factores, el más relevante de los cuales es el del inmenso trabajo que recae sobre el Servicio de Correos

¹⁶ Véase Santolaya (1999, 152-53). Véase también la página web de la Oficina del Censo Electoral: <http://www.ine.es/censoe/menucenso.htm>

en un breve periodo, como consecuencia del campo de aplicación tan amplio que se ha reconocido al voto a distancia, tal y como demuestra el dato de que es utilizado en la práctica por más de un millón de personas en cada elección, buena parte de ellas fuera de España. Otras causas a considerar son el ajuste de los plazos, la necesidad de realizar varios trámites por distintos sujetos (elector, Oficina del Censo Electoral, Correos) o la intervención de servicios postales extranjeros con bajos niveles de calidad.

- b) La posibilidad de fraude en la emisión del voto, es decir, de que alguien pueda votar en lugar de otra persona, mediante engaño, corrupción o coacción, o de que pueda manipular el voto emitido por un elector y sustituirlo por otro. Ello afecta de lleno al principio de personalidad del voto y, de manera indirecta, a los demás principios básicos del sufragio. Tal posibilidad tiene su origen en dos elementos:
1. La falta de control externo sobre la gestión y custodia de los votos por correo por parte de los empleados de Correos o de los funcionarios del Ministerio de Exteriores o de Defensa intervinientes en algunos procedimientos especiales.
 2. El sistema de identificación del elector. En los procedimientos de voto a distancia previstos para los electores residentes en España el elector debe identificarse con su DNI, pasaporte o carné de conducir en el momento en que presenta su solicitud para votar por correo, y en el instante en que recibe de la Delegación Provincial de la OCE la documentación electoral necesaria para votar, pero no en el momento final —y más relevante— en la remisión del voto (LOREG, artículos 72 b) y 73.2, párrafo segundo), lo que abre la puerta a la posibilidad de que éste delegue en un tercero el acto mismo de la confección del voto o de que el tercero manipule el sobre que le ha entregado el elector; y en los procedimientos de voto a distancia des-

tinados a los españoles residentes-ausentes la situación es aún peor, pues el elector se **identifica**, en general, mediante el envío de la fotocopia del DNI o pasaporte junto con la solicitud de la documentación electoral para votar (elecciones municipales) (LOREG, artículo 190) o de fotocopia del DNI o pasaporte o certificado de nacionalidad o de inscripción en el Registro de Matrícula Consular junto con el sobre de votación (elecciones generales, autonómicas y europeas),¹⁷ lo que hace factible que una persona pueda votar en lugar de otra, con o sin conocimiento del afectado (véase Gálvez 2009b, 110 y ss).

El procedimiento ordinario de votación a distancia

Tras delimitar el ámbito de aplicación del voto a distancia y determinar las características fundamentales de su regulación, parece oportuno ocuparse, finalmente, del procedimiento ordinario o “tipo” establecido para implementarlo, a modo de guía general de estudio, ante la imposibilidad, por razones de espacio, de poder tratar todos los procedimientos establecidos. Se trata de conocer los pasos concretos que, a cada momento, deben seguir los electores que necesiten utilizar esta forma de votación.

Este procedimiento está regulado, básicamente, en los artículos 72, 73 y 88.2 de la LOREG, aunque también tienen interés otras normas como el Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales y las órdenes ministeriales que el Ministerio de Fomento dicta con ocasión de cada proceso electoral para ordenar la colaboración del Servicio de Correos en las elecciones.¹⁸ Se trata de un procedimiento que se articula por completo en torno al Servicio Postal y cuyo

¹⁷ Artículo 75 de la LOREG e Instrucción 2/2009 del 2 de abril, sobre garantía del ejercicio personal del voto por correo de los electores residentes ausentes.

¹⁸ La última orden que ha dictado el Ministerio de Fomento en esta materia es la ORDEN FOM/28/2008 del 17 de enero, por la que se dictan normas sobre la colaboración del servicio de correos en las elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, y en las elecciones al Parlamento de Andalucía del 9 de marzo de 2008.

desarrollo puede resumirse en diversas fases, que vamos a examinar por orden cronológico. Son las seis siguientes:

Solicitud del elector

El *iter* procedimental lo pone en marcha el propio elector mediante la solicitud que éste hace a la correspondiente Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral (en adelante OCE) de que le remita el certificado de inscripción en el censo y el resto de materiales precisos para poder votar por correo: papeletas de votación, sobre o sobres de votación y sobre exterior para remitir el voto.¹⁹

El elector debe utilizar para ello el correspondiente impreso normalizado, que tiene a su disposición en las oficinas de Correos y, en su caso, las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, Juntas Electorales de Zona y Delegaciones Provinciales de la OCE.²⁰ En el impreso debe hacer constar sus datos y señalar el domicilio de España en el que desee recibir la documentación para el voto, puesto que, si no se indica nada, se le enviará al domicilio que figura en el censo (LOREG, artículo 73.2).

Una vez confeccionado el impreso de solicitud, al elector sólo le resta presentarlo. En esta tarea el elector debe sujetarse a ciertas reglas previstas en el artículo 72 de la LOREG. Así, en primer lugar, la solicitud debe presentarse en una oficina de Correos, existiendo la posibilidad de que Correos establezca oficinas adicionales para este fin;²¹ la solicitud debe, en segundo lugar, formularse personalmente, en garantía de lo cual se ha

¹⁹ El artículo 72 de la LOREG alude, sin embargo, únicamente al certificado de inscripción en el censo como objeto de la solicitud. Dice así en su parte inicial: “Los electores que prevean que en la fecha de la votación no se hallarán en la localidad donde les corresponde ejercer su derecho de voto, o que no puedan personarse, pueden emitir su voto por correo, previa solicitud a la Delegación Provincial de la Oficina del Censo Electoral...”

²⁰ Véase el artículo 5.3 del Real Decreto 605/1999 del 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales.

²¹ La Ley no prevé esta práctica, pero la JEC la admite siempre que se haga sin violación del principio de igualdad. En este sentido véase los Acuerdos de la JEC del 13 de mayo de 1991, 17 de junio de 1993, 2 de junio de 1994, 17 de mayo de 1995, 20 de febrero de 1996, 21 de febrero de 2000 y 13 de mayo de 2003.

impuesto al empleado de correos la obligación de exigir al interesado la exhibición de su Documento Nacional de Identidad y de comprobar la coincidencia de la firma; finalmente, en tercer lugar, la solicitud debe cursarse dentro de un plazo determinado: “a partir de la fecha de la convocatoria y hasta el décimo día anterior al de la votación”.

Por último, es preciso tener presente que la normativa de desarrollo de la LOREG contempla la posibilidad de permisos laborales de hasta cuatro horas para que los electores que tengan dificultades para votar directamente en su Mesa Electoral y decidan votar por correo puedan tramitar en Correos la correspondiente solicitud de certificación acreditativa de su inscripción en el censo.²² El Gobierno ha sido consciente de que las mismas dificultades que puede tener una persona para votar en su Mesa Electoral el día de las elecciones, puede tenerla para hacer la solicitud del certificado de inscripción en el censo durante el periodo electoral y, en consecuencia, ha previsto la existencia de permisos laborales para acercarse a Correos y hacer la solicitud.²³

Traslado y tramitación de la solicitud

Una vez que el elector ha formulado su solicitud ante una de las Oficinas del Servicio de Correos y antes de que el mismo tenga en su poder los documentos precisos para poder emitir el voto por correo, tienen lugar diversas actuaciones por parte de la Administración, muchas de ellas de carácter interno, es decir, sin trascendencia exterior o implicación alguna por parte de los ciudadanos. Unas están a cargo del Servicio de Correos y otras de la Delegación Provincial de la OCE que corresponda.

²² Lo hace el artículo 13.2 del Real Decreto 605/1999 del 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales, cuyo texto dice así: “En caso de personas que por estar realizando funciones lejos de su domicilio habitual o en otras condiciones de las que se deriven dificultad para ejercer el derecho de sufragio el día de las elecciones, las medidas precisas a adoptar irán destinadas a posibilitar que el personal citado disponga, en su horario laboral, de hasta cuatro horas libres para que pueda formular personalmente la solicitud de certificación acreditativa de su inscripción en el censo, que se contempla en el artículo 72 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, así como para la remisión del voto por correo”.

²³ Sobre este tema véase Gálvez (2008a y 2008b, 1203-19).

La primera actuación corresponde a Correos. Hace referencia a la obligación que este organismo público tiene de trasladar las solicitudes presentadas por los electores en sus oficinas a las correspondientes Delegaciones Provinciales de la OCE. Dicho traslado debe hacerse en el plazo máximo de tres días (LOREG, artículo 72-d).

La recepción de la solicitud del elector por la Delegación Provincial de la OCE abre paso a lo que, en un sentido muy amplio, se puede denominar como “tramitación de la solicitud”. Al respecto, la Delegación Provincial de la OCE ha de realizar diversas actuaciones, previstas, en su mayor parte, en el artículo 73 de la LOREG, puntos 1 y 2:

1. Verificar que la solicitud presentada por el elector reúne los requisitos esenciales exigidos por la legislación para poner en marcha el procedimiento (básicamente: identificación, municipio en el que está inscrito, firma y sello de la oficina de Correos receptora de la solicitud).²⁴
2. Comprobar que el solicitante está efectivamente inscrito en el censo electoral de la circunscripción.
3. Insertar en el censo electoral la anotación de que el elector va a votar por correo “a fin [dice la ley expresamente] de que el día de las elecciones no se realice el voto personalmente”.
4. Preparar la documentación electoral precisa para que el elector pueda emitir su voto por correo, es decir, certificado de inscripción en el censo que le ha sido solicitado, sobres y papeletas de votación correspondientes a las distintas elecciones,²⁵ sobre exterior y hoja explicativa.

²⁴ Es ésta la única actuación que no está prevista expresamente en la LOREG, quizá por su carácter de ley especial y entender el legislador, en consecuencia, que en este punto se aplican las normas generales sobre procedimiento administrativo. Recordemos que el artículo 120 de la LOREG señala que en todo lo no expresamente regulado por esta Ley en materia de procedimiento, será de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo.

²⁵ Véanse los artículos 70 y 71 de la LOREG; los artículos 4 y 5 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales; y los artículos pertinentes de las leyes electorales autonómicas (por ejemplo, el artículo 27 de la Ley 2/1987, de 24 de febrero, Electoral de la Región de Murcia).

5. Remitir al solicitante el sobre que contiene la documentación que le resulte necesaria para emitir su voto. Este envío al elector debe hacerse siguiendo ciertas prescripciones: por correo certificado, a partir del trigésimo cuarto día posterior a la convocatoria y antes del sexto día anterior al de la votación, y al domicilio indicado por él en su solicitud o, en su defecto, al que figure en el censo.

Entrega de la documentación al elector

Una vez que el Servicio de Correos recibe de la Delegación Provincial de la OCE el sobre dirigido al elector con la documentación electoral precisa para votar, ha de poner en marcha las operaciones necesarias para que dicho sobre llegue a manos del mismo. Se trata, básicamente, de trasladar el sobre a una de las oficinas postales de la localidad donde tenga su domicilio el elector; y, una vez allí, uno de los funcionarios postales intente la entrega en el domicilio del elector, pero si no es posible la entrega se deje depositado el sobre en la oficina de Correos a disposición del interesado.

Son varios los requisitos que el Servicio de Correos tiene que cumplir en esta fase. El más importante de ellos es el de entrega personal del envío al elector. El legislador ha sido muy puntilloso en el tratamiento de este requisito, pues indica de forma expresa que “el aviso de recibo acreditativo de la recepción de la documentación [...] deberá ser firmado personalmente por el interesado previa acreditación de su identidad”, y que en el “caso de no encontrarse en su domicilio se le comunicará que deberá personarse [...] en la oficina de correos correspondiente para, previa acreditación, recibir la documentación para el voto por correo, cuyo contenido se hará constar expresamente en el aviso” (LOREG, artículo 73.2).²⁶

²⁶ No hay margen, pues, para que puede operar aquí la figura de la “entrega a persona autorizada”. Ni puede hacerse la entrega a una de las personas genéricamente autorizadas por la legislación postal para recibir los envíos postales en general, ni cabe tampoco hacer la entrega a quien esté expresamente autorizado por el elector para recibir esta concreta documentación.

Emisión y envío del voto por el elector

Tras tener en su poder la documentación electoral precisa para poder votar, le corresponde al elector realizar una serie de actuaciones perfectamente lógicas y esperables, y que están recogidas en el artículo 73.3 de la LOREG. Veamos:

1. Lo primero que tiene que hacer el elector es emitir el voto. Para ello debe escoger o, en su caso, rellenar la papeleta de voto; introducirla en el sobre de votación, que, como es lógico, debe ser idéntico al que utilicen los demás electores con objeto de proteger el secreto del voto; y, finalmente, cerrarlo. Si son varias las elecciones convocadas, debe el elector, como es lógico, proceder del mismo modo para cada una de ellas.
2. Seguidamente, el elector incluirá el sobre o los sobres de votación y el correspondiente certificado de inscripción censal en el sobre, de tamaño superior, dirigido a la Mesa Electoral (es el llamado sobre exterior o, simplemente, sobre electoral).²⁷ El certificado de inscripción en el censo electoral debe dejarse fuera del sobre de votación, porque si no se hace así quedaría defraudado el secreto del voto, habida cuenta de que los miembros de la mesa electoral tendrían que abrirlo para extraer el certificado censal y comprobar la capacidad del elector para poder votar.
3. Hecho esto, al elector sólo le resta remitir el sobre grande que contiene el sobre de votación y el certificado censal a la Mesa Electoral

²⁷ La no inclusión del certificado censal en el sobre de envío constituye, a la vista del artículo 73.3 de la LOREG, y en opinión de la JEC, una irregularidad invalidante del voto. En este sentido véase los Acuerdos de la JEC de 23 de junio de 1999 y de 15 de julio de 1999. Véase, también, por analogía, la Instrucción de la JEC de 20 de abril de 1998 sobre requisitos del voto de los electores inscritos en el Censo Especial de Residentes Ausentes (BOE núm. 97/1998 del 23 de abril), que modifica la anterior doctrina sentada en la Instrucción del 3 de noviembre de 1989. La jurisprudencia ha confirmado esta interpretación; véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo del 1 de julio de 2003.

correspondiente. Lo debe hacer por correo certificado y antes del tercer día previo a las elecciones. No es preciso que lo haga personalmente, de tal modo que es perfectamente posible que un allegado del elector pueda hacer esta gestión en su lugar.²⁸

Traslado del voto a las mesas electorales

Terminada la actuación del elector toma el relevo y, por tanto, el protagonismo, una vez más, el Servicio de Correos, a fin de trasladar los sobres enviados por los electores a las respectivas Mesas Electorales.

Esta nueva obligación traslaticia a cargo del Servicio de Correos implica la realización, por su parte, de tres actuaciones claramente diferenciadas: trasladar los sobres electorales depositados en las distintas oficinas de Correos del país a las oficinas postales de las localidades donde estén situadas las mesas electorales de recepción; conservar, en estas oficinas, los sobres electorales remitidos por los ciudadanos; y, por último, entregar, el día de la votación, dichos sobres en las mesas electorales correspondientes.

En relación con esta última obligación hay que apuntar que el artículo 73.4 de la LOREG exige que lo haga a las nueve horas y, asimismo, que siga dando traslado de los que puedan recibirse a lo largo del día, aunque con una hora límite: las veinte horas, por ser éste el momento en que concluye el horario de votación en los colegios electorales.²⁹ La Ley puntuali-

²⁸ La Ley exige acreditar la identidad del elector en el momento en que el elector presenta su solicitud para votar por correo y en el instante en que recibe de la Delegación Provincial de la OCE la documentación electoral necesaria para ejercer su sufragio, pero no en el momento final de remisión del voto. Véase los Acuerdos de la JEC del 21 de mayo de 1991, 24 de abril de 1995, 10 de mayo de 1995 y 7 de mayo de 2003. Véase también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo del 27 de junio de 2003. Presno Linera se muestra en contra de esta interpretación; considera que el envío tiene que ser personal, salvo en el caso del procedimiento especial para los enfermos e incapacitados en que lo puede hacer la persona autorizada notarial o consularmente (2003, 222, nota 107).

²⁹ No obstante, si por cualquier circunstancia se prorrogara el horario de la votación en una mesa electoral y de ello tuviera conocimiento el Servicio Postal, debería entenderse prorrogado también el horario de entrega de votos en las Mesas Electorales.

za que los sobres recibidos con posterioridad deberán enviarse a la Junta Electoral de Zona correspondiente, la cual, lógicamente, aunque la Ley no lo diga, debe proceder a su destrucción.³⁰ No existe, por desgracia, ninguna posibilidad de cómputo de estos votos, careciendo las juntas electorales de cualquier competencia al respecto.³¹

Materialización del voto

La última fase del procedimiento ordinario de votación por correo tiene como protagonista único y exclusivo a las Mesas Electorales. Su intervención en este terreno consiste en materializar los sufragios de los votantes por correo que tienen custodiados,³² previa comprobación de determinadas circunstancias y posterior anotación del ejercicio del derecho de voto por el elector en la lista del censo que utiliza.

La ley ha dedicado cierta atención a esta fase. El artículo 88.2 de la LOREG dice que el presidente de la mesa electoral, una vez que ha concluido la votación de los electores que ejercen su sufragio directamente en el colegio electoral, “procede a introducir en la urna los sobres que contengan las papeletas de voto remitidas por correo, verificando antes que se cumplen las circunstancias expresadas en el párrafo tercero del artículo 73 y que el elector se halla inscrito en las listas del Censo” y que, “seguidamente, los vocales anotarán el nombre de estos electores en la lista numerada de votantes”.

En cuanto a la verificación de que se cumplen las circunstancias expresadas en el párrafo tercero del artículo 73, hay que apuntar que la lectura de este artículo no permite determinar con claridad cuáles son esas

³⁰ Así lo ha señalado la JEC en su Acuerdo del 2 de junio de 1995. El Real Decreto Ley 20/1977 del 18 de marzo, sobre normas electorales, sí recogía expresamente esta solución en su articulado, en concreto en el artículo 57.5.

³¹ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo del 24 de abril de 1979.

³² La Ley no dice nada sobre la custodia por la Mesa Electoral de los sobres electorales entregados por el Servicio de Correos, pero sería oportuno que el presidente tuviera siempre a la vista la documentación recibida o que la guardara bajo llave o que encargara a un vocal determinado de su custodia material.

circunstancias.³³ La interpretación más razonable, a nuestro juicio, exige ceñir la remisión del artículo 88.2 de la LOREG a tres de las circunstancias mencionadas en el artículo 73.3: que el envío se haya hecho por correo certificado, que el elector haya introducido en el sobre de remisión el sobre o sobres de votación y que, asimismo, haya colocado en dicho sobre de remisión el certificado de inscripción en el censo. Son los únicos elementos que la mesa electoral está en disposición de comprobar y que, al mismo tiempo, tiene sentido que compruebe.

No parece que ésta deba interesarse por las demás exigencias contenidas en el artículo 73.3. No encontramos motivo alguno que justifique comprobar que la remisión del voto ha tenido lugar antes del tercer día previo al de la celebración de las elecciones,³⁴ que el sobre de votación está cerrado³⁵ o que dentro del mismo se ha introducido efectivamente la papeleta de votación.³⁶ Y, desde luego, es totalmente imposible que la Mesa Electoral compruebe que ha sido el elector y no otra persona quien ha escogido la papeleta de votación.

³³ Recordemos el texto exacto de este artículo: “Una vez que el elector haya escogido o, en su caso, rellenado la papeleta de voto, la introducirá en el sobre de votación y lo cerrará. Si son varias las elecciones convocadas, deberá proceder del mismo modo para cada una de ellas. Incluirá el sobre o los sobres de votación y el certificado en el sobre dirigido a la Mesa y lo remitirá por correo certificado en todo caso antes del tercer día previo al de la celebración de las elecciones. Este sobre no necesita franqueo”.

³⁴ A la hora de contabilizar un voto que ha llegado a la Mesa tanto da si se ha emitido un día u otro. Lo importante es que haya llegado antes de concluir la votación. Es por ello por lo que la JEC ha declarado, en relación con los votos por correo certificados con posterioridad al tercer día anterior al de la votación, que los mismos no deben reputarse como nulos (Acuerdo del 17 de mayo de 1995). La legislación anterior se inclinó incomprensiblemente por la solución opuesta. El Real Decreto Ley 20/1977 del 18 de marzo, sobre Normas Electorales, exigía expresamente que la mesa electoral comprobara que el voto por correo se había emitido en tiempo hábil. Esta exigencia no tenía, como hemos indicado, mucho sentido, razón por la cual la LOREG no la ha recogido en su articulado.

³⁵ El que el sobre de votación no esté cerrado no perturba ningún principio electoral. Ni siquiera el del secreto del voto, pues la abertura que queda a la vista es insuficiente para advertir el sentido del voto. Ahora bien, para que a la hora del cómputo el sobre no se singularice respecto de los demás es necesario que el presidente coloque la lengüeta en su interior.

³⁶ El sobre que carece de papeleta en su interior es un voto en blanco y está admitido en nuestro ordenamiento (LOREG, artículo 96.5). Carece de sentido, por ello, comprobar si en el sobre de votación se ha introducido o no una papeleta electoral.

Fuentes consultadas

- Alexander, Kim. 2002. en el “coloquio” recogido en Francesc Pau I Vall coord. *El Parlamento del siglo XXI. VIII Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*. Madrid: Tecnos y Aelpa.
- Arnaldo Alcubilla, Enrique. 1995. *El derecho de sufragio de los emigrantes en el ordenamiento español*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- . 1997. Consideraciones sobre la reforma de la Ley Electoral en materia de voto por correo. En *IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el régimen electoral*, coord. Fernando Sainz Moreno. 1993. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Boletín Oficial de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados. 1992. Serie B, núm. 107-5 (25 de abril); núm. 107-7 (18 de mayo).
- Cotino Hueso, Lorenzo coord. 2007. *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías*. Granada: Comares.
- Espín Templado, Eduardo. 1977. Desarrollo y resultado de la elección. En *El proceso electoral*. Jorge de Esteban. Madrid: Labor.
- Esteban, Jorge de. 1977. Los conceptos generales. En *El proceso electoral*. Jorge de Esteban et al. Barcelona: Labor.
- Gálvez Muñoz, Luis A. 2001. “El voto por correo: ¿una nueva reforma?”, *Revista de Derecho Político* 52, 2001 (número monográfico sobre “el sistema electoral”).
- . 2007a. “El ejercicio del derecho de sufragio por los militares españoles en el extranjero. Examen crítico del procedimiento especial de votación previsto en la Orden 116/1999”, *Revista de Derecho Político* 70.
- . 2007b. “El régimen de votación del personal de las fuerzas armadas en el exterior”, *Revista Española de Derecho Militar* 90.
- . 2008a. “Trabajo y elecciones. El régimen jurídico de los permisos laborales para ejercer el derecho fundamental de sufragio”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* 137.

- . 2008b. Los permisos laborales para votar. El artículo 13.1 del Real Decreto 605/1999, de 16 de abril, de regulación complementaria de los procesos electorales. En *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*. Madrid: Cortes Generales.
- . 2009a. “Aproximación al voto electrónico presencial: estado de la cuestión y recomendaciones para su implantación”, *Revista de Teoría y Realidad Constitucional* 23.
- . 2009b. *La confección del voto*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- . 2009c. *El derecho de voto de los discapacitados y otras personas vulnerables*, Tirant lo Blanch.
- . 2009d. “El sistema de votación a la luz de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional* 87.
- . 2010. “El procedimiento de votación del personal embarcado”, *Revista de las Cortes Generales* 79.
- Mackencie, W. J. M. 1962. *Elecciones libres*. Traducción española de F. Condomines Pereña. Madrid: Tecnos (edición original: *Free elections*, 1957).
- Martínez de la Garza, Luis M. 2008. *El voto electrónico por internet, Constitución y riesgos para la democracia*. Madrid: Edisofer.
- Pau i Vall, Francesc. 1998. “Democracia e internet”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario* 10.
- Presno Linera, Miguel A. 2003. *El derecho de voto*. Madrid: Tecnos.
- Rose, Richard. 1983. “En torno a las opciones en los sistemas electorales: alternativas políticas y técnicas”, *Revista de Estudios Políticos* 34.
- Ruiz-Navarro Pinar, José L. 1986. Artículo 72. En *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General*. dir. Luis M^a Cazorla Prieto. Madrid: Civitas.

- Santolaya Machetti, Pablo. 1997. La crisis del procedimiento electoral español. En *IV Jornadas de Derecho Parlamentario. Reflexiones sobre el régimen electoral*, coord. Fernando Sainz Moreno, Enero 1993. Madrid: Congreso de los Diputados.
- . 1999. *Manual de procedimiento electoral*, 4ª ed. Madrid: Ministerio del Interior/Secretaría General Técnica.
- Torre Serrano, Andrés. 1989. El voto por correspondencia. *Actualidad Administrativa* 40.