

Mesa I

Sistemas electorales y principios constitucionales.

**VIII Congreso Mundial de la Asociación
Internacional de Derecho Constitucional**



TRIBUNAL ELECTORAL
del Poder Judicial de la Federación

Edición 2012.

D.R. © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Carlota Armero núm. 5000, colonia CTM Culhuacán,
CP 04480, delegación Coyoacán, México, DF,
teléfonos. 5728-2300 y 5728-2400.

Coordinación: Centro de Capacitación Judicial Electoral
Edición: Coordinación de Comunicación Social.

Las opiniones expresadas son responsabilidad exclusiva de los autores.

ISBN 978-607-708-111-1

Impreso en México.

Presentación	5
Adriano Sant'Ana Pedra	
La inelegibilidad del analfabeto en Brasil: una lectura desde la perspectiva de la teoría de la concretización	12
Manuel González Oropeza, Carlos Báez Silva y David Cienfuegos	
La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México	30
Alberto Ricardo Dalla Via	
La participación política y la reforma electoral	79
David Piedras Encino	
Laicidad en las campañas electorales en México y la garantía jurisdiccional del voto libre	97
Imer B. Flores	
La constitución del principio democrático (<i>vis-à-vis</i> el gobierno de la mayoría)	112
Elias Dinasy Nikos Skoutaris	
Gestión de los estados plurinacionales europeos: consolidando el consociacionalismo a través de los sistemas electorales	132
Woo-Young Rhee	
Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional	166

Jaroslav Sovinsky

Las reformas del sistema electoral en el espejo
de los principios constitucionales
(consideraciones en la República Checa)..... 195

Ron Levy

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral
y sus consecuencias democráticas.....219

Graeme Orr y K D Ewing

¿AV o no AV? Lecciones de Australia.....241

Vicente J. Navarro Marchante

Las listas electorales paritarias
en el ordenamiento español: una perspectiva
de derecho comparado europeo267

Rosario Serra y Pablo Oñate

La presencia de la mujer en los parlamentos
en España: cantidad y calidad de la paridad290

Bosa Nenadić Vesna Ilić-Prelić

La “renuncia en blanco” como una forma específica
de terminación del mandato de los representantes
en asambleas locales. La experiencia de la República
de Serbia.....315

Presentación

SISTEMAS ELECTORALES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

En México, la discusión sobre el derecho electoral ha ido en aumento, especialmente en la década final del siglo XX, con el modelo de justicia electoral instaurado en 1996, luego de la adscripción al Poder Judicial de la Federación de un tribunal especializado en la materia, al cual se le adicionó el reconocimiento de dos vías novedosas: el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano y el juicio de revisión constitucional electoral.

El efecto más importante de estas figuras procesales ha sido la maximización de los derechos políticos y el reconocimiento de un conjunto de principios que forman parte del acervo del que echa mano el juzgador electoral para realizar el control de constitucionalidad de los actos y resoluciones en materia electoral.

Hasta la fecha, el funcionamiento del sistema de medios de impugnación ha tenido un interesante desarrollo en la doctrina nacional sobre el derecho electoral y, al mismo tiempo, ha servido para incentivar los ejercicios de revisión de la literatura y derechos extranjeros en la materia. Lo anterior ha permitido advertir la diversidad de modelos de organización electoral de otras latitudes y que otras experiencias jurisdiccionales sean citadas y confrontadas en el ámbito nacional, especialmente en el debate que se desarrolla en los tribunales.

En tal sentido, ningún esfuerzo por debatir puede considerarse idóneo si no se cuenta con información actualizada, adecuada y accesible. Como parte de su labor de difusión, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ha convenido con los coeditores poner al alcance de los interesados la presente obra, cuyos textos fueron presentados como ponencias en la mesa “Sistemas electorales y principios constitucionales” del VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, celebrado en la Ciudad de México del 6 al 10 de diciembre de 2010. El tema de la mesa relaciona dos conceptos: sistema electoral y principio constitucional.

El concepto de sistema electoral es estudiado en este libro desde dos perspectivas diferentes: entendido en un sentido amplio, que incluye los fenómenos relacionados con las elecciones, donde se utiliza como sinónimo de derecho electoral, o, más preciso, de algunas de las manifestaciones del derecho electoral, La otra perspectiva, en un sentido restringido, se refiere a la forma en la que los electores emiten su voto y los votos se convierten en escaños o en puestos ejecutivos de gobierno.

Presentación

En este sentido, el orden en el que se presentan los textos obedece al concepto de sistema electoral al que más se acercan. Los primeros cuatro textos presentan un concepto amplio de sistema electoral:

Adriano Sant'Ana estudia el tema de la inelegibilidad en el caso de las personas analfabetas en Brasil. En su estudio señala que, según la teoría de la concretización, las normas constitucionales resultan de la conexión entre el programa normativo (*normprogramm*), es decir, su expresión literal, y el ámbito normativo (*normbereich*). La norma no puede ser aislada de la realidad. En la sociedad brasileña hay un alto índice de personas analfabetas, debido a que el Estado brasileño no les proporcionó un acceso efectivo a la educación básica; por lo tanto, el autor considera injusto que sea inelegible una persona cuando fue víctima de la ausencia del gobierno en la prestación del derecho fundamental a la educación. Es así que, tomando en cuenta el contexto social brasileño, realiza una crítica a los requisitos de elegibilidad que impiden que las personas analfabetas sean parte de la vida política en relación a este derecho, el cual se considera fundamental.

Manuel González Oropeza, Carlos Báez Silva y David Cienfuegos Salgado hablan de la suspensión del derecho al sufragio por cuestiones penales. En este texto, los autores inician con una descripción del marco teórico y legal de los derechos políticos en México, haciendo un breve desarrollo histórico. Después muestran el marco constitucional que establece las causas de suspensión de los derechos políticos en México, para luego hacer un análisis histórico de los antecedentes de las disposiciones que las contienen. Una vez descrita y analizada la legislación aplicable, los autores revisan y sistematizan los precedentes de los órganos jurisdiccionales de la Federación en materia penal relacionados con la suspensión, para después analizar los casos relevantes que fueron resueltos por el TEPJF. Por último, los autores analizan tres casos sobresalientes en el derecho comparado, para concluir con la propuesta de una nueva interpretación de la suspensión de estos derechos.

Alberto Ricardo Dalla Via se concentra en el tema de la participación política y la reforma electoral en el caso de Argentina. Su estudio parte de la reforma constitucional de 1994 en ese país. Muestra los cambios en materia de participación política y hace énfasis en los aspectos más importantes de los derechos relacionados con ésta. Así, se ocupa primero del plano conceptual de los derechos políticos, para luego pasar a su desarrollo en el marco constitucional y legal de esa nación. El autor revisa los fallos jurisdiccionales más importantes en la materia (tanto nacionales como internacionales), con lo que se muestran casos en los cuales se han ampliado estos derechos, pero también se plantean los problemas que

Presentación

representa desarrollarlos. Posteriormente, describe los principales elementos de la participación política en la reforma electoral, para después mostrar los rasgos de la reforma que le parecen relevantes (las agrupaciones políticas, el proceso electoral, las acciones procesales y la administración electoral).

David Piedras Encinas presenta un artículo acerca de la laicidad en las campañas y su relación con el voto libre y su garantía. En la construcción del texto, el autor parte del marco conceptual del Estado laico, la libertad religiosa y el derecho al voto, para después analizar la aplicación del principio constitucional de la laicidad del Estado a través de distintas sentencias. En este punto, el autor se concentra en particular en el caso Yurécuaro, por considerarlo paradigmático. A través del marco jurídico y de las sentencias analizadas, muestra las prohibiciones federales y locales para el uso de símbolos y expresiones religiosas en los procesos electorales, para concluir que el Tribunal Electoral ha cumplido su función al velar por la prevalencia del orden constitucional y social.

Los siguientes nueve textos se acercan más a un concepto restringido de sistema electoral:

Imer Flores hace un estudio que parte de la filosofía del derecho como marco teórico, enfocado al principio mayoritario (o de la mayoría), para establecer la manera adecuada en la que éste debe entenderse dentro de una democracia. Con esto, intenta mostrar las tensiones de este principio en el sistema constitucional. Así, analiza los componentes del principio democrático, de lo general, para llegar a los principios específicos en lo particular. En su artículo se muestran las tensiones entre el principio mayoritario y el principio democrático; se realiza la comparación y se encuentran las semejanzas entre ambos. En el estudio, hecho principalmente desde la filosofía, se concluye sobre la forma en la que deben entenderse los dos principios y sobre la manera correcta en la que deben ser relacionados.

Elias Dinas y Nikos Skoutaris desarrollan un estudio sobre las sociedades divididas de carácter plurinacional en Europa, a la luz del consociacionalismo, para determinar si las sociedades democráticas de estas características han logrado consolidar ese principio. Los autores estudian el modelo de consenso democrático y su transformación o traducción en los sistemas electorales de estas sociedades. El texto pretende mostrar la luz al estado actual del consociacionalismo que se intentó utilizar para minimizar las divisiones tanto religiosas como étnico-lingüísticas en las sociedades europeas de carácter dividido. En este estudio se intenta encontrar una relación causal entre los modelos de democracia de estas sociedades y el tipo de sistema electoral que tienen.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Presentación

Woo-Young Rhee se enfoca en el caso de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional. En el análisis, la diversidad étnica y cultural juega un papel fundamental. El autor muestra cómo esta variedad se ha ido filtrando en el sistema democrático-constitucional, con los retos y particularidades que ello representa, y, así, hace evidente cómo intervienen el marco constitucional y los principios constitucionales en este problema. La participación de estos grupos en el sistema electoral de ese país vuelve compleja la idea de la participación y representación, que actúan como minorías en el sistema político. Estas condiciones y sus implicaciones son analizadas para llegar a conclusiones que son resultado del contexto y de la forma en la que el sistema electoral juega para lidiar con ellas.

Jaroslav Sovinsky se concentra en el tema de las reformas al sistema electoral de la República Checa desde la perspectiva y el análisis de los principios constitucionales. La primera parte es el marco conceptual de los fundamentos generales del sistema electoral, de los principios constitucionales relacionados con las elecciones y con el derecho al voto. En este apartado se advierte la politización que se puede dar al sistema electoral para ser manipulado y beneficiar a actores de la política, como los partidos políticos. El autor desarrolla la manera en que se estructuró el sistema electoral de ese país en las distintas integraciones del gobierno desde 1988 hasta 2010. Después, muestra los cambios y las particularidades del sistema electoral en tres periodos de elecciones (1990-92, en Checoslovaquia; 1993-2010, en la República Checa, y 1993-2010, en la República Eslovaca), para, posteriormente, establecer las conclusiones derivadas del análisis de estas naciones y sus comicios.

Ron Levy analiza cómo se aplica el principio de igualdad en tres países: Australia, Canadá y Estados Unidos, fundamentalmente en la cartografía electoral. Para estudiarlos, parte de un marco conceptual sobre los tipos de justicia perfeccionista, positiva y negativa. Posteriormente, observa en los dos primeros la implementación de comisiones independientes y criterios jurisprudenciales en materia de cartografía electoral. En el caso de Estados Unidos, los actores buscan mantenerse en el poder a través de la manipulación partidista, por ejemplo, con el manejo de dos técnicas: desproporcionalidad y *gerrymandering*. Finalmente, señala que este rediseño tiene que ver con nuevas concepciones de justicia basadas en las prácticas democráticas de cada país. La ironía de las reformas modernas es que ambas alternativas delegan poder a elementos en el gobierno que pueden ser los menos confiables: los partidos políticos.

Graeme Orr y K. D. Ewing estudian el caso particular de Australia en relación con el voto alternativo. Los autores parten de la exposición conceptual del voto

Presentación

alternativo, para después explicarlo desde una perspectiva empírica, de acuerdo con la forma en la que funciona y la manera en la que se relaciona con los actores del ámbito electoral (votantes, partidos políticos, candidatos y reguladores del proceso electoral). El análisis muestra algunas de las ventajas del voto preferencial o alternativo, pero también advierte que existen ciertos puntos en contra del sistema de votación que deben ser tomados en cuenta.

Vicente Navarro analiza al Estado liberal y social y su deber de lograr que el principio de igualdad sea real y efectivo. Estudia la necesidad de recurrir a medidas de *affirmative action* para grupos que no se encuentran en condiciones de igualdad, con la finalidad de lograrla en la ley, en el caso de España. En un segundo apartado hace una aproximación a las fórmulas de fomento de la paridad en los sistemas electorales de derecho comparado europeo. Posteriormente, analiza desde la jurisprudencia los problemas y efectos (2007-2009) de constitucionalidad de las cuotas electorales paritarias. En este estudio encuentra que los gobiernos democráticos han buscado fórmulas para incrementar la presencia de mujeres en los órganos de representación política por distintos medios; en particular, reflexiona sobre el papel de las cuotas electorales para subsanar los problemas de representación.

Rosario Serra y Pablo Oñate tratan un tema similar al anterior. Ellos se centran en el déficit de mujeres en el parlamento español. Uno de los problemas que encuentran es que, aunque ha aumentado la presencia de este género en puestos relevantes y se contempla este derecho como constitucional, existen puntos fundamentales que deben ser abordados para conocer el panorama completo. Como factores que explican este fenómeno, analizan el papel de los partidos políticos, las iniciativas legislativas regionales y estatales que se encaminan a disminuir las diferencias de participación entre los géneros. Finalmente, observan la eficacia de la ley en el Congreso de Diputados y en los parlamentos autonómicos. Aunque las conclusiones a las que arriban pueden considerarse optimistas para el caso español, por el lugar que ocupa entre el número considerable de países europeos, la idea de la paridad verdadera pareciera no estar tan cercana, por distintos motivos, como la falta de homogeneidad de la participación en los espacios políticos.

Finalmente, Bosa Nenadic parte del caso de la República de Serbia para estudiar el tema de la terminación del mandato de los representantes en asambleas locales a través del uso de la “renuncia en blanco”. En el artículo se muestran los problemas contextuales en los que se involucra la renuncia en países como Serbia, en donde, a diferencia de otras regiones democráticas, este instrumento es simplemente la expresión de la voluntad libre del representante para terminar

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Presentación

con su encargo. Sin embargo, el contexto serbio produce problemas al hacer uso de este medio. Al respecto se analizan decisiones importantes, en especial las realizadas por la Corte Constitucional de Serbia después de una modificación legal que permitía el uso de las renunciaciones en blanco. El eje del artículo gira en torno a la tensión entre la idea de los derechos liberales de cada funcionario y la idea de la responsabilidad y la disciplina partidista.

Como se observa, los artículos que integran este libro se conectan en puntos fundamentales para el derecho electoral y para los sistemas electorales, desde temas como el derecho al sufragio, la participación política, la igualdad, la inclusión de las minorías y las acciones afirmativas, hasta los aspectos técnicos de los sistemas electorales en los casos particulares.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación confía en que este esfuerzo institucional contribuya para que los interesados en la temática electoral cuenten con más elementos de análisis y discusión. Estamos seguros de que ello contribuye también a consolidar el régimen democrático, en el cual caben todas las voces, basadas en argumentos y en información actualizada.

La reflexión que resulte luego de la lectura de estos ensayos será la necesaria constatación de que los esfuerzos editoriales, a cargo de las instituciones jurisdiccionales, no deben ser soslayados.

*Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación*

La inelegibilidad del analfabeto en Brasil: una lectura desde la perspectiva de la teoría de la concretización

Adriano Sant'Ana Pedra^{*}

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo; profesor de la Facultad de Derecho de Vitória.

SUMARIO

I. Introducción; II. La elegibilidad como derecho fundamental político; III. La situación del analfabeto en Brasil; IV. La importancia del contexto social para determinar la inelegibilidad del analfabeto; V. Conclusiones, VI. Fuentes consultadas

I. INTRODUCCIÓN

El peor analfabeto es el analfabeto político. Él no oye, no habla ni participa de los acontecimientos políticos. No sabe que el costo de la vida, el precio del poroto, del pan, del pescado, de la harina, del alquiler, del zapato y de los remedios dependen de decisiones políticas. El analfabeto político es tan burro que se enorgullece y ensancha el pecho diciendo que odia la política. No sabe el imbécil que de su ignorancia política nace la prostituta, el menor abandonado y el peor de todos los bandidos, que es el político corrupto, mequetrefe y lacayo de las empresas nacionales y multinacionales.

Bertolt Brecht, *El analfabeto político*

La elección de los representantes políticos es un tema dificultoso en la democracia representativa. Mediante las elecciones, el pueblo, titular del poder, designa a aquellas personas que tomarán las decisiones en su nombre. Sin embargo, no todos los individuos son aptos para ser electos, pues, para tal fin, es preciso cumplir con ciertas condiciones establecidas en la Constitución.

El texto de la Constitución Federal brasileña (en adelante CF) prescribe que los analfabetos son inelegibles (CF artículo 14, apartado 4). Se percibe allí una restricción a un derecho fundamental, que sólo será legítimo si se demuestra su razonabilidad. El tema asume una dimensión amplia, porque Brasil, desgraciadamente, todavía presenta altos índices de analfabetismo.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La inelegibilidad del analfabeto en Brasil

El asunto también presenta muchas divergencias, debido a que no es posible definir con precisión el grado de instrucción que un candidato debe tener para ser considerado alfabetizado, y, por lo tanto, elegible; principalmente tomando en consideración la realidad social de cada una de las millares de circunscripciones electorales en Brasil, y teniendo a la vista la exigencia del conocimiento para desempeñar las atribuciones de los diversos cargos electivos existentes.

Un análisis de la inelegibilidad del analfabeto será hecho a partir de la teoría de la concretización constitucional. Con el fin de emanciparse de una hermenéutica tradicional, en este trabajo son adoptadas algunas de las proposiciones de la metódica estructurante de Friedrich Müller. En este contexto, se toma el ordenamiento constitucional como un sistema normativo abierto; la teoría concretista de Friedrich Müller se propone atender las demandas de la sociedad contemporánea, que tiene como características la diferenciación social y el pluralismo político.

Dentro de este contexto, es imprescindible hacer la distinción entre texto normativo y norma. La estructura de la norma constitucional se presenta determinada por el programa normativo y por el ámbito normativo, y la conexión entre ambos resultará en la norma de decisión. Todo este análisis permitirá verificar en qué medida la inelegibilidad del analfabeto dependerá del contexto experimentado.

II. LA ELEGIBILIDAD COMO DERECHO FUNDAMENTAL POLÍTICO

Los derechos políticos constituyen el poder que los ciudadanos activos tienen de participar directa o indirectamente de las decisiones de su Estado (Pedra citado en Furtado 2010). Los derechos políticos son derechos públicos subjetivos que invisten al individuo en el *status civitatis*, constituido por instrumentos que permiten disciplinar las formas de actuación de la soberanía popular, permitiendo el ejercicio de la libertad de participación en los negocios políticos del Estado.

Según José Joaquim Gomes Canotilho y Vital Moreira, “los derechos políticos (o de participación política) son derechos de ciudadanía, o sea, derechos de los individuos como ciudadanos, como miembros de la ‘República’, es decir, de la colectividad políticamente organizada, y son simultáneamente parte integrante de la garantía del principio democrático, constitucionalmente garantizado” (Canotilho y Moreira 2007).

Conforme con lo que establece la Constitución brasileña de 1988, en su artículo 14, caput, la soberanía popular será ejercida por el sufragio universal y por el voto directo y secreto, con valor igual para todos y, en los términos de la ley, mediante plebiscito,

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La inelegibilidad del analfabeto en Brasil

referendo e iniciativa popular. En los términos de la Constitución brasileña, es posible enumerar como derechos políticos el derecho al sufragio; el derecho al voto en elecciones, plebiscitos y referendos; la iniciativa popular; la acción popular; la organización y participación de partidos políticos, así como la elegibilidad.

La elegibilidad es el derecho subjetivo público que tiene el ciudadano para someter su nombre a la apreciación de sus pares, postulando la designación para un mandato político en el Poder Legislativo o en el Ejecutivo, mediante el sufragio popular.

Según Luís Pinto Ferreira, la elegibilidad es “el derecho del ciudadano de ser escogido mediante votación directa o indirecta para representante del pueblo o de la comunidad, según las condiciones establecidas por la Constitución y por la legislación electoral (Ferreira 1983).

La verificación de la elegibilidad de un ciudadano es *conditio sine qua non* para la efectividad de una candidatura, siendo necesaria además la conveniencia personal del ciudadano y del partido político al cual se haya afiliado, que deberá someterlo a la convención partidaria para escoger a sus candidatos.

Sin embargo, como no existen derechos absolutos, la elegibilidad tampoco lo será. Se puede afirmar que la inelegibilidad es la ausencia de capacidad electoral pasiva, o sea, la inexistencia del derecho de ser votado, constituyendo así una restricción al status de ciudadanía activa.

En las palabras de Luís Pinto Ferreira, “la inelegibilidad es lo contrario de la elegibilidad” (Ferreira 1983, 364), y se configura por la ineptitud jurídica para recibir el voto, impidiendo, de esa forma, la existencia de la candidatura. Según la lección de Carlos Mario da Silva Velloso y Walber de Moura Agra, “inelegibilidad es la imposibilidad del ciudadano ser electo para cargo público, en razón de no poder ser votado, impidiéndolo de ejercer sus derechos políticos de forma pasiva” (Velloso y Agra 2009, 56), no obstante, permanecer intacta su ciudadanía activa, es decir, el derecho de votar en las elecciones.

En los términos del texto constitucional brasileño (artículo 14, apartado 4) los analfabetos¹ son inelegibles, así, están imposibilitados de ejercer un cargo electivo.² No obstante esta prescripción, en la Constitución no se explica el concepto de analfabeto ni los criterios que deben ser verificados para que el candidato al cargo electivo pueda o no ser considerado como tal.

¹ Para éstos el voto es facultativo, en los términos del artículo 14, apartado 1, II, A, CF.

² El texto constitucional chileno también hace exigencia de instrucción mínima para el ejercicio de cargo electivo. De acuerdo con la Constitución de Chile (artículo 46), para ser electo senador se requiere ser ciudadano con derecho a sufragio, haber cursado la educación media o su equivalente y contar con 35 años cumplidos para el día de la elección (Marinkovic, Urquiaga y Alcalá 2005, 229).

III. LA SITUACIÓN DEL ANALFABETO EN BRASIL

Las restricciones por deficiencia de instrucción, a pesar de las críticas que merecen, son a menudo justificadas por razones de necesidad de un grado mínimo de instrucción para el ejercicio consciente del derecho del sufragio (Pedra 2005b, 208). En Brasil, los analfabetos son inelegibles (artículo 14, apartado 4, CF) y, para ellos, el alistamiento electoral y el voto son facultativos (artículo 14, apartado 1, II, A, CF). Conviene decir que el derecho de sufragio no era reconocido a los analfabetos³ en Brasil, hasta la Enmienda Constitucional número 25/1985, que modificó el texto constitucional anterior (1967/1969).

Que un país tenga un elevado número de adultos analfabetos, restringidos pura y simplemente del pleno ejercicio de los derechos políticos, significa que se han olvidado de que la educación es un derecho de todos y es un deber del Estado,⁴ y tiene como objetivo preparar a las personas para el ejercicio de la ciudadanía (artículo 205, CF).

Según datos del Instituto Brasileño de Geografía y Estadísticas (IBGE), la situación de la educación en Brasil presentó mejoras significativas en las últimas décadas del siglo XX. Hubo una caída sustancial de la tasa de analfabetismo de personas de 15 años de edad o más⁵ en los siguientes porcentajes: 33.6% en 1970, 25.5% en 1980, 20.1% en 1991, 13.6% en 2000 y 11.8% en 2002. No obstante, y a pesar de la reducción presentada, en Brasil todavía hay 14.6 millones de personas analfabetas,⁶ una cantidad absolutamente alarmante.

El esfuerzo para mejorar la educación de los brasileños no es reciente. Según el Instituto Nacional de Estudios y Pesquisas Educativas Anísio Teixeira (INEP), en el mapa del analfabetismo en Brasil la historia muestra que “tan antiguas como el analfabetismo en el país, son las tentativas de erradicarlo” (INEP 2000). Dentro de esas tentativas están las siguientes

³ Sin embargo, los analfabetos permanecen privados de la capacidad electoral pasiva.

⁴ El analfabetismo es un problema histórico de nuestro país, y también era preocupación del legislador constituyente. En discurso en la ocasión de la promulgación de la Constitución brasileña, el presidente de la Asamblea Constituyente recordó que “en un país de 30.401.000 analfabetos, vergonzosos 25% de la población, cabe advertir: la ciudadanía comienza con el analfabeto” (Bonavides y Andrade 1991).

⁵ Conviene anotar que en Brasil, el alistamiento electoral y el voto son obligatorios para los mayores de 18 años (artículo 14, apartado 1, I, CF), y facultativos para “a) los analfabetos; b) los mayores de setenta años; c) y los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años” (artículo 14, apartado 1, II, CF). Además de eso, es condición de elegibilidad “la edad mínima de: a) treinta y cinco años para Presidente y Vice-Presidente de la República y Senador; b) treinta años para Gobernador y Vice-Gobernador de Estado y del Distrito Federal; c) veinte y un años para Diputado Federal, Diputado Estatal o Distrital, Prefecto, Vice-Prefecto y Juez de Paz; d) dieciocho años para Concejal” (artículo 14, apartado 3º, VI, CF).

⁶ Si fueren consideradas aquellas personas que no concluyeron el proceso de alfabetización, que dura cuatro años, Brasil presentaba en 2002 un total de 32.1 millones de personas en esa situación, lo que representaba 26% de la población de 15 años o más de edad (IBGE 2010).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La inelegibilidad del analfabeto en Brasil

propuestas de alfabetización: Campaña de Educación de Adolescentes y Adultos (1947, Gobierno de Eurico Gaspar Dutra); Campaña Nacional de Erradicación del Analfabetismo (1958, Gobierno de Juscelino Kubitschek); Movimiento de Educación de Base (1961, creado por la Conferencia Nacional de Obispos de Brasil); Programa Nacional de Alfabetización valiéndose del método Paulo Freire (1964, Gobierno de João Goulart); Movimiento Brasileño de Alfabetización Mobral (1968-1978, gobiernos de la dictadura militar); Fundación Nacional de Educación de Jóvenes y Adultos Educar (1985, gobierno de José Sarney); Programa Nacional de Alfabetización y Ciudadanía (PNAC) (1990, gobierno de Fernando Collor de Mello); Declaración Mundial de Educación para Todos (firmada en 1993 por Brasil en Jomtien, Tailandia); Plano Decenal de Educación para Todos (1993, gobierno de Itamar Franco), y el Programa de Alfabetización Solidaria (1997, gobierno de Fernando Henrique Cardoso). Tales programas tenían como objetivo combatir el analfabetismo. No obstante que algunos hayan dejado relevantes contribuciones, otros fueron marcados por la selectividad, exclusión social, dominación e imposición cultural, y, por eso, no lograron su objetivo.

Es preocupante la cantidad de personas analfabetas, lo que exige la implantación de políticas públicas que mejoren las condiciones educacionales de los brasileños. La alfabetización proporciona posibilidades de inserción social, como instrumento para una sociedad más justa e igualitaria. El individuo, al tornarse un lector, adquiere más autonomía en relación con su propia vida. En ese sentido, es oportuna la cita de Paulo Freire, para quien no existe transformación social sin la contribución de la educación: “Lo importante del punto de vista de una educación libertadora, y no ‘bancaria’, es que, en cualquiera de los casos, los hombres se sientan sujetos de su pensar, discutiendo su pensar, su propia visión del mundo, manifestada implícita o explícitamente, en sus sugerencias y en las de sus compañeros” (Freire 1987).

La alfabetización, así como la adquisición del conocimiento que ella proporciona, ha significado históricamente un privilegio que permite la detentación del poder por las clases dominantes.⁷ Cagliari afirma que la disminución del analfabetismo representaría el “compartir del saber del poder y del poder del saber. La igualdad de chances se tornaría peligrosa demás para los que desean mandar y tener quiénes les obedezcan. Nada mejor que la ignorancia para generar la obediencia ciega, el servilismo y el conformismo, como destino irrevocable de la condición humana” (Cagliari 1989).

⁷ Según datos del Instituto Nacional de Estudios y Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), las tasas de analfabetismo están directamente relacionadas a la renta familiar. En los hogares brasileños que poseen renta inferior a un salario mínimo (lo equivalente a cerca de 300 dólares) el índice alcanza 29%, mientras que en las familias que poseen renta superior a 10 salarios mínimos, el índice es de apenas 1.4% (INEP 2010).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La inelegibilidad del analfabeto en Brasil

Sin embargo, para que una norma jurídica sea válida para todos, debe ser conocida por todos. La igualdad política “es tal vez el aspecto más importante bajo el cual podemos abordar la cuestión de la igualdad. Ella exige que cualquier persona, desde que pueda decidir libremente, pueda participar del poder del Estado por el voto, aún siendo analfabeto” (Salgado 1996). Y sólo garantizando la igualdad es que una sociedad pluralista puede entenderse también como una sociedad democrática.⁸

En verdad, si el pueblo es incapaz⁹ de entender los problemas del Estado, se debe única y exclusivamente al propio Estado. En el umbral del siglo XXI, a pesar de todos los avances que la humanidad conquistó, muchos países aún se encuentran en un universo de represión intelectual.

El acceso a la educación es uno de los derechos humanos más importantes, y está directamente relacionado con la participación política de los ciudadanos. Entretanto, desgraciadamente, en Brasil, “de ella están excluidos los analfabetos, lo que en verdad importa prácticamente en la exclusión de la mitad de la población brasileña, en condiciones de la edad, de la participación en ese proceso político” (Ferreira Filho 1999).

Existen muchos municipios del interior de Brasil donde más de la mitad de la población adulta es analfabeta. En estos casos, ¿cómo impedir que un analfabeto sea el representante político de esa comunidad? Hacer una interpretación literal del artículo 14, apartado 4, de la Constitución brasileña es dejar a esta multitud de analfabetos sin representación.

Otro problema es la identificación de quién es analfabeto en los términos de la Constitución. Todas las personas nacen analfabetas, evidentemente, y, en cuanto a los recién nacidos, es posible tener la certeza de su absoluto desconocimiento de la lectura y de la escritura. ¿Pero qué decir de una persona que cumplió 18 años (edad mínima para elegirse en Brasil), aunque nunca haya tenido acceso a la escuela? No se puede despreciar que esta persona tenga conocimientos mínimos de letras y números, por

⁸ Marcelo Campos Galuppo explica que una sociedad pluralista precisa ser también una sociedad democrática. “Caso contrario, su existencia como sociedad pluralista también estaría amenazada. Pues sólo en una sociedad democrática el pluralismo puede ser ejercido y, así, dejar de ser una mera existencia de concepciones divergentes para tornarse la convivencia de proyectos realizados en la medida de lo posible” (Galuppo 2002).

⁹ A este respecto, comenta María Victoria de Mesquita Benevides: “El pueblo es incapaz, según tales creencias, porque, entre sus múltiples carencias, se destaca que: el pueblo es incompetente para votar en cuestiones que ‘no puede entender’; es incoherente en sus opiniones (cuando las tiene) y es, aún, políticamente irresponsable, nada le es exigido; el pueblo tiende a votar de forma más ‘conservadora’ y, cuando es muy solicitado, se torna ‘apático’ para la participación política; el pueblo es más vulnerable que sus representantes a las presiones del poder económico y de los grupos ‘superorganizados’; el pueblo es dirigido por la ‘tiranía de la mayoría’ y dominado por las ‘pasiones’” (Benevides 2003).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La inelegibilidad del analfabeto en Brasil

ejemplo, lo que le permite tomar cierto autobús para ir al trabajo o, más aún, apretar el botón correcto en el elevador para ser conducido al piso que desea.

Conviene decir que incluso para aquellas personas que tuvieron acceso a la escuela y permanecieron en ella por más de tres años, no hay garantía de un acceso autónomo a las prácticas sociales de lectura y escritura. Muchas de esas personas no son capaces de leer textos largos ni de encontrar y relacionar sus informaciones.

Según estadísticas del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), se considera analfabeta a aquella persona que declara no saber leer ni escribir una nota simple en el idioma que conoce, o que declare que aprendió a leer pero se le olvidó.¹⁰ Hasta el año 1940, los formularios del censo definían a la persona como alfabetizada o analfabeta preguntándole si sabía escribir su propio nombre. A partir del censo de 1950, y hasta el año 2000, la pregunta fue: “¿Sabe leer y escribir una nota simple?” (IBGE 2001a). El cambio en la pregunta refleja la preocupación con respecto al uso social de la escritura y no una mera confirmación acerca de saber escribir (o, incluso, dibujar) su propio nombre.

Es posible, entonces, identificar una gradación del nivel de alfabetización de una persona, la cual parte desde (1) aquellas que no consiguen realizar tareas simples que abarcan la decodificación de palabras y frases, y pasa por (2) aquellas que son capaces de localizar informaciones explícitas en textos cortos; sigue por (3) aquellas que tienen la capacidad para localizar informaciones en textos un poco más extensos, y pueden hacer pequeñas deducciones; hasta (4) aquellas que pueden leer textos largos y logran relacionar partes de un escrito, hacer inferencias y síntesis.

Adriano Soares da Costa escribe que “no existe -ni existirá- un criterio seguro y definitivo” para la aplicación del signo analfabetismo (Costa 2009, 105). Y adiciona que hay situaciones en las que “podrá el lector recitar algunas palabras, o frases, o texto entero, inclusive con alguna dificultad. Al término de la lectura, indagado sobre lo que leyó, no expresará algún entendimiento. ¿Sería él un analfabeto, o un semi-analfabeto, o cómo clasificarlo?” (Costa 2009). Resalta, ante la evidencia, la vaguedad del término analfabetismo, que no puede ser aplicado con integral tranquilidad, sin algunos criterios que auxilien su uso.

Es posible decir así, que el término “analfabetismo” es vago. Una palabra es vaga cuando no se puede decir, en ciertos casos, si se aplica o no al objeto. En ese sentido, la vaguedad se refiere a la extensión.

¹⁰ Según datos del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) de 2001, 35% de los analfabetos ya asistieron a la escuela (IBGE 2001b).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La inelegibilidad del analfabeto en Brasil

En los términos vagos no hay una regla definida para su aplicación. Existe un estado de indeterminación de la palabra. La vaguedad puede ser considerada como “la incapacidad de determinar si el lenguaje de la realidad social está contenida en el concepto de una palabra. Dicho de otra manera: es la imposibilidad de aplicar determinada palabra al lenguaje de la realidad social” (Moussalem 2001).

Los criterios mediante los cuales se pretende explicar el significado de un término del lenguaje natural no permiten decidir, en todos los casos, “los límites precisos para su denotación, debiendo los usuarios decidir pragmáticamente si incluyen o no determinadas situaciones, objetos o subclases de términos dentro de la denotación” (Warat 1995).

Existen zonas de “certeza positiva”, zonas de “certeza negativa” y zonas de “incerteza”. Hay situaciones en las que las palabras se aplican perfectamente al lenguaje constitutivo de lo real (zonas de certeza positiva) y hay otras situaciones en las que la inaplicabilidad es manifiesta (zonas de certeza negativa). Sin embargo, en determinados casos, la aplicabilidad de la palabra es incierta (zonas de incerteza). “Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos” (Carrió 2006).

Muchas palabras no son consideradas vagas porque no suscitan dudas en nuestra mente, pero “todas las palabras que usamos para hablar del mundo que nos rodea, y de nosotros mismos, son, al menos, potencialmente vagas” (Carrió 2006), pues sus condiciones de aplicación no están determinadas en todas las direcciones posibles.

Siempre es posible imaginar circunstancias, suposiciones o casos delante de los cuales el uso no sugiere la aplicación o no del término. Además, “un texto que en su letra o a la luz de la experiencia parecía claro, puede oscurecerse delante de un caso nuevo” (Queiroz 2000). Es lo que ocurre con la palabra analfabeto. Por eso, Herbert L. A. Hart afirma que las lenguas naturales tienen irreductiblemente una textura abierta (Hart 2001).

IV. LA IMPORTANCIA DEL CONTEXTO SOCIAL PARA DETERMINAR LA INELEGIBILIDAD DEL ANALFABETO

La Constitución abierta es una característica de las sociedades complejas, porque, delante de la multiplicidad de los problemas que pueden surgir, la Constitución necesita de soluciones para acompañar este casuístico problemático, y, por eso, el contenido de esas normas necesita ser objeto de concretización.

Mientras en la hermenéutica tradicional “la interpretación era comprendida apenas como el develamiento del sentido del texto normativo”, en la concretización “el proceso interpretativo no es tan sólo cognitivo, sino fundamentalmente volitivo, creativo” (Tavares 2006). En este sentido, “el derecho es esencialmente voluntarista, vale decir, necesita de la voluntad del intérprete” (Bastos 2002). En virtud de eso, es posible decir que “toda concretización constitucional es perfeccionadora y creativa” (Bonavides 2003) y que “la norma es construida, por el intérprete, en el proceso de concretización del derecho” (Grau 2006).

Por eso Friedrich Müller dice que la teoría estructurante del derecho no es sólo una nueva concepción, sino que además es una concepción innovadora de la teoría del derecho. Ella “resulta, por primera vez, de un *concepto pos-positivista de norma jurídica*” (Müller 2007). La norma jurídica no más se encuentra lista en los textos normativos, pero solamente será producida en cada proceso particular de solución jurídica de un caso. Así, escribe Friedrich Müller: “Concretizar significa producir delante de la provocación por el caso de conflicto social, que exige una solución jurídica, la norma jurídica defendible para ese caso en el marco de una democracia y de un Estado de derecho” (Müller 2007).

La metódica estructurante de Friedrich Müller es formada por tres elementos: (i) el programa normativo, (ii) el ámbito normativo y (iii) la norma de decisión. Según el método concretista¹¹ de Friedrich Müller,¹² no hay identidad entre la norma y el texto de la norma.

Siempre que los juristas hablan y escriben acerca de ‘la’ Constitución entienden por tal el texto de ésta; cuando hablan de ‘la’ ley entienden por tal su tenor literal. Por

¹¹ En las palabras del propio autor, “se puede decir, en caso que se quiera, ‘concretista’. Eso expresa, creo yo, lo mismo que cuando llamé mi Teoría y metódica del derecho de ‘realista’” (Müller 2007).

¹² Paulo Bonavides escribe que el método concretista de Friedrich Müller “tiene su base medular o inspiración mayor en la tópica” (Bonavides 2003). Pero el propio Friedrich Müller contesta esta visión: “No estoy de acuerdo con Paulo Bonavides cuando él afirma poseer mi posición una ‘inspiración tópica’” (Müller 2007).

La inelegibilidad del analfabeto en Brasil

el contrario, la nueva dirección que ha tomado la hermenéutica jurídica ha llevado a destacar la realidad fundamental de la diferencia entre norma y texto de la norma (Müller 2006).

Para Friedrich Müller, el tenor literal de una prescripción de Derecho positivo resulta ser tan sólo la “punta del tímpano”.

La teoría estructurante del derecho considera como normativos aquellos elementos que confieren una dirección o rumbo al proceso decisorio, es decir, elementos sin los cuales el caso sería decidido de manera diferente. Esos elementos constituyen el *programa de la norma* (datos lingüísticos) y el *ámbito de la norma* (datos reales).

El programa normativo representa el análisis del texto normativo (elemento lingüístico) y es el resultado de la interpretación del texto normativo, o sea, lo que es expresado por el tenor literal bien como todos los recursos interpretativos auxiliares, y se forma a partir de los datos de la lengua. Como se trata de uno de los elementos que se destinan a alcanzar la norma de decisión, el programa de la norma constituye un resultado intermedio y provisorio de la interpretación de todos los datos lingüísticos (Müller 2007).

El ámbito normativo (o dominio normativo) engloba las interferencias provocadas en la norma por la realidad (elemento empírico). Se trata de un concepto¹³ determinado estructuralmente y se refiere a las partes integrantes de la normatividad que son constitutivas de la norma. Aclara, además, Friedrich Müller que el ámbito normativo no es un conglomerado de hechos materiales, sino una conexión de elementos estructurantes extraídos de la realidad social a partir de la perspectiva selectiva y valorativa del programa de la norma (Müller 1989).

Saber hasta qué punto la interpretación y la aplicación del derecho pueden apoyarse en la facticidad social y en resultados de la pesquisa sociológica —sin errar el blanco de la normatividad del derecho— debe ser visto como un problema de metodología jurídica. Friedrich Müller advierte que “aspectos de la realidad social sólo pueden entrar en la dogmática y metódica jurídicas en el interés de la normatividad jurídica, a servicio de la racionalidad específicamente jurídica en vinculación a la norma” (Müller 2008).

El método normativo-estructurante presupone la existencia de una implicación necesaria entre el programa normativo y el ámbito normativo, o sea, un nexo entre los preceptos jurídicos y la realidad que ellos intentan regular, una vinculación tan estricta que

¹³ Sobre las dificultades de comprensión del concepto de “ámbito de la norma”, Virgílio Afonso da Silva escribe: “No es tarea fácil entender exactamente la forma como la ‘realidad social’ es introducida en la aplicación del derecho según la teoría de Müller, o sea, cuáles serían exactamente el concepto y la aplicación del llamado ‘ámbito de la norma’, que diferenciaría su teoría de otras teorías del derecho” (Silva 2009).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La inelegibilidad del analfabeto en Brasil

“la propia normatividad, tradicionalmente vista como atributo esencial de los comandos jurídicos, parece haberse evadido de los textos para buscar apoyo fuera del ordenamiento” (Mendes, Coelho y Branco 2008). La estructura de la norma señala la conexión entre el programa de la ésta y su ámbito y, por eso, “la norma sólo puede comprenderse como una articulación de estas dos dimensiones” (Canotilho 2002).

En la decisión, siempre se tiene la posibilidad de optar entre alternativas semánticas distintas, pero esa posibilidad necesita satisfacer las particularidades y las exigencias normativas de cada caso concreto. La norma objeto de la interpretación no se confunde con el texto, sino se presenta como resultado de un trabajo de construcción.

La norma de decisión constituye la solución del problema concreto presentado, dentro de los parámetros jurídicos. En las palabras de Friedrich Müller: “La norma de decisión es el estado de agregación más individualizado de la norma jurídica, y no una entidad autónoma situada al lado de ella” (Müller 2008). Y agrega: “La concretización es, realísticamente considerada, la construcción de la norma jurídica en el caso concreto. La norma jurídica no existe, como vimos, ante casum, sino se construye in casu. La norma es la formulación general de la decisión jurídica; la formulación individual (esto es, el tenor de la decisión) se llama norma de decisión” (Müller 2007).

De esa forma, la norma que establece la inelegibilidad del analfabeto debe ser construida a partir del texto constitucional, haciéndose una interpretación sistemática del apartado 4º del artículo 14, y también tomando en consideración los datos de la realidad social brasileña.

Brasil es un país plural, con diferencias regionales e inter-regionales, donde el sistema educacional está organizado de forma descentralizada, con responsabilidades de la unión, de los estados y de los municipios. Toda esta complejidad posibilita que el país tenga municipios como Jordão, en el estado de Acre, con una población de cerca de 4 mil 500 personas, con tasa de analfabetismo de la población de más de 15 años en torno a 60%, y municipios como São Paulo, en el estado de São Paulo, con una población de cerca de 10 millones 500 mil personas, con una tasa de analfabetismo de la población de más de 15 años de aproximadamente 5% (INEP 2000).

El Mapa de analfabetismo en Brasil (IBGE 2001b), estudio producido por el Instituto Nacional de Estudios y Pesquisas Educativas Anísio Teixeira (INEP), que reúne indicadores producidos en el año 2000 por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y por el propio INEP, traza un panorama de la situación educacional de todos los municipios brasileños. Según el estudio, en Brasil existen cerca de 16 millones de analfabetos con 15 años o más, y 30 millones de analfabetos funcionales, concepto que define a las personas con menos de cuatro años de estudio.

La inelegibilidad del analfabeto en Brasil

Además de presentar y analizar datos generales, el estudio detalla la situación del analfabetismo en Brasil, presentando informaciones por franja etaria, género, raza, localización (rural y urbana) y renta domiciliaria. Es posible verificar, a partir del estudio, que entre los cien municipios con mayor número de analfabetos están 24 capitales de estados. El municipio de São Paulo presenta el mayor número de personas que no saben leer ni escribir: 383 mil. En seguida está el municipio de Río de Janeiro, con 199 mil. Entretanto, en la zona rural brasileña, la tasa de analfabetismo es tres veces mayor a la de la zona urbana (28.7% y 9.5%, respectivamente). La mayor concentración de analfabetos está en la población con más de 60 años (34%), mientras que la tasa de analfabetismo en la población con edad entre 10 y 19 años es de 7.4%. El índice de analfabetismo de las personas con más de 15 años de edad varía de acuerdo con la región: 11.6% en la región Norte; 26.6% en la región Noreste; 7.8% en la región Sureste; 7,8% en la región Sur, y 10.8% en la región Centro-Oeste (IBGE 2009).

Como se nota, existen muchos lugares donde el índice de analfabetismo es bastante significativo, y esto puede definir una elección. En Brasil, la circunscripción electoral¹⁴ es establecida en los términos del artículo 86 del Código Electoral, que dispone que “en las elecciones presidenciales, la circunscripción será el país; en las elecciones federales y estatales, el estado, y en las municipales, el municipio respectivo”.¹⁵ En este contexto, un municipio con 60% de analfabetos en la población adulta tendría apenas el 40% de ciudadanos aptos para ser candidatos a cargos electivos. Lo curioso es que los analfabetos pueden ejercer el poder¹⁶ directamente en las consultas populares (plebiscito y referendo, por ejemplo), pero les sería vedado el derecho de ejercer el poder como representantes políticos.

Delante de esta situación brasileña, es necesario interpretar el artículo 14, apartado 4, de la Constitución Federal, a la luz de la teoría de la concretización. Debe ser así porque la norma jurídica sólo se acciona delante de una situación concreta, por la acción del aplicador del derecho, que es el intermediario entre la norma y lo fáctico de la vida (Pedra 2008a). De allí, la inelegibilidad del analfabeto dependerá del contexto en el cual él está inserto, y, por lo tanto, deberán ser llevados a consideración su circunscripción electoral y el cargo electivo para el cual desea competir.

¹⁴ La circunscripción electoral corresponde a la zona que demarca cuáles votos serán llevados en cuenta en la atribución de mandatos (Pedra 2008b).

¹⁵ No siempre las circunscripciones electorales tienen por base una delimitación territorial, aun cuando sea la mayoría de los casos. Es posible que sea un conjunto étnico, por ejemplo, como es el caso de los Maori en Nueva Zelanda (Pedra 2007).

¹⁶ *Cfr.* artículo 1º, párrafo único, de la Constitución brasileña: “Todo el poder emana del pueblo, que lo ejerce por medio de representantes electos o directamente, en los términos de ésta Constitución”.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La inelegibilidad del analfabeto en Brasil

En ese sentido también escribe Adriano Soares da Costa, que no desprecia la diversidad que se encuentra en Brasil: “Un concejal de poca cultura, semi-analfabeto próximo al analfabetismo completo, podrá ser un importante líder político en su comunidad de inmensa mayoría de semi-analfabetos, que tanto hay en Brasil. Sin embargo, lo mismo no ocurrirá cuando el candidato pleitea un cargo de gobernador de Estado, o presidente de la República, o senador” (Costa 2009).

Así, por menos instruido que sea, un representante político analfabeto probablemente sabrá identificar mejor las dificultades de otras personas que están en esta misma situación. Debidamente asistido por una asesoría idónea, el mandatario analfabeto podrá ejercer bien determinados cargos.

Personas de confianza y recursos tecnológicos también auxilian la lectura de textos para personas con deficiencia visual, pues aún son pocos los textos disponibles en Braille. Conviene asimismo registrar que la dificultad para leer todo lo que está bajo su responsabilidad también ocurre con aquellas personas que tienen excesiva cantidad de tareas. Es lo que ocurre con los ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil, que, no obstante posean “notable saber jurídico” (artículo 101, CF), no tienen tiempo para dedicarse a la lectura de todos los autos de procesos a su cargo. A este respecto, merece ser transcrita la entrevista dada por el ministro Cezar Peluso, presidente de esta Corte, a la revista *Veja*: “*Veja*: – ¿Los ministros leen todos los procesos que juzgan? *Cezar Peluso*: – Es humanamente inconcebible para un ministro trabajar en todos los procesos que recibe. Nadie rinde cuenta de analizar 10.000 acciones en un año. ¿Qué acontece? Ud. hace un modelo de decisión para determinado tema. Después, su equipo de analistas reúne los casos análogos y aplica su entendimiento. Se acaba transfiriendo parte de la responsabilidad del juicio para los analistas. Es claro que lo ideal sería que el ministro examinase detenidamente todos los casos” (Peluso 2010).

Se debe destacar que las peculiaridades de cada una de las diversas circunscripciones electorales brasileñas y de los respectivos cargos electivos impiden que se establezca un padrón para todos ellos. La elegibilidad o inelegibilidad del analfabeto se debe tomar en consideración de la realidad presentada en cada circunscripción electoral y las aptitudes exigidas para cada cargo electivo.

V. CONCLUSIONES

Según la teoría de la concretización, las normas constitucionales resultan de la conexión entre el *programa normativo (Normprogram)*, es decir, su expresión literal, y el *ámbito normativo (Normbereich)*, entendido como la realidad circundante. Como el ámbito normativo está sujeto a la diversidad encontrada en el contexto brasileño, los resultados de la concretización de la norma pueden ser diversos a pesar del texto normativo —y, con eso, en lo esencial, el *programa normativo*— ser el mismo.

Siendo así, la norma no puede ser aislada de la realidad, pues ésta es parte integrante y constitutiva de aquélla. La realidad social brasileña presenta muchos analfabetos, que están en esta situación, en gran parte, porque el Estado brasileño no proporcionó un efectivo acceso a la escuela para estas personas (escuela, transporte, merienda, etcétera.). En esta hipótesis, es injusto considerar inelegible a una persona cuando ella fue víctima de la ausencia del Estado en la prestación del derecho fundamental a la educación.

Mientras sean electas apenas personas alfabetizadas, distantes muchas veces del problema de la ausencia de la educación, no se puede esperar que medidas efectivas sean tomadas en provecho de los analfabetos. De esa forma, en aquellas circunscripciones electorales donde el índice de analfabetismo es significativo y para aquellos cargos electivos que pueden ser ejercidos sin prejuicios para el interés público, al ser evaluados de acuerdo con cada caso concreto, debe ser permitida la candidatura de personas analfabetas, que bien podrán desempeñar sus mandatos con el auxilio de asesoría idónea.

VI. FUENTES CONSULTADAS

- Bastos, Celso Ribeiro. 2002. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Bastos.
- Bevenides, Maria Victoria de Mesquita. 2003. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. 3ª ed. São Paulo: Ática.
- Bonavides, Paulo. 2003. *Curso de direito constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros.
- Bonavides, Paulo y Antônio Paes de Andrade. 1991. *História constitucional do Brasil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- Cagliari, L. C. 1989. *Alfabetização e linguística*. São Paulo: Scipione.
- Canotilho, José Joaquim Gomes. 2002. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina.
- Canotilho, José Joaquim Gomes y Vital Moreira. 2007. *Constituição da República portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra.
- Carrió, Genaro R. 2006. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot.
- Costa, Adriano Soares da. 2009. *Instituições de direito eleitoral*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Ferreira, Luís Pinto. 1983. *Princípios gerais do direito constitucional moderno*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. 1999. *O poder constituinte*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva.
- Freire, Paulo. 1987. *Pedagogia do oprimido*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- Furtado, Marcus y Walber de Moura, coords. 2010. *Direito eleitoral e democracia: desafios e perspectivas*. Brasília: OAB
- Galuppo, Marcelo Campos. 2002. *Igualdade e diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos.
- Grau, Eros Roberto. 2006. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros.
- Hart, Herbert L. A. 2001. *O conceito de direito*. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian.
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia y Estadística. 2001a. Censo Escolar 2001. www.inep.gov.br. (consultada el 7 de septiembre de 2009).
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia y Estadística. 2001b. Mapa de Analfabetismo en Brasil 2001. http://www.inep.gov.br/imprensa/noticias/outras/news03_19.htm. (consultada el 7 de septiembre de 2009).
- IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia y Estadística. 2009. <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/indicadoresminimos/tabela3.shtm> (consultada el 18 de octubre de 2009).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La inelegibilidad del analfabeto en Brasil

- IBGE. Instituto Brasileño de Geografía y Estadística. 2010. <http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/pesquisas/educacao.html> (consultada el 11 de agosto de 2010).
- INEP. Instituto Nacional de Estudios y Pesquisas Educacionais. 2000. Indicadores del Censo Demográfico de 2000 y del Censo Escolar de 2000. <http://www.inep.gov.br/estatisticas/analfabetismo/default.htm>. (consultada el 11 de agosto de 2010).
- INEP. Instituto Nacional de Estudios y Pesquisas Educacionais. 2010. http://www.inep.gov.br/imprensa/noticias/outras/news03_19.htm (consultada el 11 de agosto de 2010).
- Marinkovic, Mario Verdugo, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá. 2005. *Derecho constitucional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Mendes, Gilmar Ferreira, Inocêncio Mártires Coelho y Paulo Gustavo Donet Branco. 2008. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva.
- Moussalem, Tárek Moysés. 2001. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad.
- Müller, Friedrich. 1989. "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas". Trad. Luis Villacorta Mancebo. *Revista Española de Derecho Constitucional* 27.
- . 2000. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad.
- . 2006. *Métodos de trabalho del derecho constitucional: fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico*. Trad. Salvador Gómez de Arteche y Catalina. Madrid: Marcial Pons.
- . 2007. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Miotto dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Lívio Cruz Romão e Vivianne Geraldine Ferreira. São Paulo: RT.
- . 2008. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: RT.
- Pedra, Adriano Sant'Ana. 2005. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos.
- . 2007. *Reforma política: compromissos e desafios da democracia brasileira*. En *Arquivos de direito público: as transformações do Estado brasileiro e as novas perspectivas para o direito público*, coord. Adriano Sant'Ana Pedra, 11-43. São Paulo: Método.
- . 2008a. "A importância do concreto no processo interpretativo dos direitos fundamentais". *Depoimentos – Revista de Direito da FDV* 14 (julio-diciembre): 9-12.
- . 2008b. *Sistema eleitoral e democracia representativa*. En *Constitucionalismo: os desafios do terceiro milênio*, coords. Walber de Moura Agra, Celso Luiz Braga de Castro y André Ramos Tavares, 15-40. Belo Horizonte: Forum.
- y Anderson Sant'Ana Pedra. 2010. *A inelegibilidade como consequência da rejeição de contas*. En *Furtado* 2010, 9-39.
- Peluso, Cezar. 2010. "Entrevista". *Revista Veja*, 07 de julio.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La inelegibilidad del analfabeto en Brasil

- Queiroz, Cristina. 2000. *Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional*. Coimbra: Coimbra.
- Salgado, Joaquim Carlos. 1996. "Os direitos fundamentais". *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 82 (janeiro): 15-69.
- Silva, Virgílio Afonso da. 2009. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros.
- Tavares, André Ramos. 2006. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*. São Paulo: Método.
- Velloso, Carlos Mário da Silva y Walber de Moura Agra. 2009. *Elementos de direito eleitoral*. São Paulo: Saraiva.
- Warat, Luís Alberto. 1995. *O direito e sua linguagem*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

Manuel González Oropeza*
Carlos Báez Silva**
David Cienfuegos Salgado***

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III.

** Director del Centro de Capacitación Judicial Electoral. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

*** Secretario de Estudio y Cuenta en la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Miembros del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I.

SUMARIO

- I. Los derechos políticos de los ciudadanos mexicanos; II. Causas constitucionales de la suspensión de las prerrogativas de los ciudadanos mexicanos objeto de estudio; III. Antecedentes de las diferentes fracciones del artículo 38 constitucional; IV. Los precedentes de los órganos jurisdiccionales de la Federación en materia penal; V. Los casos resueltos por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; VI. Jurisprudencia comparada, VII. Reflexiones acerca de una nueva interpretación constitucional, VIII. Conclusiones, IX. Fuentes consultadas

I. LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS CIUDADANOS MEXICANOS

La relevancia de los derechos políticos se advierte desde finales del siglo XVIII, coincidente con el cambio de paradigma sobre la organización del poder político y la aparición de una nueva idea de representación que revitalizará la idea de la democracia en Occidente. El cambio de estatus, de súbdito a ciudadano, se acompaña con el reconocimiento de una serie de prerrogativas que irán adquiriendo la característica de universalidad en los siglos siguientes. El derecho de sufragio se extenderá y alcanzará los perfiles que conocemos en la actualidad hasta bien entrado el siglo XX, lo cual se evidencia en México con el reconocimiento del voto femenino en la década de los 50.

Las cartas constitucionales del siglo XIX dan cuenta del cambio que habrán de experimentar los derechos de naturaleza política. Si bien el disfrute de tales derechos o prerrogativas ha sido limitado en tales textos o, en su caso, reservadas al cumplimiento de determinados requisitos, las limitaciones han terminado por ser muy pocas. En el caso mexicano, el ejercicio de los derechos políticos corresponde a los ciudadanos mexicanos, es decir, quienes sean mayores de 18 años y tengan un modo honesto de vivir (Tesis S3ELJ 18/2001).¹⁷ Los supuestos son diversos, pues la calidad de mexicano

¹⁷ La tesis menciona que el concepto “se refiere al comportamiento adecuado para hacer posible la vida civil del pueblo”, por lo que, en síntesis, quiere decir ser un “buen mexicano”.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

no sólo se tiene por nacer en el país, de padres mexicanos, sino en diversas hipótesis contempladas expresamente en el texto constitucional.

Cabe precisar que, lamentablemente, los derechos políticos, aun siendo fundamentales, han sido objeto de una estimación y protección muy distinta a la que otros derechos fundamentales (las denominadas “garantías individuales”) han recibido en México. El hecho mismo de que el juicio de amparo resulte improcedente para su tutela, así como la base argumentativa de tal improcedencia (el juicio de amparo sólo tutela garantías individuales, mas no prerrogativas del ciudadano), son clara muestra de una distinción que sirvió para dejar en total desamparo a los derechos políticos, que, por definición, resultan la base indiscutible de todo sistema democrático de gobierno.

En efecto, en México no fue antes de 1996, es decir, 151 años después de haberse instituido en el ordenamiento federal mexicano el juicio de amparo, que se creó un mecanismo de tutela jurisdiccional de los derechos políticos de los mexicanos: el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. A partir de entonces, y no sin ciertas dificultades, el referido juicio ha servido para que, cada vez con mayor frecuencia, los ciudadanos, y sobre todo los militantes de los partidos políticos, traten de tornar plenamente efectivos sus derechos de participación política.

Adicionalmente, cabe precisar que la relación entre los derechos políticos y los otros derechos fundamentales es de tal forma indisoluble, que el ejercicio de unos es prerequisite del ejercicio de los otros, sobre todo dentro de un régimen de democracia constitucional. Así, para poder participar, por ejemplo, en un proceso electoral competitivo, es necesario que los electores gocen de fuentes plurales de información, y, por el otro lado, sólo un régimen democrático constitucional garantiza la existencia de mecanismos eficaces para la tutela del pleno ejercicio de la libertad de expresión e información.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece actualmente las prerrogativas o derechos y obligaciones del ciudadano en el artículo 35, aunque es posible relacionarlos con derechos consagrados en otros artículos constitucionales.

El artículo 35 de la CPEUM prescribe lo siguiente:

Son prerrogativas del ciudadano:

- I. Votar en las elecciones populares;
- II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley;
- III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;
- IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; y
- V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

Prerrogativa tiene el sentido común y ordinario de “[p]rivilegio, gracia o exención que se concede a alguien para que goce de ello, anejo regularmente a una dignidad, empleo o cargo” (RAE).¹⁸ Privilegio significa “ventaja exclusiva o especial que goza alguien por concesión de un superior o por determinada circunstancia propia.”¹⁹ Entonces, por ejemplo, votar en las elecciones populares es una ventaja exclusiva o especial de los ciudadanos mexicanos, es decir, un privilegio del que gozan tales personas, precisamente por su carácter de ciudadanos. Ordinariamente, a las citadas prerrogativas del ciudadano mexicano se les da el nombre de derechos políticos. El origen latino de la palabra sugiere que el término proviene de *praerogativa*, que significa votar primero (*praerogare*), u opinar primero que cualquier otra persona.

Sin embargo, no todos los derechos políticos de los ciudadanos mexicanos están prescritos en el citado artículo 35 constitucional. Es necesario hacer una lectura integral de la Constitución federal y de los ordenamientos de origen internacional que, conforme al artículo 133 constitucional, forman parte de la ley suprema de toda la unión en esta materia.²⁰ Conforme con esa lectura integral se puede obtener, de manera enunciativa, que los derechos políticos de los ciudadanos mexicanos son:

a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos (PIDCP, artículo 25) y (CADH, artículo 23).

b) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas, es decir, ser nombrado para cualquier empleo o comisión (distintos a los cargos de elección), teniendo las calidades que establezca la ley (CPEUM, artículo 35), (PIDCP, artículo 25) y (CIDH, artículo 23).

c) Expresarse libremente y contar con el derecho de información (CPEUM, artículo 6), (PIDCP, artículo 21) y (CIDH, artículo 15).

d) Reunirse para tomar parte en los asuntos políticos (CPEUM, artículo 9), (PIDCP, artículo 21) y (CIDH, artículo 15).

e) Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país (CPEUM, artículo 9), (PIDCP, artículo 22) y (CIDH, artículo 16).

f) Formar partidos políticos y afiliarse a los mismos de manera libre, individual y pacífica (CPEUM, artículos 41 y 99).

¹⁸ http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=Prerrogativa

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Esencialmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

g) Ejercer el derecho de petición en materia política (CPEUM, artículos 8 y 35, fracción V).

h) Votar en elecciones populares (CPEUM, artículos 35, fracción I y 36, fracción III), (PIDCP, artículo 25) y (CIDH, artículo 23).

i) Ser votado para todos los cargos de elección popular, teniendo las calidades que establezca la ley (CPEUM, artículos 35, fracción III y 36, fracciones IV y V), (PEIDCP, artículo 25) y (CIDH, artículo 23).

Debe mencionarse que este listado no resulta exhaustivo. Como se advierte fácilmente, aparece excluido el derecho a tomar las armas para la defensa de la República y de sus instituciones. En tal sentido, debe señalarse que la doctrina no ha sido uniforme al indicar cuáles son la totalidad de prerrogativas que quedan contenidas en el concepto “derechos políticos”, lo que ha permitido la elaboración de diversas distinciones entre éstos.

La fracción V del artículo 99 constitucional ha servido como base para crear una distinción que ha tenido importantes efectos prácticos, pues precisa que al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) le corresponde resolver en forma definitiva e inatacable sobre las impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos político electorales de los ciudadanos.

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. [...] Al Tribunal Electoral le corresponde resolver en forma definitiva e inatacable, en los términos de esta Constitución y según lo disponga la ley, sobre: [...] V. Las impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos político electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país, en los términos que señalen esta Constitución y las leyes. Para que un ciudadano pueda acudir a la jurisdicción del Tribunal por violaciones a sus derechos por el partido político al que se encuentre afiliado, deberá haber agotado previamente las instancias de solución de conflictos previstas en sus normas internas, la ley establecerá las reglas y plazos aplicables [...].

Si bien el artículo 41, fracción VI, de la propia Constitución prescribe que el sistema de medios de impugnación creado para garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales también garantizará la protección de los derechos políticos de los ciudadanos de votar, ser votados, de asociación y de afiliación,

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

en los términos del artículo 99 de esa Constitución, no establece, en forma expresa, una subcategoría de derechos: los político-electorales.

A partir de lo anterior tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (LPOJF) como en la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral (LGSMIME), el legislador ordinario creó la referida subcategoría de derechos político-electorales, agregando a la redacción constitucional un guion (–) que ha dado origen a interpretaciones restrictivas. Así, el artículo 186, fracción III, inciso c, de la ley orgánica citada prescribe que el TEPJF es competente para resolver en forma definitiva e inatacable, entre otras, las controversias que se susciten por actos y resoluciones que violen los derechos político-electorales de los ciudadanos de:

- a) Votar en las elecciones populares.
- b) Ser votado en las elecciones populares.
- c) Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos.
- d) Afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos.

Por su parte, el artículo 79, párrafo 1, de la ley general referida prescribe que el juicio para la protección de los derechos político-electorales (JDC) sólo procederá cuando el ciudadano haga valer presuntas violaciones a sus derechos de:

- a) Votar en las elecciones populares.
- b) Ser votado en las elecciones populares.
- c) Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos.
- d) Afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos.

En el párrafo 2 del artículo citado el legislador federal llevó a cabo una adición trascendental, pues prescribió que el JDC también “resultará procedente para impugnar los actos y resoluciones por quien, teniendo interés jurídico, considere que indebidamente se afecta *su derecho para integrar las autoridades electorales de las entidades federativas*”.[‡]

Es decir, el legislador ordinario reconoció en 2007 la existencia de un derecho político-electoral distinto a los tradicionalmente reconocidos, el de integrar a autoridades electorales y las entidades federativas, lo cual, de manera indudable, no es sino una especie del derecho político genérico de todo ciudadano mexicano a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a la funciones públicas, es decir, ser nombrado

[‡] El énfasis es añadido.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

para cualquier empleo o comisión (distintos a los cargos de elección), teniendo las calidades que establezca la ley.²¹

Cuestión distinta y que queda fuera de esta discusión es la determinación de cuáles son, en cada caso, las denominadas autoridades electorales.

Así, también al margen de la discusión en torno a lo correcto y constitucional que pueda resultar, es posible afirmar que la legislación ha establecido una distinción entre los derechos políticos y los derechos político-electorales, siendo éstos un subconjunto o subclase de los primeros. Dicho subconjunto estaría integrado por los derechos a votar en las elecciones populares; a ser votado en las elecciones populares; a asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos; a afiliarse libre e individualmente a los partidos políticos y a integrar las autoridades electorales de las entidades federativas. Éste es el corpus de derechos que encuentra protección a través del mencionado JDC, del conocimiento exclusivo del TEPJF.

II. CAUSAS CONSTITUCIONALES DE LA SUSPENSIÓN DE LAS PRERROGATIVAS DE LOS CIUDADANOS MEXICANOS OBJETO DE ESTUDIO

Así como la Constitución mexicana establece los derechos políticos de manera detallada, también prevé la suspensión o pérdida de los mismos.

El artículo 38 de la CPEUM prescribe lo siguiente:

Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

I. Por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36.²² Esta suspensión durará un año y se impondrá además de las otras penas que por el mismo hecho señalare la ley;

²¹ Artículos 35, fracción II de la CPEUM; 25 del PIDCP y 23 de la CIDH.

²² El artículo 36 de la CPEUM prescribe lo siguiente: "Son obligaciones del ciudadano de la República: I. Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes. La organización y el funcionamiento permanente del Registro Nacional de Ciudadanos y la expedición del documento que acredite la ciudadanía mexicana son servicios de interés público, y por tanto, responsabilidad que corresponde al Estado y a los ciudadanos en los términos que establezca la ley; II. Alistarse en la Guardia Nacional; III. Votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley; IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos; y V. Desempeñar los cargos concejiles del Municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado".

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

- II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión;
 - III. Durante la extinción de una pena corporal;
 - IV. Por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes;
 - V. Por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal, y
 - VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.
- La ley fijará los casos en que se pierden y los demás en que se suspenden los derechos de ciudadano, y la manera de hacer la rehabilitación.

En este trabajo se analizarán las causas de suspensión de las prerrogativas ciudadanos relacionadas con cuestiones penales, por lo que se excluirá, en consecuencia, el análisis de las causas previstas en las fracciones I y IV.

Ahora bien, puesto que se han identificado las prerrogativas ciudadanas con los denominados derechos políticos (categoría que incluye la subcategoría de los derechos político-electorales), en este momento se empleará de manera indistinta la expresión “suspensión de derechos políticos” para hacer referencia a lo que el artículo 38 constitucional prescribe como “suspensión de prerrogativas de los ciudadanos”, al margen de que, con posterioridad, se plantee la cuestión de si la suspensión prescrita en el referido artículo 38 tiene por objeto sólo las prerrogativas ciudadanas prescritas en el artículo 35 constitucional (que incluyen necesariamente a los derechos político-electorales) o también al resto de derechos políticos anteriormente identificados.

Así, ahora será objeto de análisis la suspensión de derechos políticos por las siguientes causas:

- a) Estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.
- b) Estar extinguiendo una pena corporal.
- c) Estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal.
- d) Estar extinguiendo esa pena de suspensión expresamente impuesta por sentencia ejecutoriada.

III. ANTECEDENTES DE LAS DIFERENTES FRACCIONES DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL

A continuación presentamos algunos de los antecedentes que pueden identificarse en los distintos cuerpos normativos mexicanos, relacionados con las causales que nos interesa estudiar sobre suspensión de derechos políticos. Cabe resaltar que ha sido, principalmente, en las épocas en las que nuestro país adoptó la forma centralista de Estado, en las que con mayor precisión se han prescrito normas para suspender o privar de los derechos políticos a los ciudadanos.

a) *Estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión* (artículo 38, fracción II):

- Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812: “Artículo 25. El ejercicio de los mismos derechos [de ciudadano] se suspende: [...] Quinto: *Por hallarse procesado criminalmente*”.
- Leyes Constitucionales de la República Mexicana, suscritas en la ciudad de México el 29 de diciembre de 1836: “Artículo 10. Los derechos particulares del ciudadano se suspenden: [...] III. *Por causa criminal, desde la fecha de mandamiento de prisión hasta el pronunciamiento de la sentencia absolutoria*. Si ésta lo fuere en la totalidad se considerará al interesado en el goce de los derechos como si no hubiese habido tal mandamiento de prisión, de suerte que no por ella le paren ninguna clase de perjuicio”.²³
- Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la Honorable Junta Legislativa establecida conforme a los decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional con arreglo a los mismos decretos del día 15 de junio del año de 1843 y publicadas por bando nacional el día 14 del mismo: “Artículo 21. Se suspenden los derechos de ciudadano: [...] III. *Por estar procesado*

²³ Si bien no pasaron de ser proyectos, es importante destacar que Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, fechado en la Ciudad de México el 30 de junio de 1840, prescribía en su artículo 17 que “Los derechos del ciudadano se suspenden: [...] III. *Por causa criminal desde la fecha del mandamiento de prisión, hasta que se ponga al que la sufra en plena y absoluta libertad, a no ser que por la calidad de su delito haya perdido la ciudadanía*”. Por su parte, el Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 25 de agosto de 1842, establecía en su artículo 24 lo siguiente: “Los derechos del ciudadano se suspenden: [...] II. *Por causa criminal, desde la fecha del auto de prisión o declaración que se haga de haber lugar a la formación de causa, hasta el pronunciamiento de la definitiva absolutoria del juicio*”.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

criminalmente, desde el acto motivado de prisión, o desde la declaración de haber lugar a formación de causa a los funcionarios públicos hasta la sentencia, si fuere absolutoria”.

- Acta Constitutiva y de Reformas, sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente de los Estados Unidos Mexicanos el 18 de mayo de 1847: “Artículo 3o. El ejercicio de los derechos de ciudadano se suspende [...] *en virtud de proceso sobre aquellos delitos por los cuales se pierde la cualidad de ciudadano*”.
- Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, decretado por el Supremo Gobierno el 15 de mayo de 1856: “Artículo 24. Se suspenden los derechos de ciudadano: [...] II. *Por estar procesado criminalmente, desde el auto motivado por prisión o desde la declaración de haber lugar a la formación de causa a los funcionarios públicos, hasta la sentencia, si fuere absolutoria*”.

De lo hasta aquí anotado debe observarse que las previsiones normativas sobre la suspensión de derechos por estar procesado criminalmente o sujeto a causa criminal, se enmarcan en el reconocimiento de que el sistema procesal penal de la época llevaba implícita la privación de la libertad, por lo cual había una correspondencia entre la imposibilidad material del ejercicio de los derechos de ciudadanía y la suspensión de los mismos.

Como veremos en la reflexión final, la existencia de estas previsiones dejaba abierta la puerta a la arbitrariedad de quienes ejercían funciones gubernativas, pues resultaba suficiente una acusación para que una figura pública viera restringido su acervo de derechos y se limitaran, por tanto, sus posibilidades de participación política.

Cabe precisar que la Constitución Política de la República Mexicana sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857 prescribía en su artículo 38 que la ley fijaría los casos y la forma en que se perdían o suspendían los derechos como ciudadano y la manera de hacer la rehabilitación.

Así, el Constituyente del 57 dejó al legislador secundario la tarea de determinar cuáles eran los supuestos en los cuales los derechos de ciudadanía serían restringidos.

a) *Estar extinguiendo una pena corporal* (artículo 38, fracción III).

Si bien en los antecedentes constitucionales la anterior no era causa de suspensión de los derechos políticos, del estudio de los mismos se desprende que la imposición de penas sí era causa de pérdida de los mismos, tal como se advierte de lo siguiente:

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

- Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812: “Artículo 24: La calidad de ciudadano español se pierde: [...] Tercero: Por sentencia en que se impongan penas afflictivas o infamantes, sino se obtiene rehabilitación”.
- Leyes Constitucionales de la República Mexicana, suscritas en la ciudad de México el 29 de diciembre de 1836: “Artículo 11. Los derechos de ciudadano, se pierden totalmente: [...] II.- Por sentencia judicial, que imponga pena infamante”.
- Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, fechado en la ciudad de México el 30 de junio de 1840: “Artículo 18. Los derechos del ciudadano se pierden: [...] II. Por sentencia judicial que imponga pena infamante”.
- Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 25 de agosto de 1842: “Artículo 25. Los derechos del ciudadano se pierden: [...] II. Por sentencia judicial que imponga pena infamante, o que declare a algún reo de contrabando de efectos prohibidos a favor de la industria nacional o de la agricultura”.
- Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 2 de noviembre de 1842: “Artículo 8. Este ejercicio [de los derechos de ciudadano] se pierde por sentencia judicial que imponga pena infamante”.
- Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la Honorable Junta Legislativa establecida conforme a los decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional con arreglo a los mismos decretos del día 15 de junio del año de 1843 y publicadas por bando nacional el día 14 del mismo: Artículo 22. Se pierden los derechos de ciudadano: I. Por sentencia que imponga pena infamante”.

Cabe resaltar que, en los textos antes citados, la suspensión o, mejor dicho, la pérdida de los derechos políticos está directamente vinculada a la imposición de penas infamantes; cabe recordar que éstas son aquellas que despojan de honor o buena fama a quienes les son impuestas y consisten en “atacar la fama o reputación de una persona, buscando deshonorarla o desacreditarla, imborrable y permanentemente, respecto a terceros” (Tesis 2a. LIV/2008). Actualmente, conforme al artículo 22 de la Constitución, la imposición de tales penas está prohibida.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

Así las cosas, superamos la etapa en la que la imposición de la pena se apreciaba como una especie de “vindicta pública”, una venganza pública, y se adoptó un sistema en el cual la rehabilitación del infractor, así como su reinserción a la sociedad, tras haber purgado su pena privativa de libertad, se convierten en los fines que orientan la facultad punitiva del Estado mexicano.

Las causas de suspensión de los derechos políticos consistentes en estar extinguiendo una pena corporal, expresamente impuesta por sentencia ejecutoriada y estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal, son prescripciones que datan de 1917, puesto que antes de esa fecha no se encontraban entre las razones que, según los precedentes constitucionales, justificaban la suspensión. En este sentido, Venustiano Carranza, en el mensaje que dirigió al Congreso Constituyente para justificar sus propuestas constitucionales, afirmó lo siguiente:

“[E]n la reforma que tengo la honra de proponeros, con motivo del derecho electoral, se consulta la suspensión de la calidad de ciudadano mexicano *a todo el que no sepa hacer uso de la ciudadanía debidamente. El que ve con indiferencia los asuntos de la República*, cualesquiera que sean, por lo demás, su ilustración o situación económica, *demuestra a las claras el poco interés que tiene por aquélla, y esta indiferencia amerita que se le suspenda la prerrogativa de que se trata*”.

El primer jefe del ejército constitucionalista identifica las dos principales razones que lo determinaron a proponer las prescripciones del artículo 38: por un lado, el uso mal dado a la ciudadanía, y, por el otro, la indiferencia hacia los asuntos de la República. En este segundo caso, es evidente que Carranza se refería a la fracción I del referido artículo constitucional, que prescribe que las prerrogativas del ciudadano se pierden por falta de cumplimiento, sin causa justificada, de cualquiera de las obligaciones que impone el artículo 36, es decir:

- a) Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que se tenga, la industria, profesión o trabajo de subsistencia; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos.
- b) Alistarse en la Guardia Nacional.
- c) Votar en las elecciones populares.
- d) Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados.
- e) Desempeñar los cargos concejiles del municipio donde se resida, las funciones electorales y las de jurado.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

Para el primer jefe, quienes no votaran, teniendo derecho a ello, o quienes no desempeñaran los cargos de elección popular para los cuales habían sido electos, o quienes se negaran a participar en la recepción de la votación el día de la elección, por ejemplo, eran personas que, no obstante su calidad de ciudadanos, se interesaban poco o nada en la vida de la República, por lo que no merecían mantener la “gracia” o “privilegio” que implica la ciudadanía, el goce de los derechos políticos. Ese desinterés en el cumplimiento de las obligaciones de todo ciudadano justificaba, según Carranza, la suspensión de los derechos políticos de los desobligados.

Sin embargo, en lo que respecta a este trabajo, lo que interesa es que las fracciones del artículo 38 relacionadas con la suspensión de las prerrogativas ciudadanas por cuestiones penales se justifican con el breve enunciado “no saber hacer uso debido de la ciudadanía”. Esta frase encierra toda la explicación de la filosofía política de la suspensión de derechos políticos. Conforme con esto, sobre aquel a quien se le haya dictado una orden de aprehensión y que ésta no haya sido ejecutada por evasión, quien se encuentre sujeto a un proceso penal o quien se encuentre expiando una pena de prisión por sentencia recae (no la presunción, sino) la condena de “no haber hecho un uso debido de la ciudadanía”.

Cabe precisar que en el texto original de la Constitución de 1917 se consagró igualmente como un derecho fundamental la denominada “libertad caucional”, que se entendió como una medida precautoria en beneficio del inculpado, para que, durante el proceso penal, gozara de libertad. Evidentemente, su inclusión en el artículo constitucional tuvo por objeto reconocer en dicha medida precautoria un derecho fundamental del que gozaran con mayor facilidad los inculpados, evitando la práctica judicial previa en la que se negaba con simplicidad burocrática el disfrute de dicho derecho.

A partir de la reforma practicada en este tema al artículo 20 constitucional, en 1948, se ha delineado la práctica más benéfica, pero también más rigurosa, de esta medida precautoria, con el objetivo de que cumpla cabalmente con su finalidad, es decir, permitir que el inculpado siga su proceso en libertad.

Lo anterior debe ser considerado al momento de intentar una interpretación sistemática del artículo 38, fracción II, de la propia Constitución federal, puesto que no debe perderse de vista que la libertad del inculpado se ha percibido como un valor constitucionalmente de tutela, incluso en aquellas situaciones en las cuales una persona está sujeta a un proceso penal.

IV. LOS PRECEDENTES DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE LA FEDERACIÓN EN MATERIA PENAL

En comparación con otros temas, los precedentes de los tribunales penales del Poder Judicial de la Federación relacionados con la suspensión de derechos son realmente pocos. A continuación se sistematizan dichos precedentes de acuerdo con las diversas fracciones del artículo 38 constitucional que interpretan.

- *Estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión* (artículo 38, fracción II).
 - a) En noviembre de 1924, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció, en una tesis aislada, que la suspensión de los derechos políticos por virtud de lo dispuesto en la fracción II del artículo 38 constitucional “es de orden público; y, en consecuencia, no puede ser interrumpida por la suspensión en el amparo”.²⁴
 - b) En febrero de 2005, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito emitió un precedente que daría lugar a la jurisprudencia I.6o.PJ/17,²⁵ en el que se afirmaba que, respecto a la fracción II del artículo 38 constitucional, los derechos del ciudadano no se suspendían ante el dictado de un auto de sujeción a proceso, puesto que la condición constitucionalmente impuesta para que opere la suspensión es la existencia de un auto de formal prisión, en tanto que éste:

se encuentra vinculado con la existencia de delitos sancionados con pena corporal o privativa de libertad que ameritan incluso la prisión preventiva y, [en el caso del auto de sujeción a proceso], el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la identifica como aquella resolución judicial que se dicta para seguir una causa por delitos que no necesariamente se castigan con pena corporal, como aquellos que sólo prevén sanción pecuniaria, apercibimiento, entre otras, o bien pena alternativa, en que la persona a quien se le dicta goza de su libertad hasta en tanto se pronuncie la correspondiente sentencia definitiva. En este sentido, si el precepto constitucional precisa de manera expresa y limitada que únicamente se actualiza la suspensión de derechos ciudadanos cuando se haya dictado un auto

²⁴ **Derechos políticos.** *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Instancia: Pleno, Tomo XV, Página: 1163, Tesis Aislada, Materia(s): Común.

²⁵ (Tesis I.6º.P. J/17)

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

de formal prisión por delito que se sancione con pena corporal, ello constituye una distinción entre el auto de formal prisión y de sujeción a proceso, dado que este último no tiene como consecuencia la suspensión del procesado en el goce de sus derechos o prerrogativas ciudadanas, en términos de lo previsto por el artículo 38 y, en el supuesto de que se hubiere dictado un auto de sujeción a proceso y al emitir la sentencia se impusiera pena privativa de libertad, la suspensión de derechos o prerrogativas ciudadanas se actualizaría acorde a lo previsto por la diversa fracción III del citado artículo 38.

- c) En junio de 2005, al interpretar el artículo 46 del Código Penal Federal, que dispone que la suspensión de los derechos políticos comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena, a la luz del artículo 38, fracción II, constitucional, el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito consideró que el artículo del referido código penal amplía la garantía a la que se refiere el propio artículo constitucional, es decir, “dilata la imposición de dicha medida hasta que cause ejecutoria la sentencia respectiva, lo que se traduce en un beneficio para el procesado, pues no debe soslayarse que las garantías consagradas en la Ley Suprema son de carácter mínimo y pueden ampliarse por el legislador ordinario, además de que la presunción de inculpabilidad opera en favor del procesado hasta que no se demuestre lo contrario en el proceso penal que culmine con una sentencia ejecutoria”.

Lo anterior condujo a que el referido tribunal colegiado concluyera que “la resolución del Juez instructor que ordena la suspensión de derechos políticos del inculcado desde el auto de formal prisión vulnera en su perjuicio las garantías contenidas en los artículos 14, tercer párrafo, y 16, primer párrafo, ambos de la Constitución Federal” (Tesis I.100. P aislada).

En una jurisprudencia diversa, el mismo Órgano Jurisdiccional insistió en afirmar que el numeral 46 del Código Penal Federal amplía la garantía constitucional prevista en la fracción II del artículo 38 constitucional (Jurisprudencia I.10º.P. J/8), pues:

A favor del procesado opera la presunción de inculpabilidad hasta que no se demuestre lo contrario, y esto vendría a definirse en el proceso penal, el cual de terminar con una sentencia ejecutoriada en tal sentido, ello sustentaría la suspensión de los derechos políticos del quejoso, por lo que es inconcuso que aquella norma secundaria es más benéfica, ya que no debe soslayarse que las garantías con-

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

gradas en la Constitución son de carácter mínimo y pueden ser ampliadas por el legislador ordinario.

Este criterio fue superado mediante la resolución de la contradicción de tesis 29/2007-PS, mediante la cual la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) generó la jurisprudencia 1a./J. 171/2007.

- d) El Código Penal para el estado de Querétaro no hace referencia expresa a la suspensión de los derechos políticos del inculcado desde la fecha del auto de formal prisión, sino que en sus artículos 55 y 56 alude a la suspensión de derechos en general vinculada a una sentencia que cause ejecutoria. En octubre de 2007, el Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito del PJF sostuvo que lo anterior se explicaba como una “omisión” del legislador ordinario de dicho estado, consistente en no “adecuar oportunamente el texto del ordenamiento secundario con las reformas constitucionales que obligan al juez a suspender los derechos políticos del inculcado desde el dictado del referido auto, y no hasta que se dicte sentencia condenatoria en la causa penal”.

Dicho Órgano Jurisdiccional consideró que no cabía “interpretar que el legislador local quiso ampliar las garantías constitucionales a favor de los ciudadanos eliminando la posibilidad de suspender los derechos políticos desde el dictado del auto de formal prisión”, puesto que “de haber tenido la intención de ampliar la garantía sobre el momento procesal en que deben suspenderse los derechos políticos, el propio legislador, en la exposición de motivos del Código Penal vigente hubiera esgrimido argumentos expresos que sostuvieran esa postura” (Tesis XXII.1o.21 P aislada).

- e) También en octubre de 2007, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción entre las tesis que sustentaron el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito y los Tribunales Colegiados Décimo y Sexto, ambos en Materia Penal del Primer Circuito.

Mediante la jurisprudencia 1a./J.171/2007 la referida Primera Sala estableció que si bien el artículo 46 del Código Penal Federal señala que la suspensión de los derechos del ciudadano se impondrá como pena en la sentencia que culmine el proceso penal por delito que merezca pena corporal, que comenzará a computarse desde que cause ejecutoria y durará todo el tiempo de la condena —lo cual es acorde con la fracción III del propio artículo 38 constitucional—, ello **no** significa que:

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

La suspensión de los derechos políticos establecida en la Carta Magna haya sido objeto de una ampliación de garantías por parte del legislador ordinario en el código citado,²⁶ puesto que como la fracción II del artículo 38 no contiene prerrogativas “sino una restricción de ellas, no es válido afirmar que el mencionado artículo 46 amplíe derechos del inculpado”.

Ni que exista contradicción o conflicto de normas, ya que se trata de dos etapas procesales diferentes, pues “no debe confundirse la suspensión que se concretiza con la emisión de dicho auto [de formal prisión] con las diversas suspensiones que como pena prevé el numeral 46 aludido como consecuencia de la sentencia condenatoria que al efecto se dicte, entre las que se encuentra la de derechos políticos, pues mientras la primera tiene efectos temporales, es decir, sólo durante el proceso penal, los de la segunda son definitivos y se verifican durante el tiempo de extinción de la pena corporal impuesta.

Por lo tanto, cabe concluir de lo anterior que aunque el Código Penal Federal no lo prescriba, los derechos políticos del ciudadano deben declararse suspendidos desde el dictado del auto de formal prisión por un delito que merezca pena corporal, en términos del artículo 38, fracción II, de la Constitución Federal.

- f) El 28 de mayo de 2009, al resolver la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoció de la constitucionalidad de artículo 7, fracción I, del código electoral del estado de Coahuila, el cual prescribía que, entre otros impedimentos para ser elector, se encontraba el de estar sujeto “a proceso penal por delito doloso sancionado con pena privativa de la libertad. El impedimento surtirá efecto, a partir de que se dicte el auto de formal prisión”. El referido Pleno declaró la invalidez de una porción normativa de dicha prescripción, precisamente de la palabra “doloso”.

Cabe tener presentes las afirmaciones que realizó al respecto el referido Órgano Jurisdiccional:

²⁶ Como lo había afirmado el Décimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito en la tesis I.10o.P.20 P aislada.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

El artículo 38, fracción II, de la Constitución federal no establece un derecho fundamental, una prerrogativa o una garantía susceptible de ser ampliada, sino que tiene una naturaleza jurídica distinta, pues es una restricción constitucional²⁷, es decir, una privación temporal de las prerrogativas ciudadanas durante el tiempo que dure el proceso penal.

Tal restricción constitucional “podría conceptuarse como una consecuencia accesoria de la sujeción a proceso y no como pena, sanción o medida cautelar, pues su naturaleza y finalidad no responden a la de estos últimos conceptos”.

La referida restricción constituye una medida de seguridad que no supone en forma alguna una sanción ni una consecuencia a una sanción.

La suspensión de derechos políticos por virtud del dictado de un auto de formal prisión ocurre “por mandato directo de la Constitución”.

Puesto que el artículo 34 constitucional prescribe entre las condiciones para gozar de la ciudadanía la de tener un modo honesto de vivir, “es decir, que respete las leyes, y que de esa forma contribuya al mantenimiento de la legitimidad y al Estado de Derecho”,

De la sentencia se infiere, pues no lo dice expresamente, que a quien se le dicta un auto de formal prisión no se le considera con un “modo honesto de vivir”, tal como se sigue del siguiente párrafo:

El fundamento de los derechos políticos proporciona, a su vez, la justificación para que su ejercicio pueda ser restringido por actos cometidos por el titular que revelen su desapego a la ley, pues en esa medida los derechos de ciudadanía dependen del comportamiento, y si ello no ocurre en la forma debida, deberá decretarse su restricción.

La restricción prescrita en el artículo 38, fracción II, constitucional no es contraria al principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 20, inciso B, fracción I, de la propia Constitución federal, puesto que, por una parte, así lo autoriza el artículo 1 de la referida Constitución y, por la otra, la suspensión “no equivale ni implica a que se le tenga por responsable del delito que se le imputa, tan es así que la referida restricción constituye una privación temporal de derechos, pues concluye con la resolución definitiva que ponga fin al juicio, sea absolutoria o condenatoria, y sólo en caso de que sea condenatoria se le declarará penalmente responsable. Por lo tanto, el suspenso seguirá gozando

²⁷ Lo que ya había sido prescrito en la citada jurisprudencia 1a./J. 171/2007.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

del derecho fundamental a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia dictada por el juez de la causa.

Cabe precisar que en la sentencia de la acción de inconstitucionalidad, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación afirma que “al igual que la prisión preventiva tiene sus motivos, *la suspensión de los derechos políticos tiene los propios*, pero constituye de igual manera una medida de seguridad que no supone en forma alguna una sanción ni una consecuencia a una sanción, pues únicamente constituye una restricción constitucional de carácter provisional al ejercicio de un derecho, ello *con finalidades precisas*, en cuya atención no puede eliminarse por la legislación ordinaria”.

Sin embargo, en tal sentencia no se expresan específicamente los “motivos propios” ni las “finalidades precisas” de la suspensión de los derechos políticos por el dictado de un auto de formal prisión. De la misma manera, si bien se dice que la suspensión de derechos políticos es una consecuencia accesoria y no una pena, lo cierto es que el propio texto constitucional genera dudas, puesto que, conforme a la fracción VI del artículo 38, la suspensión de derechos políticos es una pena en sí misma, por lo que la incertidumbre se abre paso: ¿Por qué razón la suspensión de derechos políticos en ocasiones es una consecuencia accesoria y en otras es una sanción en sí misma? ¿Qué elemento, propio de la suspensión de derechos políticos la torna consecuencia o sanción?

Es evidente que la suspensión de derechos políticos es una privación de éstos, que, a diferencia de otras mediadas cautelares que implican privación (el secuestro judicial, por ejemplo), carece de justificación como tal, puesto que su implementación no auxilia a conservar la materia del litigio; es decir, si el litigio se centra en decidir si un individuo es responsable o no de la comisión de tal o cual delito, ¿en qué medida la suspensión de derechos políticos tiende a conservar esa materia del litigio? Antes bien, puesto que la propia Constitución conceptualiza la suspensión de derechos políticos como una pena en sí misma que es susceptible de ser impuesta de manera independiente, la suspensión de tales derechos, antes del dictado de una sentencia condenatoria en torno a la responsabilidad penal del procesado, conlleva necesariamente la imposición de un castigo sanción antes de ser juzgado.

Así, conforme a lo anterior, se obtiene que, por lo que se refiere a la suspensión de los derechos o prerrogativas de los ciudadanos por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión:

Tales derechos no se suspenden ante el dictado de un auto de sujeción a proceso.

A quien se le dicta un auto de formal prisión no se le considera con un “modo honesto de vivir”.

Puesto que el artículo 38, fracción II, de la Constitución federal no establece un derecho fundamental o una prerrogativa susceptible de ser ampliada, sino que es una

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

restricción constitucional, en caso de que la legislación secundaria (constituciones locales o legislación penal, sea federal o estatal) prescriba que la suspensión de derechos políticos opera hasta que se dicte una sentencia ejecutoriada, y no desde el dictado de un auto de formal prisión, se debe aplicar directamente la Constitución federal.

La suspensión de derechos en este caso opera por mandato directo de la Constitución.

Tal restricción constitucional es una “consecuencia accesoria” del auto de formal prisión (“una medida de seguridad”) que no supone en forma alguna una sanción.

La restricción referida no es contraria al principio de presunción de inocencia, porque, por una parte, así lo autoriza el artículo 1 de la Constitución y, por la otra, la suspensión no equivale ni implica que se le tenga al ciudadano por responsable del delito que se le imputa, tan es así que la referida restricción constituye una privación temporal.

- Estar extinguiendo una pena corporal (artículo 38, fracción III).
- a) En abril de 2002, el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito sentó un criterio que a la postre daría paso a la jurisprudencia I.6o.P. J/7, en la cual se prescribe que aún cuando la suspensión de derechos políticos no se prevea específicamente como sanción dicha suspensión, que opera por ministerio de ley, no puede considerarse de naturaleza administrativa, pues es consecuencia directa y necesaria de la prisión impuesta por el delito cometido.
- b) Entre junio y noviembre de 2004, el mismo Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito sentó diversos criterios que dieron origen a la jurisprudencia I.6o.P. J/8, en la cual se prescribe que “la suspensión de derechos políticos, como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión impuesta por el delito que se hubiese cometido, debe ser decretada por la autoridad judicial, *aun cuando no exista pedimento del órgano acusador en su pliego de conclusiones*”,[‡] pues dicha suspensión deriva “de lo dispuesto expresamente en la Constitución General de la República, y lo único que procede es enviar la información respectiva a la autoridad electoral para que ella ordene la suspensión”.

[‡] Las cursivas son agregadas. En la jurisprudencia I.3o.P. J/16, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito prescribió esencialmente lo mismo, pero puso énfasis en que la suspensión de derechos políticos de los gobernados, como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión impuesta al pronunciar sentencia condenatoria, *debe decretarse únicamente por la autoridad judicial, aun cuando no exista pedimento del órgano acusador en su pliego de conclusiones*.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

- c) Entre abril y agosto de 2005, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito sentó diversos precedentes que dieron origen a la jurisprudencia I.3o.P. J/16, en la que se prescribe básicamente que, considerando que la suspensión de derechos políticos de los gobernados, como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión impuesta al pronunciar sentencia condenatoria, debe decretarse únicamente por la autoridad judicial,²⁸ si el juzgador no decreta expresamente dicha suspensión y únicamente informa al Registro Federal de Electores “para los efectos de su competencia”, “la autoridad electoral, en una interpretación inadecuada de ese comunicado, podría suspender los derechos políticos del sentenciado sin estar autorizada legalmente para ello, pues no debe perderse de vista que la intención del legislador fue, precisamente, señalar cuál autoridad judicial local o federal está facultada para decretar la suspensión de los derechos políticos de los gobernados, y a cuál [sic] corresponde sólo ejecutar la orden”.
- d) En mayo de 2005, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación prescribió, en la jurisprudencia 1a./J. 67/2005, que esta causa de suspensión de los derechos políticos se establece por “ministerio de ley” como consecuencia necesaria de la imposición de una sanción o de la pena de prisión: “La suspensión de derechos por ministerio de ley, es la que de manera intrínseca se produce como consecuencia necesaria de la imposición de una sanción o de la pena de prisión, que el Juez debe tomar en cuenta ineludiblemente al dictar sentencia” (Tesis 1a/J 67/2005).
Que la suspensión de derechos políticos se imponga por ministerio de ley implica que una vez que el gobernado se ubica en la hipótesis constitucional —como cuando se extingue una pena privativa de libertad—, no se requiere un acto voluntario diverso para que se produzcan sus consecuencias, sino que operan de manera inmediata.

²⁸ Ya en la jurisprudencia I.6o.P. J/8, inmediatamente citada, se prescribe que la suspensión de derechos políticos, como consecuencia directa y necesaria de la pena de prisión impuesta por la comisión de un delito, “debe ser decretada necesariamente en la sentencia por la autoridad judicial y no por la autoridad electoral, a quien únicamente le corresponde ejecutar dicha pena impuesta por la autoridad judicial local o federal”.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

En razón de lo anterior:

Es innecesario que en estos casos el Ministerio Público (del fuero común o del fuero federal) solicite la indicada suspensión en la etapa procedimental en la que formula sus conclusiones acusatorias. En consecuencia, si el órgano jurisdiccional, al momento de dictar la sentencia respectiva y en ejercicio de sus facultades, suspende los derechos políticos del sentenciado, no rebasa la acusación, ya que dicha suspensión no está supeditada a la solicitud del Ministerio Público, sino a lo dispuesto por una norma constitucional, la cual se desarrolla por otra de carácter secundario en los términos apuntados (Tesis, 1ª./J. 67/2005).

- e) En septiembre de 2006, al resolver la contradicción de tesis 8/2006-PS (Jurisprudencia, 1ª./j. 74/2006), la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisó que en el supuesto previsto en la fracción III del artículo 38 constitucional “la suspensión de derechos políticos es una sanción que se produce como consecuencia necesaria de la pena de prisión, por lo que su naturaleza es accesoria, pues deriva de la imposición de la pena corporal y su duración depende de la que tenga ésta”.

Como consecuencia de lo anterior, la referida Sala prescribió que la aplicación de la suspensión de derechos políticos como sanción accesoria no corresponde al juzgador, como sí sucede tratándose de penas autónomas, las cuales son impuestas en uso de su arbitrio judicial y de conformidad con el tipo penal respectivo.

De lo anterior se deriva que “cuando la pena de prisión es sustituida, la suspensión de derechos políticos como pena accesoria de la primera, sigue la misma suerte que aquélla, pues debe entenderse que se sustituye la pena en su integridad, incluyendo la suspensión de derechos políticos que le es accesoria”.²⁹

²⁹ En la sentencia correspondiente a la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reiteró que “la suspensión de derechos políticos, en tanto de naturaleza accesoria a la pena privativa de libertad, iniciará y concluirá simultáneamente con esta última (lo accesorio sigue la suerte de lo principal)”.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

- f) El 28 de mayo de 2009, al resolver la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hizo un pronunciamiento en torno a esta fracción en el sentido de que “tiene la naturaleza de una pena o sanción accesoria, es decir, no es una pena que se impone en forma independiente, sino una sanción que se deriva –por ministerio de ley– de la imposición de una pena privativa de la libertad, que será la pena principal, respecto a la suspensión como pena accesoria”.³⁰

Así, conforme con los criterios de los tribunales del PJF en materia penal, se obtiene que, por lo que se refiere a la suspensión de los derechos o prerrogativas de los ciudadanos durante la extinción de una pena corporal:

1. La referida suspensión por esta causa no es de naturaleza administrativa, puesto que sólo un juez puede decretarla, aun en caso de que no exista pedimento por parte del Ministerio Público en el pliego de conclusiones.
2. A la autoridad administrativa electoral sólo le compete ejecutar la referida suspensión.
3. Si el juez competente no decreta la referida suspensión en la respectiva sentencia, la autoridad administrativa encargada de ejecutarla no puede hacerlo *motu proprio*.
4. La suspensión de derechos por esta causa es una pena accesoria y su duración depende de la que tenga la pena de prisión principal; así
5. Si la pena de prisión es sustituida, también lo debe ser la de suspensión de derechos políticos.

Cabe precisar que de una lectura de cierta parte de la jurisprudencia 1a./J. 67/2005³¹ y de cierta parte de la jurisprudencia 1a./J. 74/2006³² se puede generar la idea de que puesto que la suspensión de derechos durante la extinción de una pena corporal es una

³⁰ Lo que ya había sido afirmado en la Jurisprudencia 1a./J. 74/2006.

³¹ La circunstancia de que la suspensión de derechos políticos se imponga por ministerio de ley implica que una vez que el gobernado se ubica en la hipótesis constitucional —como cuando se extingue una pena privativa de libertad—, *no se requiere un acto voluntario diverso para que se produzcan sus consecuencias, sino que operan de manera inmediata*.

³² La aplicación de la suspensión de derechos políticos *como sanción accesoria* no corresponde al juzgador, como sí sucede tratándose de penas autónomas, las cuales son impuestas en uso de su arbitrio judicial y de conformidad con el tipo penal respectivo.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

sanción accesoria que no corresponde al juzgador, sino que es impuesta por ministerio de ley que opera de manera inmediata y que, por tanto, no requiere de un acto de voluntad diverso, entonces, la autoridad administrativa electoral puede *motu proprio* ejecutar dicha suspensión sin que medie mandamiento expreso del juzgador. En otras palabras, en lo que toca a esta fracción no se cuenta con criterios claros.

En términos generales, en la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación identificó tres modalidades de suspensión de derechos políticos prescritas en el artículo 38 constitucional, consistentes en:

- a) Suspensión derivada de la sujeción a proceso por delito que merezca pena corporal (fracción II).
- b) Suspensión derivada de una condena con pena privativa de libertad (fracción III).
- c) Suspensión que se impone como pena autónoma, concomitantemente o no con una pena privativa de libertad (fracción VI).

En torno a las mismas, el referido Pleno se pronunció en el sentido de que “podrán ser reguladas por los códigos punitivos locales y Federal en la forma que el legislador ordinario considere conveniente –así lo establece el párrafo final del propio artículo 38 de la Constitución Federal–, *pero en ningún caso podrán oponerse a la norma constitucional y, por lo tanto, su aplicación es preferente respecto a cualquier otra disposición que pudiera contradecirla*. Lo anterior en acatamiento al principio de supremacía constitucional establecido en el artículo 133 de la Constitución Federal”.[‡]

Inmediatamente después, el referido Órgano Jurisdiccional puntualizó que:

Las causas por las que dicha suspensión puede ser decretada son independientes y tienen autonomía entre sí, de manera tal que una misma persona puede estar privada de sus derechos políticos durante un periodo de tiempo sin solución de continuidad, por tres causas diferentes: a) por estar sujeta a proceso por delito que merezca pena corporal; b) por sentencia ejecutoria que imponga pena privativa de libertad y, c) por cumplimiento de una pena de suspensión de derechos políticos.

Respecto a la causa prevista en el artículo 38 constitucional para que los derechos del ciudadano se vean suspendidos al *estar extinguiendo la pena de suspensión de*

[‡] Las cursivas son añadidas.

derechos políticos, expresamente impuesta por sentencia ejecutoriada, en la acción de inconstitucionalidad 33/2009 y sus acumuladas, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación precisó que la suspensión de derechos políticos “como pena autónoma establecida en la fracción VI del artículo 38 constitucional puede revestir dos modalidades: cuando se impone como pena única, caso en el que surtirá efectos a partir de que cause ejecutoria la sentencia que imponga dicha pena y cuya duración será la establecida en la sentencia misma y, cuando se imponga simultáneamente con una pena privativa de libertad”.

En torno a la causa de suspensión de derechos políticos consistente en *estar prófugo de la justicia desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal*, no existen precedentes relevantes.

V. LOS CASOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN

Los casos que analizaremos son aquellos que han llegado al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) y que, consideramos, son relevantes para discutir el contenido del artículo 38 constitucional en materia de suspensión de derechos políticos por cuestiones penales. Se trata de los asuntos nombrados por los correspondientes promoventes: Pedraza Longi, Orozco Sandoval, Sánchez Martínez y Godoy Toscano.

1. Caso Pedraza Longi (SUP-JDC-85/2007)

El 11 de diciembre de 2006, José Gregorio Pedraza Longi acudió al módulo de atención ciudadana del Registro Federal de Electores correspondiente a su domicilio, para solicitar el trámite de inscripción al padrón electoral. El 19 de enero de 2007 se le negó la expedición de su credencial de elector, debido a la no procedencia de su trámite, derivado de su situación judicial.

El 31 de enero de 2007, el actor promovió ante el módulo de referencia la solicitud de expedición de credencial para votar con fotografía, a la cual se le asignó el número 0721062202379. El 16 de enero de 2007, el vocal del Registro Federal de Electores de la 06 Junta Distrital Ejecutiva en el estado de Puebla emitió resolución de la promoción ante la instancia administrativa, calificando como improcedente la solicitud de expedición de credencial para votar presentada por Pedraza Longi, puesto que en la

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores existía información proporcionada por el juez penal del Juzgado Mixto de San Juan de los Llanos Libres, Puebla, en la que se señalaba que se dictó en su contra auto de formal prisión por delitos sancionables con pena de prisión, por lo que le fueron suspendidos sus derechos políticos conforme con lo dispuesto en el artículo 38 constitucional. Debe mencionarse que Gregorio Pedraza se encontraba sujeto a libertad bajo fianza durante el proceso penal llevado a cabo en su contra, por haber sido acusado de delitos culposos no graves.

Notificado del fallo el día 19 de febrero de 2007, Pedraza Longi promovió un juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC), en contra de tal resolución. Durante el trámite, la magistrada instructora requirió, el 28 de febrero de 2007, al juez de San Juan de los Llanos Libres, diversa información y documentación necesaria para la sustanciación y resolución del juicio.

En la sentencia del SUP-JDC-85/2007, la Sala Superior del TEPJF revocó la resolución de la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores del Instituto Federal Electoral, y ordenó que se reincorporara a Pedraza Longi en el padrón electoral y listado nominal correspondiente a su domicilio, y que se expidiera su credencial para votar con fotografía.

En el estudio respectivo se señaló que José Gregorio Pedraza Longi solicitó su credencial para votar, pero le fue negada por considerarlo suspendido en sus derechos político-electorales, fundamentándose este supuesto en el artículo 38 constitucional, fracción II, por estar sujeto a un proceso criminal que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.

En el estudio realizado, la Sala Superior consideró que las garantías plasmadas en la Constitución deben entenderse como principios mínimos, ampliándose por el legislador ordinario, o por convenios internacionales, que la misma Constitución señala en su artículo 133 como Ley suprema de la Unión. Aplicando los convenios al caso concreto, resultaba aplicable el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en el sentido de que a las personas a quienes se les prive de la libertad pero no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho de votar, por lo tanto, debe permitírseles ejercer el derecho a votar y, por consiguiente, el alta en el padrón electoral y la expedición de la credencial de elector que solicitó.

Aunado a esto, se apoyaba en lo dispuesto por los artículos 14, párrafo segundo; 16, párrafo primero; 19, párrafo primero; 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo relativo al derecho a la presunción de inocencia, reconocido éste a través de diversos instrumentos internacionales, como lo cita el numeral 8 de la Convención Americana de Derechos

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

Humanos: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Por consiguiente, se consideró que mientras no sea condenado con una sentencia ejecutoria, mediante la cual se le prive de la libertad, no debe ser suspendido en su derecho político-electoral de votar.

En la argumentación se menciona que como no hay una pena privativa de libertad que reprima al actor en su esfera jurídica, o que le impida materialmente ejercer los derechos y prerrogativas constitucionales, tampoco hay razones que justifiquen la suspensión en su derecho político-electoral de votar.

En los hechos, al actor, al ser procesado y por tratarse de delitos catalogados como no graves y satisfacer las exigencias que dispone el artículo 350 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social del estado de Puebla, se le concedió la libertad bajo fianza, por ende, cuando la pena de prisión se extingue, la suspensión de derechos políticos, al ser una pena accesoria, sigue la suerte de la principal, por lo que si se sustituye ésta, la suspensión de derechos deja de surtir sus efectos.

Tomando en cuenta que el artículo 46 del Código Penal Federal amplía la garantía constitucional que prevé la fracción II del artículo 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es improcedente ordenar en el auto de formal prisión la suspensión de derechos políticos del procesado, pues la pena comenzará desde que cause estado la sentencia respectiva y durará el tiempo de la condena.

Los derechos políticos y prerrogativas son inherentes a la ciudadanía y ésta no puede ser fraccionada, por lo que, con base en el artículo 24 de la Constitución Política del Estado de Puebla, al continuar el actor en su carácter de ciudadano, puede ejercer de manera plena sus derechos y prerrogativas en todo el territorio nacional, y en consecuencia la posibilidad de votar, no obstante encontrarse sujeto a un proceso penal.

Por lo tanto, se resolvió por unanimidad de votos que se revocara la resolución emitida por la instancia administrativa, ordenándose que se reincorporara en el padrón electoral y listado nominal correspondiente y se expidiera la credencial para votar al ciudadano José Gregorio Pedraza Longi, con el fin de que no se le vulnere la posibilidad de ejercer su derecho al sufragio.

En la sentencia también se reconoció la posibilidad de que una sentencia posterior suspendiera los derechos del actor, por lo cual en uno de los puntos resolutive se señaló que en caso de dictarse sentencia condenatoria privativa de libertad, el juez de la causa debería de inmediato comunicarlo al Instituto Federal Electoral para que, por conducto del Registro Federal de Electores, se procediera a darlo de baja del padrón electoral y listado nominal correspondiente a su domicilio.

2. Caso Orozco Sandoval (SUP-JDC-98/2010)

Tomando un criterio similar, la Sala Superior del TEPJF resolvió el caso de Martín Orozco Sandoval, a quien se le había impedido el registro como candidato del Partido Acción Nacional (PAN) para contender por el cargo de gobernador del estado de Aguascalientes. La razón de la negativa radicaba en que se le atribuía la comisión de diversos ilícitos durante el desempeño del encargo como presidente municipal del ayuntamiento de Aguascalientes.

En este caso, Martín Orozco Sandoval se encontraba sujeto a un procedimiento penal y sí contaba con auto de formal prisión, pero no se hallaba en ejecución de una pena corporal, debido a la libertad bajo caución de la cual gozaba, y de la suspensión definitiva del acto reclamado (auto de formal prisión y todas las consecuencias que de hecho y de derecho se generen) que había otorgado en un juicio de amparo el Juez Tercero de Distrito en Aguascalientes. De manera similar al caso Pedraza Longi, Martín Orozco Sandoval tampoco había sido condenado con una sentencia ejecutoria, por la cual se le podría privar de la libertad.

Respecto de los amparos que tramitó, que controvertían la orden de aprehensión girada en su contra y el auto de formal prisión, éstos le habían sido concedidos, caucionando su libertad durante el proceso penal. Igualmente estaba activo en el padrón electoral y en la lista nominal de electores.

Estas consideraciones sustentan la afirmación de que cumplía con los requisitos de elegibilidad para ser gobernador del estado, según el artículo 37 de la Constitución Política del Estado de Aguascalientes, estando en pleno ejercicio de sus derechos, entonces, no había razón para suspenderle el derecho de votar y ser votado, así como tampoco de negarle el registro como candidato del PAN para ser gobernador del estado.

Se revocaron, para los efectos precisados en la ejecutoria, la resolución emitida por el Consejo General del Instituto Estatal Electoral de Aguascalientes, que negó la solicitud de registro de Martín Orozco Sandoval como candidato, restituyéndolo en pleno uso y goce de sus derechos político-electorales, ordenando otorgar el registro mencionado con antelación.

Conforme al criterio de la tesis jurisprudencial XV/2007 de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, se interpreta que sólo procede la suspensión de los derechos políticos-electorales prevista en la fracción II del artículo 38 constitucional cuando se prive de la libertad al ciudadano. Exponiendo que aun cuando el ciudadano haya sido sujeto a proceso penal, al habersele otorgado la libertad cautiva y materialmente no se le hubiere recluso a prisión, no hay razones válidas para

justificar la suspensión de sus derechos político-electorales, pues al no haberse privado la libertad personal y al operar en su favor la presunción de inocencia, debe continuar con el uso y goce de sus derechos.

3. Caso Sánchez Martínez (SUP-JDC-157/2010 y SUP-JRC-173/2010 Acumulado)

El 16 de marzo de 2010 dio inicio el proceso electoral ordinario en el estado de Quintana Roo. Posteriormente, el 27 de abril los representantes de los partidos de la Revolución Democrática (PRD), Convergencia y del Trabajo (PT) presentaron para su registro ante Consejo General del Instituto Electoral de Quintana Roo el convenio de la coalición total y la plataforma política común para la elección de gobernador del estado, y el 30 de abril se aprobó el registro de la coalición “Mega alianza todos por Quintana Roo”.

El 1 de mayo de 2010 se presentó ante el Consejo la solicitud de registro de Gregorio Sánchez Martínez como candidato a gobernador de Quintana Roo, mismo que fue aprobado el 6 de mayo.

El 1 de junio de 2010, el juez segundo de Procesos Penales Federales de El Rincón, municipio de Tepic, Nayarit, dictó auto de formal prisión en contra de Gregorio Sánchez Martínez por su probable responsabilidad en la comisión de diversos delitos, por lo que el 3 de junio posterior, el Consejo General del Instituto Electoral de Quintana Roo determinó el cancelar el registro de Gregorio Sánchez Martínez como candidato.

El 4 de junio de 2010, Gregorio Sánchez Martínez presentó ante el Instituto Electoral de Quintana Roo una demanda de juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano registrado como expediente SUP-JDC-157/2010. El 6 de junio, la representante de la coalición mencionada presentó ante el citado Instituto Electoral una demanda de juicio de revisión constitucional electoral (expediente SUP-JRC-173/2010).

En la sentencia se encontró justificado el *per saltum* solicitado por Gregorio Sánchez Martínez y la representante de “Todos por Quintana Roo”, tomando en cuenta la proximidad de la jornada electoral local que se realizaría el 4 de julio de 2010, y que cualquier retraso en la resolución de los presentes asuntos podría ocasionar un perjuicio irreparable a los enjuiciantes en el resultado de la jornada electoral, a Gregorio Sánchez Martínez por impedirle ser votado, en tanto que a la coalición por cancelársele el registro de sus candidatos para la elección para Gobernador de dicha entidad.

En lo que interesa, los agravios planteados por la coalición y por Gregorio Sánchez Martínez se pueden dividir en los siguientes ejes temáticos:

- a) Violaciones procesales y formales en la emisión del acuerdo reclamado.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

En la demanda se adujo que el análisis de la elegibilidad de los candidatos puede presentarse en dos momentos: el primero, cuando se lleva a cabo el registro de los candidatos ante la autoridad electoral; el segundo, cuando se califica la elección, por lo cual el actor consideraba que se violaba en su perjuicio el debido procedimiento, al no existir las condiciones legales que sustentaran el análisis de elegibilidad, fuera de los supuestos legales y procesales previstos en la legislación aplicable.

El agravio se estimó infundado, puesto que la actuación de la autoridad se dio en cumplimiento de un mandato constitucional ante la inhabilitación de uno de los candidatos registrados en la contienda.

b) Violaciones de fondo en el dictado del acuerdo de cancelación de candidatura.

Debe mencionarse que se dictó auto de formal prisión contra Gregorio Sánchez Martínez como probable responsable de los delitos de:

1) Delincuencia organizada, previsto en el artículo segundo, fracción I (hipótesis de delito contra la salud) y III (hipótesis de tráfico de indocumentados), del Código Penal Federal.

2) Contra la salud, en la modalidad de colaborar de cualquier manera al fomento de la comisión o ejecución de delito contra la salud, previsto en el artículo 194, fracción III del Código Penal Federal.

3) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, en su modalidad de: depósito dentro del territorio nacional, de recursos con conocimiento de que proceden o representan el producto de una actividad ilícita, con el propósito de alentar alguna actividad ilícita, previsto en el artículo 400 bis, y cuarto párrafo del Código Penal Federal.

Al momento de la presentación de la demanda, se constató que Gregorio Sánchez Martínez se encontraba sujeto a proceso penal, en el que le recayó un auto de formal prisión, por virtud del cual se encontraba privado de su libertad, y por ser los delitos imputados considerados como graves, no operaba el beneficio de libertad bajo caución. Como consecuencia, se le dio de baja en el padrón electoral, lo cual conlleva que la posesión de su credencial para votar no produce efecto jurídico alguno.

Se estimó en la sentencia que no es concebible que una persona que se encuentra privada de su libertad en un centro penitenciario pueda ser candidato a elección popular, pues estaría imposibilitado para asumir o ejercer el cargo por el cual contiende. Luego entonces, se consideró que está impedido jurídica y materialmente para el ejercicio de sus derechos político electorales.

Asimismo, se consideró que al ser procedente la cancelación del registro de Gregorio Sánchez Martínez como candidato al cargo de gobernador del estado de Quintana Roo, no puede realizar actos de campaña en su favor, ya que éstos tienen por objeto el convencer al electorado de que sufraguen a favor de una persona que pueda asumir y

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

ejercer un cargo de elección popular. Ello imponía la necesidad de que la coalición que lo postuló, debía solicitar la sustitución de su candidato en la elección de Gobernador, so pena de perder su derecho a realizarlo.

c) Agravios vinculados con los efectos de la cancelación de la candidatura respectiva.

La coalición enjuiciante alegó en la demanda del juicio de revisión constitucional acumulado que el acto reclamado resulta contrario a derecho por ordenarse el retiro de la propaganda en plazo improrrogable de cinco días, sin dar oportunidad de sustituirla por otra parte del mismo género, además del retiro inmediato de la propaganda, el cambio de boletas electorales y de candidato, la mención sobre la definitividad de las boletas electorales y la advertencia sobre el retiro de la totalidad de la propaganda no se encuentran previstas en la legislación, por lo que la responsable resolvió en exceso al imponer esas sanciones como inusitadas y trascendentes.

La alegación se estimó infundada, puesto que al ser demostrado que Gregorio Sánchez Martínez está impedido para ser candidato de la coalición multicitada por estar privado de su libertad, es evidente que su nombre no puede ser incluido dentro de las opciones que someterán a votación ante la ciudadanía, pues al estar impedido para ejercer el cargo, tal situación afectaría el principio de certeza y la efectividad del derecho del voto de los ciudadanos quintanarroenses.

Al haberse confirmado la cancelación del registro de Gregorio Sánchez Martínez como candidato a gobernador del estado por la coalición “Mega alianza todos por Quintana Roo”, la Sala Superior estimó procedente vincular al Consejo General del Instituto Electoral de Quintana Roo para emitir un acuerdo en el cual se determinara otorgar un plazo de 48 horas a la coalición para sustituir a su candidato, además de sustituir el nombre en las boletas electorales y demás documentación electoral para la elección de gobernador del estado de Quintana Roo, así como garantizar a la coalición la realización de la correspondiente campaña electoral, mediante los actos de campaña y el empleo de la propaganda electoral pertinente.

Debe mencionarse que la decisión se adoptó por mayoría de votos, con un voto en contra y dos votos concurrentes.

4. Caso Godoy Toscano

En el caso del ciudadano Julio César Godoy Toscano, resuelto en el expediente SUP-JDC-670/2009, se le suspendieron sus derechos político-electorales justo después de haber sido electo como diputado federal, pues no se le permitió el acceso al recinto oficial para la toma de protesta, así como el registro y credencialización que lo acreditarían

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

en el cargo, debido a que se encontraba en calidad de prófugo de la justicia y tenía un libramiento de orden de aprehensión, encuadrándose inmediatamente en el artículo 38, fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por consiguiente, el criterio aplicado al caso del ciudadano Godoy Toscano, al no ser la norma impugnada la fracción II del artículo constitucional, sino la fracción V que refiere a la suspensión de derechos políticos por encontrarse prófugo de la justicia desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal, es distinto, pues la fracción II hace alusión a suspensión de derechos políticos por causa de procesamiento penal y la fracción V por la condición de estar prófugo de la justicia.

Sin embargo, consideramos que en cierto punto concurren ambas fracciones, pues, para que pueda considerarse prófugo de la justicia tendría que haberse dictado con anterioridad una orden de aprehensión en su contra, sin embargo, la diferencia en sus efectos es el término de dicha suspensión, dicho de otra manera, la rehabilitación de sus prerrogativas, pues al no estar materialmente recluso el sujeto durante el proceso penal, el efecto de la fracción V es que la suspensión de derechos se extinguirá hasta que se agote el término de la media aritmética de la pena del delito del que se trate.

En efecto, la motivación utilizada por el Tribunal Electoral para la resolución del caso Pedraza fue en cierta medida aplicable en los criterios para el caso Godoy, específicamente en el principio de presunción de inocencia, la cual está contenida en el artículo 20, apartado B, fracción I de la Constitución, que dispone, como derecho de toda persona imputada, a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Sin embargo, al caso concreto, y situado el ciudadano Julio César Godoy Toscano en la hipótesis consignada en la fracción V del artículo 38 constitucional, prófugo de la justicia y a quien le fue librada una orden de aprehensión, sustraído de la justicia, y dado que se demostró que se habían llevado a cabo investigaciones para poder localizarlo y se lograra su comparecencia al juicio sin que ello fuera posible, se constató que el sujeto se encontraba prófugo de la justicia.

Aunado a lo anterior, el delito que se le imputó no evidencia argumento alguno para la posibilidad jurídica de que le sea concedido beneficio de libertad bajo caución durante su proceso, pues supuestamente cometió un delito considerado como grave.

Finalmente, dado que el sujeto no se encontraba presente materialmente, no podría desempeñar el cargo, así que se confirmó la determinación de negar el registro del actor en su carácter de diputado federal y la expedición de su respectiva credencial.

Debe agregarse que, con posterioridad, el 23 de septiembre de 2010, Godoy Toscano tomó protesta como diputado federal, sin embargo, se inició el procedimiento de declaración de procedencia que permitirá, si fuese el caso, su encausamiento penal

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

sin la inmunidad procesal que le otorga la investidura de representante popular. Además, en octubre de 2010 renunció al partido político en el que militaba.

Cabe finalmente reflexionar, en términos generales, en torno a la delicada relación que con respecto del tema estudiado guardan los derechos de ser votado y de votar. En efecto, en los casos anteriores se ha resaltado la tutela del derecho político a ser votado, pero se ha omitido el estudio del ejercicio de votar. Desde el punto de vista de los electores, el hecho de que un candidato registrado sea suspendido en el ejercicio de sus derechos políticos, entre ellos el de ser votado, le priva, en principio, de una opción política, lo que puede dar lugar a que la elección deje de ser competitiva o decaiga el interés de los ciudadanos en el proceso electoral.

En este sentido, la suspensión de los derechos políticos de un candidato no debe recibir exclusivamente atención en cuanto a que implica la afectación del ejercicio de derechos fundamentales de una determinada persona, sino también en cuanto a que puede afectar las opciones del electorado, que tiene a su vez un impacto relevante en la forma republicana de gobierno.

En ésta la participación ciudadana es vital, pero si el electorado ve reducidas sus opciones políticas, en razón de la suspensión de derechos político decretada a un candidato, dicha participación se puede ver afectada, ya sea porque la opción de preferencia del elector ha sido cancelada o bien porque el interés ciudadano decaiga ante la disminución de competidores. Si bien es posible afirmar que se trata de evitar que en la elección participe un presunto delincuente, no es menos cierto que, aún en el supuesto de que se eligiera a una persona a la que posteriormente se le impute la comisión de ilícitos penales, siempre es posible recurrir al retiro del fuero constitucional para su debido procesamiento.

VI. JURISPRUDENCIA COMPARADA

A continuación se revisan tres casos que han sido relevantes en el derecho comparado y que podemos relacionar con la suspensión de derechos políticos que aquí analizamos. El primero, conocido como *August and Another vs. Electoral Commission and Others*, sucedió en Sudáfrica y se resolvió en 1999. El segundo caso es *Sauvé vs. Canada*, de 2002, y el tercero es *Hirst vs. United Kingdom*, de 2005.

Sin embargo, antes de revisar tales precedentes, resulta relevante relatar, al menos, el paradigmático caso de Eugene Victor Debs, líder sindical estadounidense que el 16 de junio de 1918 dirigió un famoso discurso para manifestar su oposición a la participación

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

de su país en la Primer Guerra Mundial. Debido a este discurso, Debs fue arrestado y sentenciado a 10 años de prisión, bajo cargos relacionados con la legislación que combatía el espionaje en esa época de guerra. Debs es igualmente recordado por haber llevado su propia defensa y haber dirigido una de las más recordadas piezas de oratoria forense en Estados Unidos. En 1920, mientras purgaba su pena en una cárcel federal, Debs compitió, por quinta y última vez, como candidato a la presidencia de su país, postulado por el partido socialista. Aun dirigiendo su campaña desde la prisión, Debs obtuvo cerca de un millón de votos ciudadanos (919 mil 799), pero ninguno electoral, no obstante, se colocó en el tercer lugar de las preferencias populares; perdió ante el candidato republicano Warren G. Harding (16 millones 152 mil 200 de votos populares), quien una vez en el mandato le conmutó la pena a Debs.

1. August and Another vs. Electoral Commission and Others, 1999

Este caso data de 1999, cuando la Corte Constitucional de Sudáfrica dio entrada al reclamo de un grupo de prisioneros que pedían que la Comisión Electoral hiciera los ajustes necesarios para permitir que todas las personas privadas de su libertad se registraran y votaran desde su sitio de reclusión. Su argumento partió del supuesto de que la Constitución de Sudáfrica es la ley suprema de esta nación y por lo tanto se debe respetar el derecho al sufragio universal estipulado en la ley.

En su sentencia, la Corte argumentó que el sufragio universal por definición impone obligaciones positivas en los poderes legislativo y ejecutivo, y que, por lo tanto, la ley electoral debe ser interpretada de manera que haga efectivas las declaraciones, garantías y responsabilidades constitucionales pertinentes. Asimismo, la Corte reconoció que muchas democracias han limitado el derecho al voto de los presos, pero puntualizó que estas limitaciones sólo pueden ser impuestas con base en un argumento razonable que pruebe que la norma protege un interés público superior al principio de sufragio universal.

Por otra parte, la Corte no opinó sobre si el poder legislativo tiene derecho a limitar el voto de los presos, pero sí enfatizó que su sentencia no pretende impedir que dicho poder tipifique los casos en que algunos presos podrían ser privados del mismo. Ante la falta de este tipo de legislación, la Corte consideró que la Constitución protege el derecho al voto de los presos y que ni la Comisión Electoral ni la Corte misma tienen el poder para limitar el sufragio universal.

Uno de los fundamentos utilizados fue el artículo 10.1 de la Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, que prescribe que los inculpadados privados de

su libertad deben ser tratados con humanidad y con respeto a la dignidad; así como en el artículo 10.3, donde se determina que el sistema penitenciario de los países firmantes debe tener como objetivo la reforma y rehabilitación social de los detenidos (Dhami 2005).³³

Finalmente, La Corte pidió a la Comisión Electoral que hiciera los ajustes necesarios para permitir a todos los presos votar para cargos de elección popular desde su sitio de reclusión. Hasta la fecha, a todos los presos sudafricanos, sin importar la causa de su encarcelamiento, se les respeta el derecho a votar.

2. Caso Mignone, 2000

En Argentina, encontramos que la Cámara Nacional Electoral, al fallar el caso Mignone, declaró la inconstitucionalidad del artículo tercero, inciso d, del Código Electoral Nacional. Tal precepto señalaba que se excluían del padrón electoral para votar a “los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad”. En la sentencia se señala que “la norma cuestionada aparece, *prima facie*, como manifiestamente contraria al artículo 18 de la Constitución Nacional en cuanto consagra el principio de inocencia y al artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que limita la reglamentación de los derechos políticos por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena por juez competente en proceso penal. Y si alguna duda cupiera al respecto, sería aplicable la máxima *in dubio pro amparo*” (CNE.Fallo N° 2807/2000).³⁴

El amparo se pidió en abstracto, sin que hubiera una aplicación de dicha normativa. Sin embargo, más tarde el criterio se reiteraría en el caso Zárate. En dicho amparo, el actor promovió: “En su condición de procesado con prisión preventiva” solicitando se garantizara su derecho a votar en las elecciones nacionales que se celebrarían ese año. En la sentencia se dijo que “la restricción de acceder al acto electoral, impuesta al recurrente por su condición de procesado, constituye un trato incompatible con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” y resolvió ordenar al tribunal responsable “que

³³ Dicho artículo determina en sus dos disposiciones lo siguiente: “Artículo 10. 1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. (...) 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (Quintana 2003).

³⁴ El asunto resulta relevante también por el hecho de que se discutieron dos temas de interés jurídico: la legitimación del promovente, en este caso Emilio Fermín Mignone en el carácter de representante legal de la asociación civil Centro de Estudios Legales y Sociales; así como la vía de amparo.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

deberá arbitrar los medios a su alcance a fin de hacer efectivo, en las próximas elecciones nacionales, el ejercicio del derecho a votar del señor Marcelo Antonio Zárate, estando a cargo de ese Tribunal todo lo relativo a su seguridad” (CNE. Fallo No. 3142/2003).

El tema sería objeto de atención legislativa en 2003, para contemplar el ejercicio del derecho de voto a quienes se encontraran en prisión preventiva. Con tal fin, se expidió la Ley 25.858, promulgada el 29 de diciembre de 2003, cuyo artículo cuarto incorporó al Código Electoral Nacional el siguiente artículo:

Artículo 3° bis.- Los procesados que se encuentren cumpliendo prisión preventiva, tendrán derecho a emitir su voto en todos los actos eleccionarios que se celebren durante el lapso en que se encuentren detenidos.

A tal fin la Cámara Nacional Electoral confeccionará el Registro de Electores Privados de Libertad, que contendrá los datos de los procesados que se encuentren alojados en esos establecimientos de acuerdo con la información que deberán remitir los jueces competentes; asimismo habilitará mesas de votación en cada uno de los establecimientos de detención y designará a sus autoridades.

Los procesados que se encuentren en un distrito electoral diferente al que le corresponda podrán votar en el establecimiento en que se encuentren alojados y sus votos se adjudicarán al Distrito en el que estén empadronados.

Dicha norma quedaba sujeta, conforme con el artículo 5° de la misma Ley 25.858 a que el Ejecutivo la reglamentara para poder entrar en vigor. La reglamentación se daría hasta 2006.

3. Sauvé vs. Canadá (No. 2), 2002

El caso data de 1992, cuando la Corte Suprema de Canadá concluyó de manera unánime que la Sección 51(e) de la Ley Electoral de Canadá de 1985 (en adelante la Ley Electoral) era inconstitucional y, por lo tanto, los presos no pueden ser privados de su derecho a votar. Con el fin de atender la sentencia de la Corte, el Parlamento de Canadá decidió enmendar dicha norma, permitiendo votar únicamente a presos con sentencias de dos años o menos, pero privando de este derecho al resto de la población penitenciaria. El caso regresó a la Corte en 2002, quien ratificó la inconstitucionalidad de la Ley Electoral argumentando que la Sección 51(e) representaba una violación flagrante a los Artículos 1 y 3 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.

En opinión de la mayoría, el derecho al voto es una piedra angular de la democracia y el estado de derecho, lo que obliga tanto a jueces como a legisladores a examinar

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

con mucho cuidado cualquier intento de limitar el sufragio universal. En este sentido, la mayoría consideró que la argumentación del gobierno de Canadá en defensa de privar a los presos de su derecho al voto no sólo fue deficiente, sino que fracasó en su intento de establecer una conexión racional entre la norma y un interés público superior al sufragio universal. Además, la mayoría rechazó que privar a delincuentes de su derecho al voto promueva valores cívicos o el respeto al estado de derecho, pudiendo por el contrario incrementar el desprecio por las leyes y la democracia electoral. Dado que la legitimidad de las leyes y la obligación a respetarlas emana del derecho de cada ciudadano a votar, al privar a los presos del mismo se pierde una herramienta pedagógica clave para inculcar valores democráticos y un sentido de responsabilidad social. Esta norma, por lo tanto, va en contra de valores democráticos insoslayables, como la igualdad y la participación, además de que violenta la dignidad de cada persona y atenta contra la espina dorsal de la democracia canadiense y la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.

En lo que se refiere a la posibilidad de que privar a los presos de su derecho al voto constituya un castigo justo, la mayoría consideró que el gobierno de Canadá no presentó una teoría creíble sobre por qué y en qué casos limitar un derecho democrático fundamental pueda servir como castigo para un delincuente. Además, en opinión de la mayoría, la arbitrariedad de la norma la priva de toda legitimidad, ya que no tipifica entre delitos merecedores de este castigo ni presenta evidencia en el sentido de que privar a los presos de su derecho al voto resulte en menos crímenes o la readaptación social de los criminales.

A partir de *Sauvé vs. Canada* (No. 2), todos los adultos tienen derecho a votar en todas las elecciones para cargos de elección popular en Canadá, pese a que hasta la fecha el Parlamento no ha enmendado la Ley Electoral para armonizar la norma con la sentencia de la Corte.

4. *Hirst vs. United Kingdom* (No. 2), 2005

El caso data de 2001, cuando el ciudadano británico John Hirst, condenado a cadena perpetua por homicidio involuntario, se presentó ante el Tribunal Superior de Justicia de Gales e Inglaterra (en adelante Tribunal Superior) reclamando que se le permitiera votar en elecciones tanto locales como generales del Reino Unido. Hirst había sido privado de su derecho al voto con base en el Artículo 3 del Protocolo Primero de la Ley de Representación Popular de 1983, el cual prohíbe a personas condenadas a prisión votar mientras permanezcan reclusas en una institución penal. En su sentencia, el Tribunal Superior rechazó el caso por improcedente.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

En 2004, Hirst apeló la sentencia del Tribunal Superior ante una de las salas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual declaró de manera unánime que el artículo 3 de la Ley de Representación Popular de 1983 presentaba una violación flagrante al sufragio universal. Sin embargo, a los pocos meses, esta sentencia fue apelada por el gobierno del Reino Unido ante al Gran Sala del TEDH, argumentando que la privación del derecho al voto tiene como objetivo prevenir el delito y castigar a los delincuentes, fortaleciendo su responsabilidad cívica e inculcando el respeto al estado de derecho. Además, el gobierno del Reino Unido aseguró que al romper el contrato social —es decir, al cometer un delito que amerite prisión— los presos condenados pierden su derecho a participar en procesos cívicos durante la duración de su sentencia.

El 6 de octubre de 2005, la Gran Sala del TEDH concluyó que la prohibición general del derecho al voto de prisioneros británicos contradice los acuerdos de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), la cual no sólo fue ratificada por el gobierno británico, sino incorporada a su normatividad a través de la Ley de Derechos Humanos de 1998, aprobada por el Parlamento del Reino Unido y promulgada por la reina Isabel II ese mismo año. Sin embargo, en su sentencia, la Corte no pidió que se restaurara el derecho al voto de todas las personas privadas de su libertad, más bien, sostuvo que para privar a una persona de este derecho, la ley debe ser compatible con el artículo 3 del Protocolo Primero de la CEDH, obligando así al Reino Unido a probar que la norma protege un interés público superior al principio de sufragio universal. Por lo tanto, en su sentencia la Corte dejó abierta la posibilidad de eliminar el voto de los presos condenados por determinado tipo de delitos, o para que los jueces dictaminen que privar a un preso de su derecho al voto es parte de su condena.

Pese a que la Corte concluyó que el artículo 3 del Protocolo Primero de la Ley de Representación Popular de 1983 violaba el derecho al voto de los presos, y que pidió al gobierno británico armonizar sus normas electorales con el derecho internacional y su propia Ley de Derechos Humanos de 1998, hasta la fecha las leyes británicas no han sido reformadas para permitir el sufragio de los presos.

VII. REFLEXIONES ACERCA DE UNA NUEVA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Una de las bases del constitucionalismo mexicano ha sido la eliminación de tribunales y procedimientos inquisitoriales, donde la inocencia se tiene que probar y la culpabilidad se presume. No obstante, la sombra de personajes como Antonio López de Santa Anna sobreviven actualmente, al aplicarse la suspensión de derechos políticos de manera automática,³⁵ gracias al artículo 38, fracción II, todavía vigente en la Constitución Mexicana y que proviene de las denominadas Bases Constitucionales de 1843, en cuyo artículo 21, fracción III, se despojaba de los derechos a cualquier ciudadano “por estar procesado criminalmente, desde el acto motivado de prisión”.

La historia constitucional recoge los excesos de Santa Anna (Álvarez 1903), en la aprehensión de figuras públicas, como Francisco Zarco, que motivaron la inclusión de las garantías del debido proceso legal contenidas en el artículo 16 en la Constitución de 1857 y, entre los cuales, seguramente se encontraba el despojo de derechos ciudadanos fundado en dicha disposición.

Aunado a lo anterior, el contenido del artículo 38, en lo relativo a la suspensión de los derechos, fue ideado antes de insertar al Ministerio Público dentro de las atribuciones de los poderes ejecutivos, reforma que se actualizó por la iniciativa de Porfirio Díaz, que se aprobó el 25 de mayo de 1900; por lo que cuando la investigación de los delitos se adscribe como atribución, no de los jueces, sino de personal subordinado a los poderes ejecutivos, tanto federal como estatales, la consignación de delitos ante los jueces se convierte en una función de colaboración de parte del órgano jurisdiccional a las pesquisas del Ministerio Público, que cuentan con la presunción de legalidad y dan inicio a un proceso donde se comprobará la culpabilidad del acusado.

En el sistema actual, la persona acusada de cometer uno o varios delitos goza de una presunción de inocencia desde la reforma al Código Penal del 13 de enero de 1984,

³⁵ Como el propio Tribunal Electoral lo hizo en una tesis aislada, al principio de sus actividades jurisdiccionales en 1999, en cuyo título se lee: DERECHOS POLÍTICOS-ELECTORALES DEL CIUDADANO, LA SUSPENSIÓN DERIVADA DE LA HIPÓTESIS PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL OPERA DE MANERA INMEDIATA. El texto es más categórico al determinar que: “La suspensión de derechos político-electorales del ciudadano, por encontrarse sujeto a un proceso criminal, opera *ipso facto*, esto es, basta estar en el supuesto señalado en esa norma constitucional, para que, instantáneamente, la autoridad electoral encargada de organizar todo lo relativo a las elecciones, a través de la que le corresponde el control del padrón electoral, se encuentre facultada, tan luego como conozca el acontecimiento relativo, para impedir el libre ejercicio del derecho político de sufragar, sin necesidad de declaración previa de diversa autoridad (...)”. Tesis S3EL 003/99. *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Compilación Oficial. p. 491.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

producto de la ratificación por parte de México el 3 de abril de 1982 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José.

Sin embargo, la Constitución de 1917 puede leerse con dos disposiciones contradictorias. Por un lado, la fracción II del artículo 38 establece la suspensión de derechos políticos desde el momento en que se dicta el auto de formal prisión; además, el mismo precepto determina en la fracción VI que la suspensión de los derechos ciudadanos procede por sentencia ejecutoria que imponga la pena de dicha suspensión. ¿Pueden coexistir lógicamente la hipótesis de la suspensión de derechos como pena, al momento en que un inculpado está únicamente vinculado a un proceso penal, por presumir su culpabilidad penal, con la disposición —de la misma jerarquía— que requiere una sentencia ejecutoria? ¿Es un auto dictado a petición del Ministerio Público equivalente a una sentencia ejecutoria? En pocas palabras, ¿es dable imponer una pena, como la suspensión de los derechos ciudadanos, cuando se tiene sólo la presunción de culpabilidad?

Esta contradicción de normas constitucionales, a nuestro parecer, no puede resolverse con la aplicación aislada de alguno de los preceptos, sino con la interpretación integral y sistemática del texto fundamental, apoyada en la revisión histórica de los principios constitucionales que tienen repercusión en el análisis que se realiza.

Al efecto, debe tenerse presente que la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008 estableció en el artículo 20, apartado B, fracción I, el principio de presunción de inocencia: antes de aplicar cualquier pena, debe probarse ante el Órgano Jurisdiccional la culpabilidad del acusado. Es el caso que la misma Constitución califica como pena a la suspensión de derechos políticos, y así la doctrina jurídica la concibe (González).

Esta y otras reformas constitucionales constituyen un cambio de rumbo que justifica con creces la interpretación que proponemos, misma que atiende a la protección de los derechos políticos, reconocidos no sólo por el texto constitucional mexicano sino por los instrumentos internacionales a que se ha obligado el Estado mexicano. Esto nos permite afirmar que se da una interpretación en el mismo nivel normativo, al referirse a mandatos constitucionales y, además, de una interpretación que es acorde con el compromiso contraído por el Estado mexicano al suscribir tratados en donde se hace evidente la protección de derechos de los ciudadanos, lo cual refrenda la corrección de la interpretación que se propone aquí.

La interpretación sugerida tiene como eje la revisión del alcance de la suspensión de los derechos políticos, en aquellos asuntos de naturaleza penal, esencialmente los relacionados con la sujeción a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, que contará desde la fecha del auto de formal prisión; por encontrarse extinguiendo una pena corporal, y por estar extinguiendo esa pena de suspensión expresamente impuesta

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

por sentencia ejecutoriada. Como puede advertirse, el tema aparece relacionado con la privación de la libertad o, en términos más precisos, con la reclusión del ciudadano, a efectos de encontrarse sujeto al proceso o en cumplimiento de una pena corporal que afecta la libertad personal.

En tal tenor, debe señalarse que la reclusión de ciudadanos sólo se justifica en nuestro sistema constitucional actual, con base en un sistema penitenciario que pretenda la reinserción del sentenciado a la sociedad, mediante su rehabilitación, tal como lo prescribe el artículo 18 constitucional, a partir de su reforma publicada el 23 de febrero de 1965. Debe señalarse que cuando se aprobó la fracción II del artículo 38, en 1917, no había sistema penitenciario, ni la detención de ciudadanos tenía reconocido ese objetivo, ya que el propio Constituyente originario no superó el legado porfirista en esta materia.

Muestra de lo anterior es el reconocimiento de la posible implementación de la pena de muerte en las entidades federativas, ante la falta de un sistema penitenciario, según se desprende de la discusión del original artículo 22 de la Constitución.³⁶ La abolición de la pena de muerte acaecida mediante reforma constitucional del 9 de diciembre de 2005, abona en este cambio de dirección en la política penitenciaria y en el abandono del concepto de prisión que se tuvo cuando se aprobó la fracción II del artículo 38.

La pena de suspensión de derechos políticos se ha denominado como “muerte civil” (Demleitner 2000),³⁷ pues priva a los ciudadanos de sus derechos políticos, como en el caso, no sólo de ser votado, sino también de votar, que en México no ha sido reconocido para las personas privadas de su libertad.

Aun en los Estados Unidos, que no ha suscrito las convenciones sobre derechos humanos que se han mencionado, y en donde más de la mitad de sus entidades federativas, 20, reconocen todavía la pena de muerte, se priva del disfrute de los derechos políticos sólo por sentencia condenatoria con más de un año de prisión; y se ha reconocido judicialmente en otros estados dicho disfrute a ciudadanos privados de su libertad.³⁸ Por

³⁶ El 12 de enero de 1917 se discutió el artículo, donde se explicó por el Constituyente, particularmente el diputado Gaspar Bolaños, que las penas son un medio para conseguir la “corrección moral” del delincuente. Además observó que la irrevocabilidad de tal pena no deja lugar a la enmienda de errores judiciales, por lo que la hace irreparable. (Aranda 2010).

³⁷ Sudáfrica, por cierto, autoriza el derecho de ejercer el sufragio a los acusados privados de su libertad.

³⁸ Precedentes como *Locke vs. Farrakhan*, del estado de Washington, y *Haydan vs. Pataki*, de Nueva York, así lo hacen. En contraste, el caso de *Richardson vs. Ramirez* 418 US 24 (1974), en el que la Suprema Corte desechó el argumento de que sería inconstitucional toda legislación estatal que impusiera la pena de suspensión de derechos políticos.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

ello, Lyndon La Rouche pudo hacer campaña como candidato para presidente de ese país en 1992 desde su confinamiento en Minnesota.³⁹

Asimismo, consideramos que los tratados internacionales deben aplicarse con prelación al derecho doméstico, tratándose de los derechos humanos más favorables a la persona, según la interpretación *a contrario sensu* del artículo 1 de la Constitución mexicana, que prohíbe la suspensión de derechos consagrados en la misma. Conforme con esto, la fracción II del artículo 38 queda rebasada en la actualidad por la fracción VI del mismo, así como por la intención del poder constituyente permanente en sus reformas de 2005 y 2008 en materia de pena de muerte y de presunción de inocencia, refrendada por la *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH) referida y la Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La ley suprema de la unión, según reza el artículo 133 constitucional, en sus tres ordenamientos: la Constitución misma, a través de su interpretación sistemática, la ley federal que es el Código Penal y los tratados internacionales, respaldan todos la conclusión de que:

a) La suspensión de los derechos políticos es una pena inconstitucional, ya que atenta contra los objetivos de las penas que son la rehabilitación del individuo.

b) La pena de suspensión de derechos políticos prejuzga sobre la culpabilidad del acusado, contraviniendo así el principio constitucional de presunción de inocencia.

c) La pena de suspensión de derechos políticos para un candidato que pretende contender en próximas elecciones contraviene la obligación del Estado mexicano de observar el principio de derecho internacional de reparabilidad, establecido en el artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁴⁰

d) La suspensión de derechos políticos ha sido considerada como una infracción al principio de sufragio libre y universal.

Aunque se permita en algunas jurisdicciones la limitación de los derechos políticos por razones de que el ciudadano esté privado de su libertad por haber cometido un delito, que no era el caso en el SUP-JDC-157/2010 y su acumulado SUP-JRC-173/2010 (caso Sánchez Martínez), ya que el actor sólo estaba vinculado a un proceso que determinaría en el futuro su responsabilidad o no en el ámbito penal, estas limitaciones deben ser “razonables”, “proporcionales” y “constitucionales”.

³⁹ Incluso, en los nuevos países surgidos del extinto bloque soviético, como lo es Latvia, se permitió que Alfred Rubiks realizara una campaña como candidato a la presidencia de su país en 1996.

⁴⁰ Que establece: “9.5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”. ¿De qué manera podría ser reparado el derecho político a ser votado de un candidato que, después de la elección en la cual no pudo competir, es absuelto de la responsabilidad penal imputada?

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

En efecto, la suspensión de derechos políticos es una pena que se impone a un ciudadano que ya fue condenado por la comisión de un delito; no puede ser una medida cautelar o preventiva, como se pretende. Al ser una pena debe estar prevista en la ley como tal, precisando los delitos que ameritan dicha pena y, en obvio de razones, la duración máxima por la que el juez competente puede imponerla. No existe pena alguna que no tenga una temporalidad definida en la ley, de admitir lo contrario se estarían imponiendo penas ilegales, que contrarían la idea de cualquier estado constitucional democrático.

Como ejemplo citamos la legislación de Francia, que dispone que una vez que un juez dicta una sentencia condenatoria puede imponer como pena la privación del derecho de votar y/o de ser electo, únicamente tratándose de los delitos previstos por la ley y no puede ser mayor a 10 o cinco años según el tipo de delito cometido. No es viable en una democracia concebir la suspensión de derechos políticos, que es un acto que viola la dignidad de la persona y que, en ciertos casos, el daño causado puede llegar a ser irreparable, como una sanción que se impone de inicio por tiempo indefinido.

En el caso *Re Bennett*, decidido en 1993 por las autoridades judiciales de Nueva Zelanda, se consideró que la ley electoral reformada en ese año, para suspender de sus derechos ciudadanos a cualquier persona que esté privada de su libertad como consecuencia de una sentencia condenatoria, es contraria a la sección 12 de la ley de derechos de ese país, que establece que todo ciudadano mayor de 18 años tiene el derecho a votar y ser votado en una elección genuina y periódica.⁴¹ Esta decisión descansó en el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que determina que todo ciudadano gozará del derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, de ser electo en elecciones periódicas y auténticas, llevadas a cabo mediante sufragio universal y, en general, tener acceso en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país (ONU 2004).

Respecto de la interpretación del artículo 25 del Pacto Internacional, ésta tuvo como sustento el comentario del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, rendido en 1996. De este comentario se desprende que se impone la obligación a los Estados firmantes de adoptar la legislación necesaria para garantizar los derechos establecidos en dicho artículo (ONU 2004, 194-199). Dicha legislación no cubre los supuestos del artículo 38 de la Constitución.

⁴¹ La New Zealand Bill of Rights Act 1990 señala en su artículo 12: "Every New Zealand citizen who is of or over the age of 18 years: (a) has the right to vote in genuine periodic elections of members of the House of representatives, which elections shall be by equal suffrage and by secret ballot".

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

En el mencionado comentario se señala:

Cualesquiera condiciones que se impongan al ejercicio de los derechos amparados por el artículo 25 deberán basarse en criterios objetivos y razonables [...] El ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos precisados en la legislación y que sean razonables y objetivos.

Los límites sobre los derechos políticos deben ser “razonables”, para que sean compatibles con un régimen democrático, según el célebre precedente de la Suprema Corte de Canadá *R vs. Oakes* (1986) 1 SCR 103. En dicho caso se concluyó que la carga de la prueba establecida en la ley para que el ciudadano pruebe su inocencia en un procedimiento penal es asumir la presunción de culpabilidad y, por lo tanto, constituye una limitación no razonable a los derechos fundamentales del individuo.

Lo interesante de este precedente extranjero que puede muy bien aplicarse en nuestro país, radica en que fijó dos reglas para identificar la razonabilidad de los límites a los derechos políticos:

a) La limitación de los derechos políticos y, en general, de los derechos humanos, debe tener como objetivo fomentar los fines de una sociedad democrática.

b) La limitación debe evitar la arbitrariedad o la injusticia y evitar el mayor daño posible, demostrándose su importancia frente al derecho afectado

En México se debe sopesar si la suspensión de derechos políticos acaecida después del registro del candidato de una coalición para contender en una elección que se llevará a cabo en breve término, a través de un auto de vinculación a su proceso penal, sin consistir en una sentencia ejecutoria, promueve los fines de una sociedad democrática. Nuestra respuesta es contundentemente negativa.

Igualmente, según los estándares de las naciones democráticas contenidas en las resoluciones judiciales que se han citado,⁴² la suspensión de los derechos políticos a través de un auto de vinculación al proceso resulta arbitraria, pues no puede promover los objetivos de toda pena, que es la rehabilitación, siendo, en consecuencia, desproporcionada, ya que priva a un candidato de contender en una elección democrática, con pleno conocimiento por parte del electorado de su situación, violentando la competitividad en las elecciones e impidiendo, por lo tanto, la celebración de elecciones genuinas.

Cabe precisar que estas consideraciones no se alejan de algunos de los precedentes aprobados por la Sala Superior del TEPJF, entre ellos, el relativo al expediente

⁴² Y que se recoge en la famosa resolución de la Suprema Corte de los Estados Unidos *Paquete Havana* 175 US 677 (1900).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

SUP-JDC-98/2010 (Caso Orozco Sandoval), en el cual se sostuvo que no procedía la suspensión de los derechos políticos del actor, en virtud de que si bien existía un auto de formal prisión, se encontraba bajo el régimen de libertad bajo caución y que prevalecía la presunción de inocencia.

En efecto, ante las anteriormente señaladas contradicciones de nuestra Carta Magna, la referida Sala como tribunal constitucional en materia electoral debe, caso por caso, garantizar cada vez más la protección de los derechos políticos, generar que éstos se potencialicen, así como la permanencia del régimen democrático fortaleciendo los principios constitucionales que rigen todo proceso electoral. La función de los jueces electorales no debe limitarse a velar por la legalidad y constitucionalidad de los actos de las autoridades electorales, debemos también buscar y encontrar las soluciones jurídicas que permitan que situaciones extraordinarias en la vida democrática no vulneren el curso legítimo de un proceso electoral y, por ende, la legitimidad de la integración de los poderes del Estado.

No debe omitirse mencionar, con relación a la responsabilidad penal de los servidores públicos que, cuando finalmente se demuestra, no deja de ser efectiva si el candidato ha sido electo y está en el desempeño de un encargo que lleva aparejada cierta inmunidad procesal, toda vez que puede proceder el mecanismo constitucional de la declaración de procedencia, ampliamente conocido como desafuero, que permita su correspondiente enjuiciamiento y sanción por parte de los tribunales competentes, con lo cual se advierte la completitud del sistema jurídico mexicano.

A lo anterior debe agregarse que, finalmente, la aprehensión de un candidato registrado en plena campaña electoral, a poco tiempo de que se celebre la jornada electoral, atenta contra el principio constitucional consistente en que las elecciones deben ser auténticas. La democracia no es una situación de derecho que perdura por sí misma, al contrario, debe ser constantemente reforzada con la intervención, ciertamente de los ciudadanos, pero también de los tres poderes del Estado conjuntamente. Si bien uno de los elementos de las elecciones democráticas es que el elector pueda escoger a candidatos cuya trayectoria y honorabilidad no estén en duda, estas elecciones requieren también por parte de los actores políticos activos (partidos y candidatos) de certeza en la continuidad y equidad de un proceso electoral.

VIII. CONCLUSIONES

La exposición hasta aquí realizada nos lleva a concluir que resulta necesario que los poderes en conjunto reflexionen sobre las reformas necesarias para reforzar nuestra democracia. En todo régimen democrático, el Poder Ejecutivo propone iniciativas de ley, el Poder Legislativo las discute y, en su caso, las aprueba, y el Poder Judicial aplica esas leyes. Al final de este proceso, y con el transcurso del tiempo, el juez es el eslabón que más conoce de las deficiencias de la ley y está en posibilidades de proponer reformas que, en su opinión, podrían mejorar la ley y así perfeccionar el orden social, esta ponencia hace eco de tal criterio.

La protección de los derechos políticos resulta sustancial para contribuir al desarrollo democrático del país. Acorde con las reformas constitucionales más recientes, urge que el órgano revisor realice las adecuaciones pertinentes para garantizar que la suspensión de los derechos políticos sea acorde con el principio de la presunción de inocencia, lo cual contribuirá a la consecución de procesos electorales con un alto grado de credibilidad y confiabilidad.

Mientras se realizan tales adecuaciones constitucionales y legales, los tribunales deben garantizar la protección de los derechos políticos, como condición de la vida democrática del país. En la materia electoral, debe tenerse presente que ante escenarios de creciente politización, es una posibilidad real la de que los procedimientos penales pueden ser manipulados contra candidatos y electores que, súbitamente, por la aplicación literal de los preceptos analizados, se verían despojados de sus derechos políticos, en detrimento de la credibilidad de los resultados de la contienda electoral.

De ahí que sea la labor de los tribunales, en tanto se realizan las modificaciones en el plano constitucional y legal, la que contribuya a dar certeza en aquellos casos en que se requiere garantizar la investidura que ostentan candidatos y servidores públicos en los procesos electorales. Con tal actuación de los tribunales se puede lograr que las elecciones sean verdaderamente competitivas.

IX. FUENTES CONSULTADAS

- Aranda, Enrique Díaz. "La pena de muerte en México". *www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulo/a_20080521_64.pdf*
- CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- CNE. Cámara Nacional Electoral. FALLO N° 2807/2000 <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00008/00022158.Pdf> (Consultada el 23 de septiembre de 2010).
- CNE. Cámara Nacional Electoral. FALLO N° 3142/2003 <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00017/00022087.Pdf> (Consultada el 23 de septiembre de 2010).
- González, Mónica. Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones. Comentario al artículo 38 constitucional, Tomo XVII. p. 523.
- CPEUM. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Demleitner, Nora V. "Continuing payment on one's debt to society: The German model of felon disenfranchisement as an alternative". 84 Minnesota Law Review 753 (Abril).
- Dhami, Mandeep K. 2005. Prisoner disenfranchisement policy: A threat to Democracy? Analysis of Social Issues and Public Policy. Vol. 5. No. 1.
- Jurisprudencia 1a./J. 74/2006. SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS. AL SER UNA SANCIÓN ACCESORIA DE LA PENA DE PRISIÓN CUANDO ÉSTA ES SUSTITUIDA INCLUYE TAMBIÉN A LA PRIMERA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: XXIV, Diciembre de 2006 Página: 154.
- Jurisprudencia I.3o.P. J/16. DERECHOS POLÍTICOS. EL JUEZ NATURAL DEBE DECRETAR EXPRESAMENTE SU SUSPENSIÓN AL PRONUNCIAR SENTENCIA CONDENATORIA Y NO SÓLO ORDENAR EL ENVÍO DEL OFICIO RESPECTIVO A LA AUTORIDAD ELECTORAL "PARA LOS EFECTOS DE SU COMPETENCIA", PUES ESA OMISIÓN, VIOLA EN PERJUICIO DEL GOBERNADO LA GARANTÍA DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXII, Septiembre de 2005, Página: 1282.
- Jurisprudencia I.6o.P. J/7. DERECHOS POLÍTICOS, SUSPENSIÓN DE. NO PUEDE CONSIDERARSE QUE SEA DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA PORQUE NO SE PREVEA ESPECÍFICAMENTE COMO SANCIÓN, YA QUE SU IMPOSICIÓN DERIVA DE LOS ARTÍCULOS 45 Y 46 DEL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL, COMO CONSECUENCIA DIRECTA Y NECESARIA DE LA PRISIÓN IMPUESTA POR EL DELITO COMETIDO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXI, Enero de 2005, Página: 1554.
- Jurisprudencia I.6o.P. J/8. DERECHOS POLÍTICOS, SUSPENSIÓN DE. NO PUEDE CONSIDERARSE QUE SEA DE NATURALEZA ADMINISTRATIVA PORQUE NO SE PREVEA ESPECÍFICAMENTE COMO SANCIÓN, YA QUE SU IMPOSICIÓN DERIVA DE LOS

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

- ARTÍCULOS 45 Y 46 DEL CÓDIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL, COMO CONSECUENCIA DIRECTA Y NECESARIA DE LA PRISIÓN IMPUESTA POR EL DELITO COMETIDO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XXI, Enero de 2005, Página: 1554.
- ONU. Organización de las Naciones Unidas. Repport to the Attorney-General under the New Zealand Bill of Rights Act 1990 on the Electoral (Disqualification of Convicted Prisoners) Amendment Bill. House of Representatives. 2004.
- ONU. Organización de las Naciones Unidas. “Observación general no. 25”, Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 2004, pp. 194-199.
- Salado Álvarez, Victoriano. De Santa Anna a la Reforma. J. Ballescá. México. 1903.
- PIDCP. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Quintana García, Francisco. *Instrumentos básicos de derechos humanos*. Editorial Porrúa. México 2003. p. 208-209.
- RAE. Diccionario de la Lengua Española – Vigésima Segunda Edición. http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=Prerrogativa
- Tesis 1a./J.171/2007. DERECHOS POLÍTICOS. DEBEN DECLARARSE SUSPENDIDOS DESDE EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: XXVII, Febrero de 2008 Página: 215.
- Tesis 1a./J. 67/2005 DERECHOS POLÍTICOS. PARA QUE SE SUSPENDAN CON MOTIVO DEL DICTADO DE UNA SENTENCIA QUE IMPONGA UNA SANCIÓN O LA PENA DE PRISIÓN, NO ES NECESARIO QUE ASÍ LO HAYA SOLICITADO EL MINISTERIO PÚBLICO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Primera Sala, Tomo: XXII, Julio de 2005 Página: 128.
- Tesis 2a. LIV/2008. OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS. LA SANCIÓN PREVISTA EN LA FRACCIÓN III DEL ARTÍCULO 51 DE LA LEY RELATIVA NO CONSTITUYE UNA PENA INFAMANTE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, XXVII, Mayo de 2008, p. 232
- Tesis. DERECHOS POLITICOS. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Instancia: Pleno, Tomo XV, Página: 1163, Tesis Aislada, Materia(s): Común.
- Tesis I.100.P.20 P aislada. SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS DEL INculpADO. LA RESOLUCIÓN DEL JUEZ INSTRUCTOR QUE LA ORDENA DESDE EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, VULNERA LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 14, TERCER PÁRRAFO, Y 16, PRIMER PÁRRAFO, AMBOS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La suspensión de derechos políticos por cuestiones penales en México

- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo: XXII, Septiembre de 2005 Página: 1571.
- Tesis I.6o.P. J/17. SUSPENSIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS. ES IMPROCEDENTE DECRE-
TARLA EN UN AUTO DE SUJECCIÓN A PROCESO, EN TÉRMINOS DE LO DISPUESTO
EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario
Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados
de Circuito, Tomo: XXVIII, Agosto de 2008 Página: 996.
- Tesis S3ELJ 18/2001. MODO HONESTO DE VIVIR COMO REQUISITO PARA SER CIUDADA-
NO MEXICANO. CONCEPTO. *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes
1997-2005, páginas 187-188*
- Tesis: XXII.1o.21. P aislada. DERECHOS POLÍTICOS. AUNQUE EL CÓDIGO PENAL PARA EL
ESTADO DE QUERÉTARO NO PREVÉ SU SUSPENSIÓN DESDE LA FECHA DEL AUTO
DE FORMAL PRISIÓN, ATENTO AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, EL
JUZGADOR DE INSTANCIA DEBE HACERLO DESDE ESE MOMENTO PROCESAL CON-
FORME AL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. *Semanario
Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados
de Circuito, Tomo: XXVI, Octubre de 2007 Página: 3158.

La participación política y la reforma electoral

Alberto Ricardo Dalla Via^{*}

^{*} Presidente de la Cámara Nacional Electoral. Profesor titular de Derecho Constitucional (UBA); presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; académico de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

SUMARIO

I. Participación política; II. Participación política en la reforma electoral; III. Otros rasgos de la reforma electoral, IV. Fuentes consultadas

I. PARTICIPACIÓN POLÍTICA

La reforma constitucional argentina de 1994 incorporó el capítulo II bajo el título Nuevos derechos y garantías, ampliando de esta manera el catálogo clásico de derechos a los de incidencia colectiva o “nuevos derechos”. Frente a los aportes del constitucionalismo clásico que limitaba los derechos constitucionales a los “derechos subjetivos”, el nuevo capítulo incorpora los derechos que no están en cabeza de un sujeto sino que se tienen por pertenencia a un grupo amplio de personas. De esa manera, a los derechos civiles y políticos (primera generación) y a los derechos económicos y sociales (segunda generación), se agregan los derechos colectivos (tercera generación), entre los que la Constitución enumera los derechos al ambiente y los derechos de los usuarios y consumidores.

El capítulo también contiene los derechos electorales y de los partidos políticos que, si bien se consideran clásicamente de primera generación, se ubican en el nuevo capítulo ya que no fueron contemplados expresamente en la Constitución histórica, aunque la doctrina y la jurisprudencia ya los habían recogido a partir de la norma de habilitación del artículo 33 con un criterio amplio. Luego se ubican los llamados nuevos derechos de participación política, como la iniciativa popular y la consulta popular. De ese modo, la Constitución acentúa el tránsito de un modelo individualista y representativo a un modelo democrático que también contempla la participación como valor. Los derechos de primera generación se fundaron en la libertad como valor, los de segunda generación lo hicieron en la igualdad y los de tercera generación lo hacen en la solidaridad. Son, en definitiva, derechos de la participación.

A los derechos de participación política propios de la democracia participativa y deliberativa me referiré a continuación, tratando de resaltar los aspectos más novedosos que generan un amplio debate social y político, y de la participación ciudadana en los procesos electorales, para finalmente describir los lineamientos de la última reforma electoral.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La participación política y la reforma electoral

Los derechos políticos son una categoría no siempre concisa, que abarca los derechos de asociación y reunión, de petionar a las autoridades, de participación y control, así como el derecho de elegir y ser elegido conforme a las leyes.

Éstos se dirigen a sujetos que tienen calidad de ciudadanos o calidad de entidades políticas reconocidas. Los derechos políticos sólo tienen por finalidad la política.

Mucho se habló de los derechos políticos, y más en países como Argentina, donde se ha visto cercenado su ejercicio, por lo que es necesario tener presente cómo se ha extendido la participación, tanto en el sufragio activo como pasivo, y la ampliación de la protección judicial.

Desde el retorno de la democracia, uno de los temas relevantes fue la protección de las mujeres en su derecho de sufragio pasivo, lo que trajo aparejado la sanción de la Ley 24.012, llamada de “cupos femeninos” o “cuota de género”, fijando la obligatoriedad de incluir un mínimo de 30% de mujeres en las listas de candidatos para elecciones nacionales. La reforma constitucional de 1994 incorporó el artículo 37 de la Constitución, que en su segundo párrafo señala que el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio —recogiendo así la tradición en materia electoral que arranca desde la Ley Sáenz Peña (núm. 8871)— y la última parte del mismo artículo favorece la adopción de acciones que tiendan progresivamente a la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a los cargos electivos y partidarios.

La Constitución manda a asegurar mediante la implementación de “acciones positivas” en los textos de los artículos 37 y 75, inciso 23, la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso de cargos electivos.

En este punto, Argentina ha seguido los principios consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención contra toda forma de Discriminación de la Mujer, que en materia electoral y de partidos políticos se pronuncian claramente en favor de una participación igualitaria y sin discriminaciones fundadas en meros prejuicios de género.

La Cámara Nacional Electoral ha asumido de un modo cabal el rol que se le ha asignado de garante del cumplimiento de las medidas que procuran la igualdad real de oportunidades entre mujeres y varones para el acceso a cargos electivos y partidarios⁴³ y veló por su respeto en todas las causas que le fueron sometidas a su conocimiento (véase Fallos 3005/02 y 3780/07).

⁴³ Fallos: (CNE, 1568/93), (CNE, 1586/93), (CNE, 1595/93), (CNE, 1863/95), (CNE, 1866/95), (CNE, 1867/95), (CNE, 1868/95), (CNE, 1869/95), (CNE, 1870/95), (CNE, 1873/95), (CNE, 1984/95), (CNE, 2669/99), (CNE, 2878/01), (CNE, 2918/01), (CNE, 3005/02), (CNE, 3780/07)

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La participación política y la reforma electoral

En particular, ha sostenido que:

No basta que las listas estén compuestas por un mínimo de treinta por ciento de mujeres sino que además es necesario que tal integración se concrete de modo que -con un razonable grado de probabilidad- resulte su acceso a la función legislativa en la proporción mínima establecida por la ley y aquél sólo puede existir si se toma como base para el cómputo la cantidad de bancas que el partido renueva.⁴⁴

La reciente reforma electoral, Ley 26.571,⁴⁵ establece el derecho de participación política de las mujeres al señalar que las agrupaciones políticas para su organización interna deben respetar la ley 24.012, “cupó femenino” (artículo 3º, inc. b). Con ello se consagra la extensión de los derechos políticos de las mujeres, dado que ahora no sólo se requiere respetar el porcentaje mínimo por sexo en la conformación de las listas para cargos públicos electivos, sino también para las elecciones internas de los partidos.

Otra modalidad de extensión del sufragio activo es la que establece la ley 24.007, que permite a los argentinos residentes en el exterior votar en los comicios nacionales. En este punto, se ha sostenido además que esos ciudadanos “debe procurar facilitarse [...] el ejercicio de otros derechos que, como el de afiliación, integra también el plexo de los derechos políticos ciudadanos propios de toda democracia” (véase Fallo CNE1756/94).

Otro caso fue la admisión del sufragio activo de los privados de libertad sin condena, que a partir del caso Mignone ejercen su derecho sin restricción en las penitenciarías donde se encuentran alojados.

En este sentido, el fallo Mignone⁴⁶ del año 2000 hizo lugar a un amparo promovido por un organismo no gubernamental, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) para declarar la inconstitucionalidad de un artículo del Código Electoral Nacional que excluía del sufragio activo a quienes se encontraban privados de libertad sin condena en distintos establecimientos carcelarios del país. De ese modo, se hizo valer el inciso segundo del artículo 23 de la CADH, que limita la potestad de reglamentación legal de los derechos de participación política “...exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena por juez competente en proceso penal”.

⁴⁴ Fallos: (CNE, 1566/93), (CNE, 1836/95), (CNE, 1850/95), (CNE, 1862/95), (CNE, 1864/95), (CNE, 1866/95), (350705).

⁴⁵ Sancionada el 02/12/2009 y promulgada por decreto 2004/2009 del 11 de diciembre de 2009 con la observación de los artículos 107 y 108 (B.O n° 31.800, 15/12/2009).

⁴⁶ Fallos: (CNE 2807/2000) y (CSJ 325:524)

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La participación política y la reforma electoral

La misma sentencia reconoció legitimación activa a una asociación representativa de intereses de incidencia colectiva en general, conforme las califica el artículo 43 de la Constitución Nacional, al consagrar el llamado amparo colectivo.

A su vez, en la causa:

Zárate, Marcelo Antonio s/amparo (CNE 3142/2003) del año 2003, la Cámara Nacional Electoral se volvió a pronunciar sobre el tema destacando que “la privación del ejercicio del sufragio para los ciudadanos que se encuentren en esta condición procesal, importa vulnerar el principio de inocencia que se encuentra ínsito en el artículo 18 de la Constitución Nacional y expresamente previsto en los artículos 8°, párrafo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y párrafo 14, inciso 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, efectuándose así una discriminación arbitraria...No cabe sino concluir entonces que la restricción de acceder al acto electoral, impuesta al recurrente por su condición de procesado, constituye un trato incompatible con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Finalmente, con anterioridad a la sanción Ley 25.858, frente al incumplimiento por parte del Poder Legislativo y Ejecutivo de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados como se les intimó en el caso Mignone, entendió que “corresponde hacer lugar a la acción deducida comunicando al Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata –a cuya disposición se encuentra el recurrente– que deberá arbitrar los medios a su alcance a fin de hacer efectivo [su derecho]”. En el año 2006 se reglamentó, finalmente, el ejercicio del sufragio activo de los procesados con prisión preventiva.

Un tema de mucha actualidad, en los últimos tiempos, es el ejercicio del sufragio activo de las minorías desprotegidas y desamparadas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, que hace que determinados “personajes” encuentren un campo fértil para ejercer lo que se ha denominado “clientelismo político”.

Las prácticas clientelares –entre las que se encuentra la denominada “compra de votos”– conspiran contra la expresión de libre voluntad que constituye un presupuesto indispensable del ejercicio del sufragio. El concepto general de clientelismo político está acotado en nuestra sociedad a una mera permuta de favores entre jefes partidarios y potenciales electores provenientes en su mayoría de clases bajas y desamparadas.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La participación política y la reforma electoral

Estas prácticas vulneran el ejercicio de los derechos políticos, ya que cuando los instrumentos internacionales⁴⁷ hacen referencia al voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores procuran resguardar al sufragante de toda intimidación, pues la libertad del voto conlleva inexorablemente el derecho de cada elector de expresar su voluntad sin ser objeto de presión alguna.

En las últimas elecciones, la Cámara Nacional Electoral ha dictado un pronunciamiento, en la causa “Sub lemas del acuerdo cívico y social de Formosa s/protesta”, con el fin de salvaguardar los derechos políticos de las comunidades indígenas frente a distintas maniobras, como la retención de documentos cívicos, que se habían evidenciado en distintas elecciones, tendientes a distorsionar la libertad cívica de ciudadanos pertenecientes a comunidades indígenas de distintas localidades de la provincia de Formosa. Allí, se ha establecido que:

Los hechos denunciados involucran a un gran número de integrantes de pueblos originarios, quienes enfrentan serias dificultades que los mantienen en una situación de vulnerabilidad y marginalidad (véase Fallo CNE 4283/09). Lo que implica “el establecimiento de determinadas medidas con el fin de procurar en la práctica la igualdad de oportunidades que permitan corregir las situaciones que son el resultado de conductas discriminatorias” (véase Fallo cit.).

No es ocioso recordar al respecto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha enfatizado que “[e]n lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres” (véase caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia del 17 de junio de 2005).

Como lo ha establecido la CIDH:

El artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. [...] [E]s indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para

⁴⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 23, inc. 2º y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 25, inc. b y, en sentido análogo, Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 21, inc. 3º y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XX.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La participación política y la reforma electoral

que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación (caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, Sentencia del 6 de agosto de 2008).

Los derechos políticos propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político, ya que “el ejercicio efectivo de los [mismos] constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención” (véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castañeda Gutman, cit.).

Por ello, “[e]l derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán” (véase Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005).

Vale aclarar al respecto que cuando en los instrumentos internacionales se hace referencia a “voto secreto que garantice ‘la libertad del voto’” (artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos) o “la libre expresión de la voluntad de los electores” (artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos) lo que se procura es poner al sufragante al abrigo de toda intimidación. El principio de libertad del voto significa que cada elector puede sufragar sin ser objeto de presión alguna (véase Fallo CNE 2534/99).

Como lo ha señalado Habermas, “[e]l problema se plantea en las sociedades democráticas cuando la cultura mayoritaria políticamente dominante impone su forma de vida y con ello fracasa la igualdad de derechos efectiva, de ciudadanos con otra procedencia cultural” (Habermas 1999, 23), y al decir de Dworkin:

La teoría constitucional sobre la cual se basa [un] gobierno [democrático] no es una simple teoría mayoritaria. La Constitución [...] esta destinada a proteger a los ciudadanos, individualmente y en grupo, contra ciertas decisiones que podría querer tomar una mayoría de ciudadanos, aun cuando esa mayoría actúe siguiendo lo que para ella es el interés general o común (Dworkin 2001).

Tales prescripciones se enmarcan en una concepción progresiva de los derechos fundamentales que no sólo requieren del Estado una posición de mero garante neutral o abstencionista, sino que le encomienda remover los obstáculos para hacer verdaderamente efectiva la realización de tales derechos, en el caso, a la participación política.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La participación política y la reforma electoral

En cuestiones institucionales de relevancia, la Cámara Nacional Electoral ha mantenido posturas aperturistas en materia de legitimación cuando se han visto involucrados derechos fundamentales de participación política. En tal sentido, la jurisprudencia registra la amplitud de legitimación en los casos de cuota de género o cupo femenino, receptando su cumplimiento para los cargos electivos al momento de oficializarse las candidaturas y en la admisión de la acción de amparo colectivo, como en su momento fue el caso Mignone.

Es así como el Tribunal le reconoció legitimación activa a una ciudadana con el fundamento de que “[s]i la lista de un partido no se ajusta a lo que marca la ley, no solamente la está violando sino que también está restringiendo y vulnerando ese derecho del sufragante que nace de ella y que tiene por tanto raíz constitucional” (véase Fallos cne 1836/95).

En cuanto a los partidos políticos, el artículo 38 de la Constitución Nacional los considera como instituciones fundamentales del sistema democrático, la jurisprudencia ya había admitido su inserción constitucional sobre la base de los arts. 1, 14, 22 y 33 de la Constitución Nacional. El nuevo artículo incorpora también varios postulados del derecho político: la necesaria forma de organización y funcionamiento interno con contenidos democráticos; la representación de las minorías en el gobierno de los mismos; la “competencia” para proponer candidaturas para la ofertas electorales a cargos públicos electivos; y el derecho a la difusión de sus ideas a través de los medios junto con el acceso a la información pública.

La norma constitucional, a su vez, trata lo relativo al financiamiento de los partidos políticos. La solución alcanzada en la Convención Nacional Reformadora equilibra la responsabilidad primaria del Estado al sostenimiento económico de sus actividades y a la formación de sus cuadros y la obligatoriedad de dar publicidad del origen y destino de los fondos privados recibidos y del patrimonio de los partidos políticos. En este sentido, se ha sancionado la ley de financiamiento de los partidos políticos (primero la 25.600 y luego 26.215, modificada recientemente por la Ley 26.571) que alienta la participación activa de la ciudadanía en el proceso de control de los fondos. Dicha participación no puede considerarse agotada en la circunstancia de que los terceros puedan tomar conocimiento sobre la procedencia y destino de los fondos, a efecto de hacerlos más transparentes propendiendo a lo que se ha dado en denominar el “voto informado” del elector, sino también permitiéndoles colaborar en el proceso, al admitirles las observaciones que presentaren sobre las posibles anomalías que —a su juicio— detectaren sobre los estados contables. Tal actitud guarda adecuada coherencia con la concepción más participativa del sistema democrático, conforme resulta de las distintas normas agregadas a la Constitución en la reforma de 1994 (arts. 36 a 40 Constitución Nacional).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La participación política y la reforma electoral

Otro aspecto de la participación activa de la ciudadanía está dado en el proceso de oficialización de candidaturas, y esto puede verse en la Acordada CNE N° 32/09 que estableció la publicación en el sitio de internet del fuero electoral de las listas de candidatos a los efectos de que los particulares o el representante del Ministerio Público Fiscal puedan someter a los magistrados las cuestiones que entiendan relevantes a tal fin.

Recientemente, y ante los últimos precedentes de la Corte Suprema en materia de legitimación activa, la Cámara en la causa Barcesat (CNE 4256/2009) le reconoció legitimación para promover acción de amparo a un elector de la ciudad de Buenos Aires tendiente a evitar que participen en los comicios legislativos del 28 de junio de 2009 aquellos que estén ejerciendo cargos públicos electivos sin renunciar con anterioridad a los mismos. En tal sentido ha señalado que “más allá de la legitimación que quepa conferir al recurrente a la luz de lo resuelto recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa H. 270. XLII. Halabi, Ernesto c/P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986, resulta pertinente recordar que esta Cámara ha expresado que la etapa de registro de candidatos y oficialización de listas (véase artículos 60 y 61 del Código Electoral Nacional) reviste especial trascendencia [...], pues tiene por objeto comprobar que los ciudadanos propuestos por las agrupaciones políticas reúnen las calidades constitucionales y legales requeridas para el cargo que pretenden [...]”.

II. PARTICIPACIÓN POLÍTICA EN LA REFORMA ELECTORAL

Entre los temas más novedosos, no puedo dejar de mencionar la extensión de los alcances del derecho de sufragio activo que establece la ley 26.571, recientemente sancionada, en cuanto instaura la participación de todos los ciudadanos en los procesos de selección partidaria de las candidaturas –elecciones primarias– que luego van a competir en la elección de las máximas autoridades públicas nacionales: presidente y vicepresidente, diputados nacionales y senadores nacionales, así como parlamentarios del Mercado Común del Sur (Mercosur).

Tras la crisis de 2001, el legislador ya había establecido –con la ley 25.611– un régimen de elecciones internas abiertas, obligatorias y simultáneas de todos los partidos políticos que actúan en el orden federal. Sus magros resultados, por todos conocidos, obedecieron en parte a una cadena sucesiva de vetos y normas modificatorias, y otro tanto al escaso apego de la mayoría de los dirigentes partidarios, como de los afiliados y los ciudadanos independientes, a este sistema que se aplicó por primera vez en las elecciones legislativas de 2005, ya que en el año 2003 el Congreso la había suspendido por el término de un año. En su única aplicación, sólo 23 agrupaciones políticas –distri-

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La participación política y la reforma electoral

buidas en 15 distritos— de las 260 que intervinieron en los comicios generales llevaron a cabo efectivamente el proceso de elección interna abierta. En las restantes agrupaciones se proclamó una única lista presentada. Modalidad ésta que expresamente admitía la reglamentación dispuesta por el Poder Ejecutivo. Así, más de 90% del total de los partidos políticos eludió el mecanismo de las internas abiertas, que finalmente en diciembre de 2006 fue derogado (ley 26.191 del 27/12/06).

El nivel de participación ciudadana, que fue de apenas 5% del total del padrón, tampoco demostró grandes expectativas de los electores en el ejercicio del derecho de sufragio en el contexto partidario.

Hay que sincerar las cosas: tanto la ley 25.611, de internas abiertas, obligatorias y simultáneas de los partidos políticos, como la ley 25.600, de control de financiamiento partidario, fueron dictadas por el Congreso en plena crisis, cuando retumbaban en los pasillos del palacio del Congreso, del de Justicia y en los ministeriales los ruidos de las cacerolas. Pero una vez acallados tales ruidos, se notó menor entusiasmo en los grupos legislativos que sancionaron tales leyes en persistir en su cumplimiento.

La reciente ley 26.571 quizá tenga otros efectos; no por la diferencia de contexto en el que fue sancionada, sino por los distintos elementos que caracterizan al régimen que ella regula, y que la distinguen mucho del anterior.

En primer término, se prevé la obligatoriedad del voto, como rige en la elección general, por lo que es de esperar un nivel de participación ciudadana de relevancia, aunque probablemente no alcance los niveles de una elección general.

Luego, el sistema es de elección abierta plena. Es decir, todos los ciudadanos, sin distinción entre afiliados e independientes, podrán votar a cualquiera de los precandidatos de cualquiera de los partidos contendientes.

Podría decirse que este esquema permite calificar a las nuevas internas abiertas como unas elecciones verdaderamente primarias, en el sentido de que el mismo cuerpo electoral llamado a votar a sus representantes acude primero a las urnas para preseleccionar a los candidatos partidarios.

A este respecto, la ley dispone incluso que “para las elecciones primarias se utilizará el mismo padrón que para la elección general en el que constarán las personas que cumplan dieciocho (18) años de edad a partir del día de la elección general”. Como se advierte —más allá de la deficiente redacción— los jóvenes que tengan 17 años el día de la elección primaria podrán votar si cumplen la mayoría de edad antes o el mismo día de la elección general.

También se modifica el criterio del sistema anterior, que autorizaba a las agrupaciones a proclamar una “lista única” —generalmente acordada en la cúpula partidaria— y evadir, así, su participación en el acto electoral.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La participación política y la reforma electoral

En el nuevo sistema, los partidos, confederaciones o alianzas que tengan únicamente una precandidatura deben, no obstante, conseguir que sea votada por una cantidad mínima de ciudadanos (1.5% del total de votos válidos emitidos en el distrito) para que pueda participar en los comicios generales.

Como se adelantó, este nuevo régimen se diferencia en mucho del aplicado en 2005. Veremos, en las elecciones del año 2011, si sus efectos se distinguen en la misma medida de los que dejó aquella experiencia.

III. OTROS RASGOS DE LA REFORMA ELECTORAL

Como ya lo señalara, la ley 26.571, denominada Ley de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral, instauró el sistema de elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias, pero también contiene modificaciones a la Ley Orgánica de Partidos Políticos (núm. 23.298), a la Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos (núm. 26.215) y al Código Electoral Nacional.

Previamente a considerar los aspectos técnicos de la reforma es inevitable advertir que el diseño institucional que propone, en materia de administración electoral, profundiza la injerencia del Poder Ejecutivo en áreas verdaderamente sensibles. Esto es cuanto menos paradójico, si se tiene en cuenta que en el continente se ha venido dando el proceso inverso—excluyendo por completo al Ejecutivo de la administración de los procesos electorales—, con la ley propuesta no sólo no se reducen sus atribuciones sino que, por el contrario, se le reconocen nuevas.

Es así como en la ley se resalta el rol de la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior, ya que las escasas menciones a esa dirección que contenía la normativa electoral (arts. 18 y 73 de la Ley de Financiamiento número 26.215— y artículo 105 del Código Electoral Nacional) en el nuevo texto se incrementa (por ejemplo, los artículos 24, 25, 40 y 75 de las modificaciones al Código Electoral Nacional; artículos. 35, 40, 43, 43 bis, 43 ter, 43 septies, 67 y 71 bis de las modificaciones a la Ley de Financiamiento, y en materia de elecciones primarias, artículos. 19, 32, 35, 37, 43 y 104).

La reforma, entre otras disposiciones, no contiene la creación del cargo de fiscal de Cámara, mismo que es necesario, por la especificidad del fuero, como todas las Cámaras.

1. Agrupaciones políticas

Respecto a los partidos políticos establece un reconocimiento provisorio (partidos en formación) a los que se les requerirá los mismos requisitos ya receptados en Ley Orgánica

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La participación política y la reforma electoral

de Partidos Políticos, número 23.298 (acta de fundación y constitución que acrediten 4% de adhesiones; nombre; declaración de principios y programa o bases de acción política; carta orgánica; acta de designación de autoridades promotoras; domicilio partidario y designación de apoderados); mientras dure esta situación no podrán presentar candidaturas para elecciones primarias ni nacionales así como tampoco podrán recibir aportes (artículo 7).

Para los efectos de obtener la personería definitiva tendrán que presentar 150 días (5 meses) después 4% de afiliados del registro electoral del distrito correspondiente –hasta el máximo de un millón– con copia de los documentos⁴⁸ y realizar a los 180 días (6 meses) la elección de las autoridades definitivas (véase artículo 7 bis).⁴⁹ En este aspecto, la cláusula transitoria del artículo 108 difería la vigencia de esta norma al 31 de diciembre de 2011, sin embargo, la misma fue observada por el decreto de promulgación 2004/2009.

En el caso de los partidos nacionales, la ley no reflejó el proyecto del Poder Ejecutivo que establecía como requisito para la obtención de la personería jurídico-política la acreditación de la suma total de afiliados en todos los distritos donde tenga reconocimiento de 1% del total de los inscriptos en el Registro Nacional de Electores (véase artículo 3, propuesta de modificación al artículo 8). Tal propuesta estaba en colisión con nuestro sistema federal ya que en las provincias donde el número de electores es inferior no podrían constituir los partidos reconocidos en éstas una agrupación nacional.

En el caso de las alianzas electorales se permite que los partidos de distrito que no formen parte de un partido nacional puedan integrar una alianza con al menos un partido político nacional (véase artículo 10). En este punto, se contradice con la jurisprudencia de la Cámara (Fallo 3110/03 y otros), que estableció que únicamente pueden constituir alianzas nacionales los partidos de orden nacional y alianzas de distrito los partidos distritales, fundándose en que los partidos integrantes de una alianza tienen que tener la misma aptitud para postular los cargos que postula por medio de la alianza. Se incorpora, también, que al momento de solicitar su reconocimiento (60 días antes

⁴⁸ Cf. Fallo CNE 3997/08 que estableció el requisito de la fotocopia del documento a fin de hacer efectiva la fiscalización por parte del juez contenida en el artículo 23 inciso b de la presente ley que establece que la justicia electoral deberá “comprobar la identidad con la libreta de enrolamiento, libreta cívica o documento nacional de identidad” ya que “la pureza del padrón partidario constituye una de las más relevantes garantías de la indispensable adecuación de la organización interna de las agrupaciones políticas al sistema democrático, pues asegura el efectivo ejercicio de los derechos de elegir y ser elegido que ostentan los afiliados”.

⁴⁹ El proyecto del Poder Ejecutivo requería para constituirse en partido de distrito 5% de afiliados al momento de su solicitud de reconocimiento (artículo 1, modificación al artículo 7 inciso a).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La participación política y la reforma electoral

de la elección primaria) deben acompañar el “acuerdo del que surja la forma en que se distribuirán los aportes correspondientes al fondo partidario permanente” (véase artículo 10). En este sentido, el decreto reglamentario 93/2010 señala la forma en que se realizará el mismo “refiriéndola exclusivamente” a la cantidad de afiliados reconocidos ante la justicia federal con competencia electoral de cada partido al momento de celebrarse el acuerdo o un porcentaje igual o diferente para cada uno de los partidos que la integran (véase artículo 9).

Y para el caso que quieran continuar funcionando, luego de la elección general en forma conjunta, los partidos que integran la alianza, deberán conformar una confederación (véase artículo citado).

En el supuesto de confederaciones, la modificación a la Ley Orgánica de Partidos Políticos establece que dos o más partidos pueden constituir confederaciones de distrito o nacionales, y para participar en las elecciones generales como confederación deberán haber solicitado su reconocimiento ante el juez federal con competencia electoral competente hasta 60 días antes del plazo previsto para las elecciones primarias respectivas (véase artículo 10 bis). El fallo CNE 3858/07 estableció que “para constituir una confederación de orden nacional, se deben reunir cinco partidos reconocidos en distintos distritos “[...]. ... [Ello] fundado en la representatividad de los partidos políticos como condición de su existencia legal”.

Los partidos políticos reconocidos pueden fusionarse con uno o varios y –además del acuerdo de fusión, el acta donde surja la voluntad de la fusión; requisitos establecidos en los incisos b y g del artículo 7, constancia de la publicación del acuerdo de fusión– el juzgado verificará que la suma de los afiliados de los partidos que se fusionan alcance el mínimo establecido de 4% de los electores inscriptos en el padrón electoral del distrito respectivo. A su vez, se podrá formular oposición dentro de los 20 días de la publicación. El partido político resultante de la fusión gozará de personería jurídico-política desde su reconocimiento por el juez federal electoral competente, y se constituirá a todo efecto legal como sucesor de los partidos fusionados, tanto en sus derechos como obligaciones patrimoniales, sin perjuicio de subsistir la responsabilidad personal que les corresponda a las autoridades y otros responsables de los partidos fusionados por actos o hechos anteriores a la fusión. Se considerarán afiliados al nuevo partido político todos los electores que a la fecha de la resolución judicial que reconoce la fusión lo hubiesen sido de cualquiera de los partidos políticos fusionados, salvo que hubieren manifestado oposición (artículo 10 ter).

En cuanto a las afiliaciones, se elimina la renuncia automática ya que es condición para la afiliación a un partido la renuncia previa expresa a toda otra afiliación anterior (artículo 25 ter), por ello se incorpora la posibilidad de manera gratuita ya sea por

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La participación política y la reforma electoral

telegrama o personalmente ante la secretaría electoral del distrito que corresponda (véase artículo 25 quáter). Por su parte, el decreto reglamentario 93/2010 establece la posibilidad de renuncia sin determinar el partido político (artículo 12). En efecto, ante la presunción de afiliación o no querer manifestar expresamente a qué partido se encuentra afiliado, se admite la renuncia sin identificar el partido político.

Se incorporan también dos incisos al artículo 33 sobre inelegibilidades para ser candidato y la consecuente prohibición de los partidos políticos de registrar tales candidaturas, como causal de caducidad:

f) La personas con auto de procesamiento por genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, hechos de represión ilegal constitutivos de graves violaciones de derechos humanos, torturas, desaparición forzada de personas, apropiación de niños y otras violaciones graves de derechos humanos o cuyas conductas criminales se encuentren prescriptas en el Estatuto de Roma como crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, por hechos acaecidos entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983; y, g) Las personas condenadas por los crímenes descriptos en el inciso anterior aún cuando la resolución judicial no fuere susceptible de ejecución (véase artículo 33).

En este sentido, la incorporación del inciso f) receipta el precedente de la Cámara Nacional Electoral en la causa Muñiz Barreto, Juana Maria y otros s/ de Patti para los pasados comicios legislativos (CNE 4195/09).

La ley recientemente sancionada requiere para conservar la personería jurídico-política que los partidos de distrito mantengan el número mínimo de afiliados requerido para el reconocimiento y para los partidos de orden nacional el número mínimo de distritos necesarios para el reconocimiento. Será el Ministerio Público Fiscal, de oficio o a instancia del juez, quien verificará su cumplimiento en el segundo mes de cada año, e impulsará la caducidad. Previo a la declaración de caducidad el juez deberá intimar por 90 días (plazo improrrogable) al partido para que de cumplimiento (artículos. 7 ter, 8 y 50 incisos e y f).

En estos dos últimos supuestos, el decreto de promulgación 2004/2008 observó las disposiciones transitorias contenidas en los artículos 107 y 108 de la Ley 26.571 que establecían un plazo de gracia para los partidos con personería vigente, hasta el 31 de diciembre de 2011, para reunir el mínimo de afiliados (en el caso de partidos de distrito) y de distritos (en el caso de partidos nacionales) y así mantener la personería jurídico-política. Asimismo, extinguía las acciones de caducidad que se encuentren en curso de los incisos a, b, c, e y f. El veto parcial motivó que se presentaran en la

justicia nacional electoral amparos en todos los casos, con el objeto de que se declare su inconstitucionalidad.

2. Proceso electoral

La ley 26.571 respecto a la oficialización de candidaturas en el caso de las elecciones primarias le otorga esta potestad a las agrupaciones políticas, por intermedio de las juntas electorales partidarias, con apelación a la justicia nacional electoral. En cuanto a las elecciones generales, establece que las agrupaciones políticas registraran los candidatos proclamados en las primarias ante el juez federal con competencia electoral correspondiente.

La campaña electoral para las primarias se inicia 30 días antes de la fecha del comicio y la publicidad electoral audiovisual puede realizarse desde los 20 días anteriores a la fecha de las elecciones primarias (véase artículo 31, ley 26.571). Mientras que en las elecciones generales la campaña electoral se inicia 35 días antes de los comicios generales (véase artículo 64 bis, CEN), y la publicidad audiovisual, 25 días antes (artículo 64 ter, CEN). A su vez, con relación a la publicidad de actos de gobierno, el nuevo régimen incrementó de siete a 15 días anteriores a los comicios la prohibición, tanto para las primarias como para las generales (artículo 64 quáter, CEN).

El escrutinio definitivo de las primarias lo realizarán los juzgados federales con competencia electoral de cada distrito. Éstos comunicarán los resultados a la Cámara Nacional Electoral, en el caso de la categoría presidente y vicepresidente de la Nación, con el fin de que ésta proceda a hacer la sumatoria de los votos obtenidos en todo el territorio nacional por los precandidatos de cada una de las agrupaciones políticas, y a las juntas electorales partidarias, en el caso de senadores y diputados nacionales para que conformen la lista ganadora.

La elección de los candidatos para presidente y vicepresidente de la nación de cada agrupación se hará mediante fórmula en forma directa y a simple pluralidad de sufragios. Las candidaturas para senadores se elegirán por lista completa a simple pluralidad de votos.

En la elección de diputados nacionales y parlamentarios del Mercosur, cada agrupación política para integrar la lista definitiva aplicará el sistema de distribución de cargos que establezca cada carta orgánica partidaria o el reglamento de la alianza partidaria. Las juntas electorales partidarias efectuarán la proclamación de los candidatos electos (véase artículo 44, Ley 26.571).

Luego de las elecciones primarias no se pueden constituir alianzas o confederaciones para participar en los comicios generales.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La participación política y la reforma electoral

En las elecciones generales participarán las agrupaciones políticas que para la elección de senadores, diputados de la Nación y parlamentarios del Mercosur hayan obtenido como mínimo un total de votos, considerando los de todas sus listas internas igual o superior a 1.5% de los votos válidamente emitidos en el distrito del que se trate para la respectiva categoría. Para la categoría de presidente y vicepresidente, 1.5% de los votos válidamente emitidos en todo el territorio nacional (véase artículo 45, Ley 26.571).

Pero quizás el dato más relevante es la prohibición de contratar publicidad en emisoras de radiodifusión televisiva o sonora abierta o por suscripción, ya que la pauta publicitaria será solventada por el Estado y distribuida por la Dirección Nacional Electoral (DINE).

La DINE determinará el horario del mensaje de campaña (entre las 7 y las 13 horas), la distribución entre las agrupaciones políticas (50% de manera igualitaria para todos y 50% proporcional a la cantidad de votos en la elección general anterior de diputados). Los gastos de producción de los mensajes estarán a cargo de cada agrupación política.

En relación al financiamiento de campaña, es de resaltar que el nuevo régimen prohíbe los aportes de personas jurídicas (Ley 26.215, artículo 44 bis y modif.) y modifica los parámetros de distribución del aporte público.

Para las elecciones presidenciales: 50% será distribuido en forma igualitaria y 50% se distribuirá entre los 24 distritos, en proporción al total de electores de cada uno, y luego a cada agrupación política en proporción a la cantidad de votos que hubieran obtenido en la elección general anterior para la misma categoría.

En el caso de la elección de senadores: el total de los aportes públicos se distribuirá entre los ocho distritos que renuevan bancas en proporción al número de electores de cada uno. Del monto resultante para cada distrito, 50% se distribuirá en forma igualitaria y 50% en forma proporcional a la cantidad de votos para la misma categoría. Para la elección de diputados, los aportes se distribuirán entre los 24 distritos en proporción al total de electores de cada uno, y luego se utilizará el mismo criterio que para senadores, 50% en forma igualitaria y 50% proporcional a la cantidad de votos para la misma categoría en la última elección general.

Respecto al aporte para la impresión de boletas, en el caso de las primarias se otorgará a las agrupaciones políticas el equivalente a una boleta por elector (Ley 26.571, artículo 32). En el caso de elecciones generales, el aporte será el equivalente a una boleta y media por elector registrado en cada distrito (Ley 26.215, artículo 35).

Por otra parte, la ley crea en la Cámara Nacional Electoral el Registro de Empresas de Encuestas y Sondeos de Opinión, y ocho días antes de las elecciones generales no podrán darse a conocer encuestas o sondeos de opinión, o pronósticos electorales, ni referirse a sus datos.

3. Acciones procesales

La reforma electoral prevé, en el caso de elecciones primarias, la apelación ante la Cámara Nacional Electoral de todas las decisiones de los jueces federales con competencia electoral que se dicten al respecto (Ley 26.571, arts. 19 y 28).

Asimismo, se incorpora un recurso directo ante la Cámara Nacional Electoral de las resoluciones de la DINE sobre distribución o asignación a las agrupaciones políticas de aportes públicos o espacios de publicidad electoral. El que debe interponerse dentro de las 48 horas debidamente fundado ante la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior, que lo remitirá al tribunal dentro de las 72 horas posteriores, con el expediente en el que se haya dictado la decisión recurrida y una contestación al memorial del apelante. La Cámara podrá ordenar la incorporación de otros elementos de prueba y solicitar a la Dirección Nacional Electoral del Ministerio del Interior aclaraciones o precisiones adicionales. Luego de ello, y previa intervención fiscal, se resolverá.

4. Administración electoral

En materia de administración electoral se establece la informatización del Registro Nacional de Electores, pero en cuanto al Registro Nacional de Afiliados a los Partidos Políticos no ha habido modificación al respecto.

Las modificaciones introducidas por la Ley 26.571 incorporan las nuevas tecnologías en cuanto al acceso de información. Garantiza a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el acceso libre y permanente a la información contenida en el Registro Nacional de Electores, a los efectos electorales (véase artículo 17, CEN).

Por otra parte, establece que la Cámara Nacional Electoral publicará la nómina de electores fallecidos, por el plazo que determine, en el sitio de Internet de la justicia nacional electoral al menos una vez al año (véase artículo 22, CEN).

Respecto de los padrones provisorios dispone su publicación en el sitio web, como así también de los definitivos (véase arts. 26 y 30, CEN). En cuanto al registro de afiliados, establece que este es público y que la Cámara Nacional Electoral deberá arbitrar un mecanismo, restringiendo el acceso de terceros, para que el elector pueda conocer la situación respecto de su afiliación (LOPP, artículo 26).

A su vez, establece el concepto de geografía electoral para la delimitación de circuitos y ubicación de las mesas electorales.

Por último, la reforma incorporó que:

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La participación política y la reforma electoral

La autoridad de aplicación adoptará las medidas pertinentes a fin de garantizar la accesibilidad, confidencialidad e intimidad para el ejercicio de los derechos políticos de las personas con discapacidad. Para ello se adecuarán los procedimientos, instalaciones y material electoral de modo que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos sin discriminación y en igualdad de condiciones con los demás, tanto para ser electores como para ser candidatos (artículo 105, Ley 26.571).

IV. FUENTES CONSULTADAS

- CNE. Cámara Nacional Electoral. Fallos
Corte Suprema de Justicia. CSJ. Fallos
Dalla Via, Alberto Ricardo- García Lema, Alberto Manuel. 2008 *Nuevos Derechos y Garantías*, Tomo 1. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
Dalla Via, Alberto Ricardo. 2005. *La Jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral Argentina* (2001-2004). Buenos Aires: El Derecho.
Dalla Via, Alberto R. 2004 *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
Dalla Via, Alberto R. 2004 El Régimen electoral y los Partidos Políticos, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* N° 8, España.
Dalla Via, Alberto R. 2003. *El Régimen Electoral y de los Partidos Políticos. Normativa Esencia*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
Dalla Via, Alberto R. 2002. La Representación política, *Revista Debates de Actualidad*. N° 188 junio/septiembre 2002. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Constitucional.
Dalla Via, Alberto R. 2002. El Régimen Electoral y los Partidos Políticos, *Revista de Derecho Público*, Tomo 2. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores.
Dworkin, Ronald. 2002. *Los derechos en serio*. España. Editorial Ariel.
Habermas, Jürgen. 1999. *La inclusión del otro, estudios de la teoría política*, Barcelona: Editorial Paidós.
LOPP. Ley Orgánica de Partidos Políticos.

Laicidad en las campañas electorales en México y la garantía jurisdiccional del voto libre

David Piedras Encinas^{*}

^{*} Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Becario en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma institución.

SUMARIO

I. Introducción; II. El Estado laico; III. Libertad religiosa; IV. El derecho a votar en las elecciones democráticas; V. Laicidad en las campañas electorales; VI. Caso Yurécuaro; VII. La sanción por la utilización de expresiones religiosas; VIII. Consideraciones conclusivas, X. Fuentes consultadas

I. INTRODUCCIÓN

En el modelo de Estado democrático-constitucional, los derechos fundamentales de las personas son la base de todo el entramado institucional. La libertad religiosa y los derechos político-electorales, en tanto derechos fundamentales, son merecedores de la protección estatal para su eficaz ejercicio. Ésta debe ser la idea central de la actuación gubernamental.

El presente trabajo tiene como objetivo mostrar un panorama sobre la prohibición en la legislación mexicana, no sólo federal sino también de algunas entidades federativas, del uso de símbolos y la utilización de expresiones religiosas en el desarrollo del proceso electoral, especialmente durante el periodo de las campañas. Así, comenzaremos haciendo algunas anotaciones en torno al concepto de Estado laico y las implicaciones de éste con las libertades de pensamiento y de expresión; posteriormente, analizaremos el marco jurídico concerniente al tema y la aplicación del mismo por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). Dirigiremos nuestra atención en algunos de los casos en los cuales la argumentación de la autoridad electoral se ha centrado en la aplicación del principio constitucional de laicidad del Estado.

II. EL ESTADO LAICO

En primer término podemos afirmar que el Estado laico es aquel que tiene frente a cualquier creencia religiosa una posición neutral, diferenciada del laicismo que supone una posición contraria a dichas creencias (Ruiz 2007).

Esta neutralidad es resultado de un proceso histórico. En las formas de organización política previas al Estado, la diferenciación entre los diversos tipos de poder existentes prácticamente era nula, este fenómeno encontró su fin cuando el poder político obtuvo

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Laicidad en las campañas electorales en México y la garantía jurisdiccional del voto libre

primacía sobre los poderes económico e ideológico, como bien lo ha descrito Norberto Bobbio (2004).

Así, una forma de organización política en donde no se puede diferenciar la esfera de actuación del poder político de la del poder ideológico (una de cuyas manifestaciones son las religiones y, sobre todo, las organizaciones subyacentes a las mismas) es propia del medievo; entiéndase esto no como un adjetivo peyorativo, sino únicamente como una situación de interacción de los diferentes tipos de poder propios de un periodo histórico determinado.

Establecido que la forma de organización política contemporánea denominada Estado tiene como característica una separación clara en su fuente, es decir, no dimana de otro campo que no sea el de la política, no debe pasar inadvertido que en sus inicios la liga entre el poder político y la religión hacía al Estado decantarse en favor de una doctrina en específico, incluso, dicho tratamiento preferencial hacia una creencia o prohibición de profesar una religión distinta llegó a ser establecido en los textos constitucionales. Ejemplo de ello fue México.

En este orden de ideas, la noción de Estado laico surge a partir de que el derecho fundamental de libertad religiosa se estatuye en un determinado gobierno. Por ello es en el Estado laico donde el derecho fundamental antes referido encuentra la condición básica para su adecuado ejercicio, mismo que se presenta cuando la autoridad no actúa en favor ni en contra de religión alguna, esto es extensivo para quienes no tienen una creencia religiosa. Por lo anterior, consideramos que Alfonso Ruiz Miguel resume a la perfección la esencia del Estado laico, al señalar que el mismo implica la exclusión de preferir los valores de uno u otro grupo religioso (Ruiz 2007).

Diego Valadés plantea incluso que el Estado constitucional sólo puede ser aquel que se denomine como laico. Lo anterior, porque la limitación del poder, y no la arbitrariedad del mismo, debe ser la regla; situación que de hecho es imposible cuando las normas morales y las normas jurídicas no son diferenciables, es decir, el poder político que crea a las segundas no es secular (Valadés 2010).

Por lo tanto, los valores en los cuales se sustenta el Estado laico son la igualdad y la no discriminación. Primeramente, igualdad en el trato que tiene hacia cualquier creencia religiosa; evitando de esta manera una distinción que resulte lesiva para la dignidad de las personas, es decir, asegurando que ningún individuo será discriminado por sus creencias religiosas o bien por la ausencia de las mismas. Roberto Blancarte expone de manera clara una argumentación concordante con la nuestra:

Estamos frente a una definición de laicidad que va mucho más allá de una doctrina defensiva y anticlerical. Se trata de un principio positivo que reconoce la pluralidad

Laicidad en las campañas electorales en México y la garantía jurisdiccional del voto libre

y diversidad de la sociedad, así como la necesidad de contar con un instrumento político-jurídico válido para todos, que permita una coexistencia pacífica y lo más armoniosa posible. En las condiciones actuales de nuestra sociedad, el Estado Laico es no sólo la garantía, sino el requisito mínimo indispensable para esta convivencia (Blancarte 2010).

III. LIBERTAD RELIGIOSA

Dicho lo anterior, nos corresponde ahora referirnos a las situaciones específicas del marco jurídico mexicano. En la Constitución son fundamentalmente dos artículos los que postulan al Estado mexicano como laico. Primero, el artículo 24 de la norma fundamental establece las libertades de creencia y de culto como subespecies del derecho a la libertad religiosa, es decir, los concibe como derechos subjetivos, y a la vez contiene un segundo elemento de juicio para calificar a un Estado como laico, dicho elemento es que la Constitución no permite al Poder Legislativo el dictar leyes que prohíban o establezcan una religión. Así, la neutralidad que la Constitución mexicana ordena al legislador ordinario es ese elemento de laicidad. Textualmente, la Constitución dice lo siguiente:

Artículo 24. Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna. Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria.

En el artículo 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) se establece el principio de separación de las Iglesia del Estado, principio que según el texto constitucional es orientador de las demás normas contenidas en dicho artículo, que a continuación se cita:

Artículo 130. El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley.

Corresponde exclusivamente al Congreso de la Unión legislar en materia de culto público y de iglesias y agrupaciones religiosas. La ley reglamentaria respectiva, que será de orden público, desarrollará y concretará las disposiciones siguientes:

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Laicidad en las campañas electorales en México y la garantía jurisdiccional del voto libre

- a)** Las iglesias y las agrupaciones religiosas tendrán personalidad jurídica como asociaciones religiosas una vez que obtengan su correspondiente registro. La ley regulará dichas asociaciones y determinará las condiciones y requisitos para el registro constitutivo de las mismas.
- b)** Las autoridades no intervendrán en la vida interna de las asociaciones religiosas;
- c)** Los mexicanos podrán ejercer el ministerio de cualquier culto. Los mexicanos así como los extranjeros deberán, para ello, satisfacer los requisitos que señale la ley;
- d)** En los términos de la ley reglamentaria, los ministros de cultos no podrán desempeñar cargos públicos. Como ciudadanos tendrán derecho a votar, pero no a ser votados. Quienes hubieren dejado de ser ministros de cultos con la anticipación y en la forma que establezca la ley, podrán ser votados.
- e)** Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios.

Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político.

La simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen, sujeta al que la hace, en caso de que faltare a ella, a las penas que con tal motivo establece la ley.

Los ministros de cultos, sus ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuges, así como las asociaciones religiosas a que aquellos pertenezcan, serán incapaces para heredar por testamento, de las personas a quienes los propios ministros hayan dirigido o auxiliado espiritualmente y no tengan parentesco dentro del cuarto grado.

Los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas en los términos que establezcan las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan

Las autoridades federales, de los estados y de los municipios tendrán en esta materia las facultades y responsabilidades que determine la ley.

Resulta evidente que el contenido y alcance de los derechos subjetivos fundamentales antes referidos no está completo sin la actividad de los tribunales constitucionales mexicanos. En este momento debemos señalar que la actuación de la Suprema Corte

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Laicidad en las campañas electorales en México y la garantía jurisdiccional del voto libre

de Justicia de la Nación (SCJN) y del TEPJF ha aportado al principio de laicidad del Estado mexicano.

En el amparo en revisión 1595/2006, la SCJN delineó los nexos que la libertad religiosa tiene con otros derechos fundamentales. En primer término, con la de pensamiento, al señalar que la dimensión interna de la libertad religiosa, es decir, la de creencia, es básicamente una libertad ideológica, sobre la cual el Estado se encuentra prácticamente imposibilitado para limitar al individuo, al no poder incidir en su pensamiento. Por otra parte, la Suprema Corte señaló que la dimensión externa de la libertad religiosa, es decir, la de culto, se vincula básicamente con las libertades de expresión y reunión, al ser la primera aquella en la cual el individuo desarrolla dicha dimensión de su libertad de creencia. Asimismo, en esta sentencia, la SCJN estimó que el texto constitucional protege el derecho de quien no quiera desarrollar los contenidos del derecho de libertad religiosa e, incluso, el de los ciudadanos que manifiesten una posición laicista, es decir, aquellos que tienen una postura contraria a la religión en general, pues ejercen a fin de cuentas su libertad de creencia.

Aquí vale la pena anotar que la concepción de la libertad religiosa sigue el esquema clásico que por mucho tiempo domino en los sistemas jurídicos el régimen de las libertades; ya que es entendida como una libertad negativa, en la cual el Estado encuentra un ámbito de no intervención. Así, en nuestra opinión, Manuel Atienza (2009) señala acertadamente que el mencionado tipo de conducta por parte del Estado respecto de la libertad religiosa es la que resulta compatible de mejor manera con el modelo de Estado laico y con un trato igualitario a todas las creencias.

IV. EL DERECHO A VOTAR EN LAS ELECCIONES DEMOCRÁTICAS

Para los efectos de este trabajo, consideramos necesario tener un breve panorama sobre la regulación del ejercicio del derecho político-electoral a votar en las elecciones constitucionales federales.⁵⁰

Conceptualmente, la doctrina ha tenido dos posturas respecto al derecho a votar, distinguiéndolo como derecho de sufragio, según el cual tiene una connotación puramente política (Aragón 2007), o bien, no realizando tal distinción entre el derecho a votar y el derecho de sufragio (Fix 2006). La postura que no realiza una distinción entre derecho a

⁵⁰ A decir verdad, en las entidades federativas las reglas que ponen orden a tal derecho no varían mucho.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Laicidad en las campañas electorales en México y la garantía jurisdiccional del voto libre

votar y derecho de sufragio lo hace en relación a que denomina el derecho a votar como una vertiente del sufragio.⁵¹ Por nuestra parte, consideramos correcta esta posición, ya que si se habla de derecho a votar como garantía político-electoral, es claro que nos referimos al derecho de sufragio activo.

En este sentido, Héctor Fix Fierro define el derecho a votar como “la facultad que tiene el ciudadano a manifestar su voluntad a favor de los candidatos a ocupar cargos de elección popular de todo tipo, es decir, le permite actuar como miembro del órgano encargado de la designación” (Fix 2006). El concepto de Fix Fierro es adecuado en razón de restringir el derecho a votar en su vertiente de garantía político-electoral a los procedimientos electorales de los que emanan los depositarios de cargos de elección popular, ello lo destacamos porque en otras definiciones, como la de Manuel Aragón (Aragón 2007), el derecho de sufragio activo se extiende a “cualquier elección pública”, que bien podría ser la realizada en un referéndum y, con el riesgo de ser reiterativos, consideramos que la definición de Aragón es correcta para referirse a derechos políticos, mas no para referirse a los político-electorales.

De lo aportado por el doctor Fix Fierro, rescatamos la parte última por estar ligada, como ya veremos, con la regulación nacional. Fix habla del “órgano encargado de la designación”, que en nuestra opinión sería más adecuado llamar electorado, ya que el encargado de tal designación es el cuerpo de electores.

Así pues, el derecho a votar en el ordenamiento jurídico mexicano se encuentra consagrado constitucionalmente en el artículo 35 fracción primera; también está contenido en tratados internacionales que forman parte del ordenamiento mexicano, como son: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su artículo 23.1; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 24, y en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe), en el artículo 4.1. Es precisamente en este último dónde encontramos la regulación del derecho a votar.

El artículo 6 del Cofipe señala tres requisitos para poder ejercer el derecho a votar, para ser más precisos, son requerimientos para formar parte del electorado; el primero es la ciudadanía, que, según el artículo 34 constitucional, es la calidad que tienen hombres y mujeres con nacionalidad mexicana, que, siendo mayores de 18 años, tienen un modo honesto de vivir. Los puntos referentes a la nacionalidad y a la edad son acreditables con documentos, sin embargo, para delinear qué es el modo honesto de vivir, el TEPJF ha recurrido a identificar tal concepto con términos igualmente subjetivos como el de “buen

⁵¹ La postura de Aragón citada se basa en que, en materia de derecho privado, los accionistas, por ejemplo, tienen derecho a votar en las asambleas.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Laicidad en las campañas electorales en México y la garantía jurisdiccional del voto libre

mexicano” (jurisprudencia 18/2001), por ello el Tribunal ha optado por considerar al modo honesto de vivir como una presunción que, de esta manera, le corresponde acreditar a quién afirme que otro no cumple con tal requisito (jurisprudencia 17/2001).

El segundo requerimiento es estar inscrito en el Registro Federal de Electores, y el tercero es tener credencial para votar. Aquí cabe aclarar que el Código es redundante, ya que con sólo establecer como requisito el contar con credencial para votar se colmaría el de estar inscrito en el Registro Federal de Electores, ya que dicho documento es expedido en virtud de la inscripción en diversos registros, como el Catálogo General de Electores, formado con la información básica de los ciudadanos, señalada en los artículos 177.2 y 177.3, y el padrón electoral. De hecho, tomando como referencia los artículos 179 y 184 del Cofipe, para obtener la credencial para votar, los ciudadanos solicitamos nuestra incorporación a ambos registros.

Tal es la importancia de la credencial para votar, que el artículo 176.2 del Cofipe la define como el documento indispensable para el ejercicio del derecho de voto, y en nuestra opinión es un documento indispensable para el ejercicio de los derechos político-electorales en general, ya que es necesario también para obtener el registro como candidato y para afiliarse a un partido que pretenda el registro como tal.

Así, el TEPJF ha considerado que la negativa injustificada por parte de la autoridad electoral administrativa de expedir la credencial es una transgresión al derecho a votar,⁵² y, en nuestra opinión, por las razones arriba señaladas, una violación a los derechos político-electorales del ciudadano.

Una vez que el ciudadano recibe su credencial de elector forma parte de la lista nominal de electores, con ello, el día de la jornada electoral puede presentarse a emitir su voto, con el único requisito de mostrarla, (artículo 264.1 del Cofipe), o bien, la resolución del TEPJF que lo faculte para votar, aquí cabe aclarar que en las mismas oficinas del Instituto Federal Electoral (IFE), en específico, en los módulos de registro, existen formas del escrito de demanda de juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC), para las personas que deseen impugnar los actos de las autoridades electorales,⁵³ con lo que se destaca lo trascendental de la obtención de la credencial electoral.

Como podemos ver, la regulación del derecho a votar pasa más por actos de carácter administrativo, como la expedición de la credencial, o los procedimientos de delimitación geográfica, que son importantes en tanto inciden en la confiabilidad de las elecciones.

⁵² Véase Jurisprudencia 16/2008. CREDENCIAL PARA VOTAR. LA NO EXPEDICIÓN SIN CAUSA JUSTIFICADA, TRANSGREDE EL DERECHO AL VOTO.

⁵³ La forma se puede descargar de internet en: <http://consulta.ife.org.mx/documentos/votoextranjero/pdf/DEMANDA%20JUICIO%20PROT%20DER%20CIUDADANOS.pdf>

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Laicidad en las campañas electorales en México y la garantía jurisdiccional del voto libre

Los aspectos más importantes de la legislación mexicana, que repercuten en el derecho a votar, son las características que el voto debe tener de acuerdo con la base primera, párrafo segundo, del artículo 41 constitucional y al artículo 4.2 del Cofipe. Así, el voto debe ser universal, libre, secreto, directo, personal e intransferible. Las primeras cuatro características son constitucionales y las otras dos legales; en nuestra opinión, las características del voto van dirigidas básicamente a preservar los principios de libertad e igualdad. Ello, debido a que las características de secreto, intransferible y directo aportan hacia una libertad en el voto, ya que lo convierten en un acto personalísimo. En cuanto a la universalidad, ese refiere básicamente la prohibición del voto censitario, es decir, al voto restringido, lo cual hace del derecho a votar un derecho igualitario. Cabe aclarar que en la interpretación del TEPJF el derecho a votar y el derecho a ser votado se conciben como una misma institución, que tiene como eje central al candidato.

V. LAICIDAD EN LAS CAMPAÑAS ELECTORALES

En el derecho electoral federal mexicano, la laicidad se manifiesta en diversas prohibiciones hacia sujetos de derecho electoral, como los partidos políticos y sus candidatos, como recibir apoyo de los ministros de culto, que un partido en su denominación haga referencias a una religión, a supeditarse a los ministros de culto o recibir aportaciones económicas de ellos. Por otro lado, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe) señala que los ministros de culto, asociaciones, iglesias o agrupaciones de cualquier religión tienen prohibidas una serie de actividades dentro de la materia electoral, en específico, aquellas relacionadas con actos realizados en las campañas electorales (artículo 253 del Cofipe).

Por lo que corresponde a las campañas electorales, la importancia de que las actividades de los partidos políticos y sus candidatos sean compatibles con los principios constitucionales rectores de todo el proceso electoral, y en especial con los principios constitucionales del voto: que sea universal, libre, secreto y directo, es de suma importancia, ya que, como veremos en seguida, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ha aplicado directamente la Constitución en más de un caso, incluso, se han anulado elecciones por el quebranto de principios constitucionales, como lo han documentado Manuel González Oropeza y Carlos Báez (González y Báez 2010). Esto encuentra su fundamento en que el voto obtenido por medio de actividades contrarias a los principios constitucionales rectores del mismo constituye una violación directa a la Constitución y, por ende, una causa de invalidez constitucional.

En este punto es necesario conocer los criterios aplicados por el TEPJF, por ello, nos referiremos a dos casos resueltos por la sala superior, en los cuales dicho Órgano Jurisdiccional aplicó directamente la Constitución.

VI. CASO YURÉCUARO

Este asunto trató sobre la anulación de la elección en el ayuntamiento de Yurécuaro, en Michoacán, tras la violación de los principios constitucionales recogidos en el artículo 130 de la Constitución federal, en relación con el artículo 41 de la misma.

El juicio de revisión constitucional electoral 604/2007 fue promovido por el Partido Revolucionario Institucional (PRI) en contra de la sentencia del Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, que había declarado la nulidad de la elección para integrar el ayuntamiento. El Tribunal Electoral de Michoacán estimó que en diversas ocasiones el candidato del PRI a presidente municipal quebrantó el artículo 35, fracción XIX, de la legislación electoral local, que dice:

Artículo 35.- Los partidos políticos están obligados a:

XIX. Abstenerse de utilizar símbolos religiosos, así como expresiones, alusiones o fundamentaciones de carácter religioso en su propaganda.

El partido cuestionó la legalidad de la sentencia del Tribunal michoacano debido a que el incumplimiento de la obligación señalada por el artículo 35, fracción XIX, de la ley electoral local no constituye una causal de nulidad, esto en el entendido de que con la reforma constitucional en materia electoral de 2007 se estableció que una elección sólo podría ser anulada por las causas expresamente previstas en la ley, con lo que dejaba de ser aplicable la jurisprudencia de la Sala Superior, en la que se establecía la llamada “causal abstracta” de nulidad.

En cuanto a los hechos que constituyeron una violación del artículo 35 del código electoral para el estado de Michoacán se encuentran los siguientes:

–El 23 de septiembre de 2007, los candidatos para diversos cargos comenzaron sus actividades asistiendo a una misa en una parroquia y vistiendo la ropa que usaban para los actos públicos de proselitismo. Es decir, iniciaron la campaña en el centro religioso.

–El candidato a presidente municipal empezó un mitin en la capilla del Rosario, el 7 de octubre de 2007, mismo día de la festividad de la Virgen del Rosario.

–El 7 de noviembre de 2007, fecha del cierre de campaña, se utilizaron imágenes de la Virgen de Guadalupe y de San Judas Tadeo para promocionar la imagen del candidato antes mencionado.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Laicidad en las campañas electorales en México y la garantía jurisdiccional del voto libre

–Durante el discurso de cierre de campaña, el candidato, portando un rosario, agradeció a las “estructuras sociales y religiosas” el apoyo para que lograra “estar” en la casa de gobierno.

La argumentación del TEPJF que es más útil para el tema versa en torno a la constitucionalidad del ya mencionado artículo 35, fracción XIX. El Tribunal estimó que dicho artículo es compatible con el artículo 130 de la Constitución federal.

La separación Iglesia-Estado es considerada dentro de la argumentación del Tribunal como un prerequisite de la democracia constitucional (p. 90), así, planteó al laicismo como un pensamiento teórico, en el principio del antidogmatismo, y que en la práctica se basa en el principio de la tolerancia.

El Órgano Jurisdiccional concibió al Estado laico no como anticlerical o ateo, porque ello lo pondría en una situación valorativa ante la religión, sino como un Estado en el que existe una separación absoluta entre él y la religión, el dogma y la política, entre el canon y la norma civil (p. 75), El TEPJF consideró también que sólo en un Estado laico el voto es ejercido con libertad, por ello, no conducir la campaña electoral de manera separada de los actos religiosos constituye una violación a los principios rectores de las elecciones. Vale apuntar que el Tribunal usó erróneamente el término laicismo, por las razones que anteriormente señalamos.

El Tribunal también consideró que los partidos políticos no son titulares de la libertad religiosa, como sí lo son los candidatos, pero éstos tienen restringido el ejercicio de dicha libertad en cuanto a sus funciones electorales. Lo anterior, aunque la sentencia no lo menciona, el TEPJF lo había expresado en esta jurisprudencia:

PARTIDOS POLÍTICOS. NO SON TITULARES DE LIBERTAD RELIGIOSA. De la interpretación de los artículos 24 y 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 27, párrafo 1, inciso a), 38, párrafo 1, incisos a) y q), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en concordancia con el principio de separación de las iglesias y el Estado, se desprende que los partidos políticos, como entidades de interés público, **no son sujetos activos de las libertades religiosa o de culto, ya que éstas son un derecho fundamental de los seres humanos**, para su ejercicio en lo particular, cuando la persona adopta una fe, que reconoce como verdadera, la cultiva y manifiesta en forma lícita (libertad religiosa) o bien, en lo colectivo, que implica la pertenencia del sujeto a una asociación religiosa (libertad de culto) y su consecuente actuación, de acuerdo con los preceptos dogmáticos que los propios cánones determinen. El que sea una cuestión tan íntima de los individuos, que en gran medida está relacionada con la libertad de conciencia, evidencia que las personas morales no son sujetos activos

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Laicidad en las campañas electorales en México y la garantía jurisdiccional del voto libre

del derecho a la libertad religiosa y la de culto en toda su amplia manifestación (aunque, por excepción y dada su especial naturaleza, existan personas morales, como las asociaciones religiosas, que puedan participar, al menos parcialmente, de las libertades mencionadas). Por tanto, una persona jurídica con fines políticos —como lo es un partido político— no puede ser titular de la libertad religiosa o de culto, en atención a su naturaleza de entidad de interés público y acorde con el principio de separación invocado.

El argumento en torno al cual el Tribunal consideró válida la anulación de la elección, fue que una violación al artículo 35 del Código Electoral del Estado de Michoacán constituye un quebranto al artículo 130 de la Constitución, ya que aquél reproduce el mandato de dicho artículo constitucional.

Por ende, un acto violatorio de la Constitución no puede tener efectos jurídicos y debe ser anulado, o bien, en caso de haber surtido algunos efectos, los mismos deben de ser anulados. Así razonó el TEPJF para confirmar la anulación de la elección. El cuerpo de la sentencia está dedicado en gran parte a la narración del proceso ante el tribunal de Michoacán y al estudio de agravios por parte del actor, en razón a los medios de prueba y la valoración de los mismos, por ello, los puntos antes señalados son los de mayor relevancia en torno a las consideraciones realizadas por el Órgano Jurisdiccional sobre la libertad religiosa y las campañas electorales.

VII. LA SANCIÓN POR LA UTILIZACIÓN DE EXPRESIONES RELIGIOSAS

El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (JDC) bajo el rubro SUP-JDC-168-2010, promovido por uno de los candidatos a la gubernatura de una entidad federativa en contra de la resolución del Consejo Estatal Electoral, que le impuso una multa de 500 días de salario mínimo vigente en la entidad, equivalente a 27 mil 235 pesos, trata sobre los límites de la libertad de expresión dentro de la propaganda electoral, especialmente en referencia con la utilización dentro de dicha propaganda de expresiones de carácter religioso.

Los hechos que motivaron la sanción al candidato fueron dos expresiones que realizó durante su campaña electoral. La primera, en una reunión que sostuvo con miembros de la Iglesia cristiana evangélica el 29 de mayo de 2010, donde dijo: “Ganaré con el apoyo de la voluntad popular y la de Dios”. La segunda fue durante un mitin realizado el 1 de junio del mismo año, en el cual el entonces candidato manifestó: “Esto no lo paramos, cuando la voluntad del pueblo, los astros y la de Dios están alineadas...”.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Laicidad en las campañas electorales en México y la garantía jurisdiccional del voto libre

Lo que se cuestionó fue una supuesta limitación a la libertad de expresión. El Tribunal declaró infundado tal agravio con base en que la libertad de expresión dentro de la propaganda electoral no es absoluta, sino que se encuentra sujeta a limitaciones; que en el caso se justifican primero en los artículos 30.2, fracción cuarta, y 117.1 de la ley electoral estatal, y en última instancia en los artículos 24, 41 Y 130 de la Constitución federal.

Para justificar la limitante en el contenido de la propaganda político-electoral, el Tribunal postuló dos criterios: uno de contexto (p. 42) y otro funcional (p. 33).

El criterio del contexto fue usado para especificar por qué los dichos del candidato constituían una violación a la normativa aplicable. La respuesta que el Tribunal dio se basa en las circunstancias; primero, en una personal, que es el carácter de candidato a la gubernatura, y, segundo, a una cuestión temporal, dado que el actor realizó las afirmaciones objeto de sanción dentro del tiempo del proceso electoral y, dentro de éste, en específico durante la campaña.

En cuanto al criterio funcional la Sala Superior, aunque no lo dice expresamente en este caso, tomó en consideración el objetivo de toda campaña electoral, que es el influir en los ciudadanos para captar su voto el día de la jornada electoral.

Lo que el Tribunal hizo para justificar la prohibición de la utilización de expresiones religiosas en la propaganda electoral fue recurrir a los características que la Constitución señala debe tener el sufragio, en específico, a la consideración de que debe ser libre. En este sentido, el Órgano Jurisdiccional consideró que el hecho de que un partido o candidato utilice expresiones religiosas dentro de su propaganda constituye una inducción ilícita de la voluntad política del ciudadano en su beneficio, lo cual haría que el voto en realidad no fuese libre.

VIII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Los ejemplos mencionados son una muestra de la actuación de la autoridad jurisdiccional electoral, pero no son los únicos, ya que, en casos como el de Zimapán, incluso una de las salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) anuló la elección del ayuntamiento por violaciones al artículo 130 constitucional. Esto es congruente incluso con la historia del derecho procesal constitucional mexicano, ya que la garantía constitucional de más arraigo social, el juicio de amparo, fue aplicado en el país por primera vez en un ejercicio de constitucionalidad pura, sin existir ley reglamentaria, por el juez Pedro Sámano el 13 de agosto de 1849 (Arizpe 2006).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Laicidad en las campañas electorales en México y la garantía jurisdiccional del voto libre

La Constitución, entendida como norma jurídica, está integrada fundamentalmente por principios y no por reglas, lo que implica un tratamiento especial de la misma. Ya sea que se consideren a los principios como normas constitucionales de eficacia indirecta, como lo hace Gustavo Zagrebelsky (Zagrebelsky 2000), o bien, no se les consideren normas jurídicas, como lo hace Néstor Pedro Sagües (Sagües, 12), existe coincidencia en que los principios fungen como directrices, que requieren de posterior implementación, que por lo general es realizada por el Órgano Jurisdiccional constitucional, incluso, el autor argentino señala como normas reglamentarias de los principios constitucionales a las sentencias judiciales.

La plena eficacia de la normatividad constitucional es imprescindible en aras de dotar de legitimidad a todo el sistema estatal, sobre todo si tomamos en cuenta lo que apunta Luigi Ferrajoli, de cuyo pensamiento podemos concebir a la Constitución como la proyección jurídica del contrato social (Ferrajoli 2006)

Sin ánimo complaciente, considero que podemos decir que el TEPJF ha velado por la prevalencia del contrato social. Sin embargo, el legislador democrático debe de realizar un examen crítico del sistema de nulidades en materia electoral. La anulación de una elección, cualquiera que sea, debe ser comprendida, fundamentalmente, como tutelar del voto en todas sus dimensiones. Si la violación a las normas constitucionales como causa de nulidad electoral, sin encontrarse expresamente en la normativa aplicable, ha ocasionado críticas e incluso tensiones, su inclusión dentro de la legislación es necesaria.

La construcción de la política constitucional, en términos de Zagrebelsky (2009), si bien debe ser fundamentalmente definida por los jueces, necesita de los materiales adecuados para su formación. De la continuidad de la labor jurisdiccional y de la actualización del texto constitucional depende la calidad de las instituciones y, por ende, de la democracia electoral.

IX. FUENTES CONSULTADAS

- Aragón, Manuel. 2007. Derecho de Sufragio: Principio y Función. En *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. 2ª edición, México, IIDH-IDEA-TEPJF-IFE-FCE.
- . 2007. Derecho Electoral: Sufragio activo y pasivo. En *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, 2ª edición, México, IIDH-IDEA-TEPJF-IFE-FCE.
- Arizpe Narro, Enrique. 2006. *La primera sentencia de amparo*, México, SCJN.
- Atienza, Manuel. 2009. *Reflexiones sobre tres sentencias del Tribunal Electoral*, México, TEPJF.
- Blancarte, Roberto. 2010. “¿Qué significa hoy la laicidad?” en *Este País. Tendencias y opiniones*, México, Número 228, abril.
- Bobbio, Norberto. 2004. *Estado, gobierno y sociedad*, México, FCE.
- Código Electoral del Estado de Michoacán
- Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ferrajoli, Luigi. 2006. *Derechos y Garantías*, Madrid, Trotta.
- Fix Fierro, Héctor. 2006. *Los derechos políticos de los mexicanos*, 2ª edición, México, IJ-UNAM.
- González Oropeza, Manuel y Báez Silva, Carlos. 2010. “La muerte de la causal abstracta y la sobrevivencia de los principios constitucionales rectores de la función electoral”. En *Andamios*, volumen 7, número 13, mayo-agosto.
- Jurisprudencia 16/2008. Credencial para votar. La no expedición sin causa justificada, transgrede el derecho al voto.
- Jurisprudencia 17/2001. Modo honesto de vivir. Carga y calidad de la prueba para acreditar que no se cumple con el requisito constitucional
- Jurisprudencia 18/2002. Modo honesto de vivir como requisito para ser ciudadano mexicano. Concepto
- Jurisprudencia 22/2004. Partidos Políticos. No son titulares de libertad religiosa
- Ruiz Miguel, Alfonso. 2007. Laicidad, laicismo, relativismo y democracia. En *Laicidad. Una asignatura pendiente*. México: Ediciones Coyoacán.
- Sagües, Néstor Pedro, *Los principios específicos del derecho constitucional*, Bogotá, Universidad del Externado. Sin año de edición.
- Sentencia del Juicio de Revisión Constitucional Electoral 604/2007
- Sentencia del Juicio para la Protección de los Derechos Político-electorales del Ciudadano 168/2010
- Valadés, Diego. 2010. “Reflexiones sobre el Estado Secular en México y en derecho comparado”, en Galeana, Patricia (Coord.), *Secularización del Estado y la sociedad*, México, Siglo XXI.
- Zagrebelsky, Gustavo. 2000. La Constitución y sus normas. En *Teoría de la Constitución*. México: Porrúa.
- . 2009 *El Derecho Dúctil*, 9ª edición, Madrid, Trotta.

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)*

Imer B. Flores**

* Versión en español y revisada de la ponencia intitulada “The Constitution of the Democratic Principle and the Majority Rule” presentada en el Workshop 1. Electoral Systems and Constitutional Principles del VIIIth World Congress of the International Association of Constitutional Law. Constitutions and Principles, en México, D.F., del 6 al 10 de diciembre de 2010.

** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Email: imer@unam.mx

SUMARIO

I. Introducción; II. La constitución del principio y del principio democrático; III. El principio democrático y el gobierno de la mayoría; IV. Conclusión, V. Fuentes consultadas

I. INTRODUCCIÓN

Constituir –y reconstituir– los principios en el centro no solamente de los estándares jurídicos, sino, además, del análisis y razonamiento jurídico, ha sido el más importante desarrollo en la filosofía jurídica de los últimos 50 años, y es atribuible en gran medida a la obra de Ronald Dworkin (1977; 1985; 1986; 1996; 2006a; 2006b y 2011), quien desde la crítica al característico “modelo de reglas” del positivismo jurídico (1967), identificado con H. L. A. Hart (1961), ha abogado incanzablemente por un “modelo de principios”.

No obstante, lo curioso es que unos pocos años antes, en 1960, Hans Kelsen publicó la segunda edición (revisada y expandida) de su *Teoría pura del derecho*, con la ambición de “liberar a la ciencia del derecho de elementos extraños” (1967, 1), y su compatriota Friedrich A. Hayek publicó *Los fundamentos de la libertad*, con la aspiración de entretejer “la filosofía, la filosofía jurídica y la economía de la libertad” (1960, 6). A pesar de estos objetivos aparentemente contradictorios: de un lado, el gran jurista austriaco –y autor del borrador de la Constitución de Austria del 1 de octubre de 1920– había creado y empoderado a una corte constitucional para garantizar los principios constitucionales consagrados en la misma y nada sugiere que pensara que dichos principios estuvieran entre tales elementos extraños. Adicionalmente, en su *General Theory of Law and the State* no sólo reconoció la existencia del “principio de autodeterminación” y del “principio de la mayoría” sino también recordó: “Si el principio de la autodeterminación ha de convertirse en base de la organización social, será necesario restringirlo en alguna forma” (Kelsen 1945, 286) Así, agregó (ibídem, 287):

El principio mayoritario no se identifica en modo alguno con el dominio absoluto de la mayoría, o dictadura de la mayoría sobre la minoría. Por definición, la mayoría presupone la existencia de una minoría, y el derecho de aquélla implica el derecho de existencia de la minoría. El principio mayoritario solamente se observa en una democracia cuando se permite a todos los ciudadanos participar en la creación

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

del orden jurídico, aun cuando el contenido de éste resulte determinado por la voluntad del mayor número. Excluir a una minoría de la creación del orden jurídico sería contrario al principio democrático y al principio mayoritario, aun cuando la exclusión fuese decidida por una mayoría.

Si la minoría no es eliminada del procedimiento por el cual se crea el orden social, la minoría conserva siempre la posibilidad de influir en la voluntad mayoritaria. De esta manera es posible evitar, en cierta medida, que el contenido del orden social determinado por la mayoría se encuentre en oposición absoluta a los intereses de la minoría. Este elemento es característico de la democracia.

Del otro lado, el gran economista austriaco insistió en que el problema –especialmente en una democracia– es si acaso la mayoría que, consiente, está facultada para imponer su decisión sobre una la minoría que disiente, o si el “principio mayoritario”, identificado con el gobierno de la mayoría (*majority rule*),⁵⁴ está limitado por otros principios constitucionales. Para él (Hayek 1960, 67-68):

La cuestión importante que surge aquí es si el acuerdo mayoritario sobre una norma de conducta es suficiente justificación para obligar a los disidentes minoritarios al cumplimiento forzoso o si tal poder no debería condicionarse también mediante normas más generales. En otras palabras: si la legislación ordinaria debería limitarse por principios generales, de la misma forma que las reglas morales de conducta individual excluyen ciertas clases de acciones por muy buenos que puedan ser sus propósitos. Tanto en política como en las acciones individuales existe gran necesidad de reglas morales de conducta y tanto las consecuencias de sucesivas decisiones colectivas como las de decisiones individuales serán beneficiosas únicamente si están de acuerdo con principios comunes.

Por ende, en este artículo comienzo por analizar la constitución de los principios, en general, y del “principio democrático”, es decir, el principio de autodeterminación, de autogobierno, y de gobierno democrático, en particular. Así como las tensiones existentes entre algunos principios constitucionales, tales como los dos conceptos de libertad,

⁵⁴ En inglés el término *majority rule* hace referencia al principio que legitima “el gobierno de la mayoría”, es decir, la decisión tomada por la mayoría; pero en español hablamos también, al parecer en una traducción demasiado literal, de “la regla de la mayoría”, e indebidamente consideramos que se trata no de un “principio” sino de una “regla” que remite al artículo que dispone que tal o cual decisión (incluso una elección de representantes) será tomada por mayoría.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

es decir, la “libertad negativa” y la “libertad positiva”, para reforzar la prioridad de la primera sobre la segunda, tanto al analizar la relación entre la “libertad individual” y el “principio democrático”, como al examinar el problema de los límites al “principio mayoritario”, es decir, el gobierno de la mayoría.

Cabe adelantar que estoy especialmente interesado en cuestionar si el llamado “principio mayoritario” es en realidad un principio y si en dado caso puede ser identificado con el principio democrático. En mi opinión, el principio mayoritario es tanto un principio como compatible con el principio democrático, pero es un error equiparar –y hasta reducir– el principio democrático al principio mayoritario y peor aún al gobierno de la mayoría, *es decir*, a cualquier cosa que plazca a la mayoría, cuando el “principio mayoritario” se caracteriza por tener límites.

En este mismo orden de ideas, continúo al confrontar dos concepciones de democracia en la búsqueda de la auténtica, pura o verdadera “democracia”. Para tal efecto, después de recordar su etimología como “gobierno del pueblo”, es decir, como el gobierno no de muchos ni de pocos sino del pueblo, no de algunos sino de todos, todo el pueblo, procedo a contrastar las dos concepciones: por un lado, la “concepción mayoritaria” como el gobierno de muchos e, inclusive, de pocos en nombre de muchos, es decir, la mayoría que consiente; y, por el otro, la “concepción societaria” como el gobierno de todos, tanto de los muchos como de pocos, esto es, la mayoría que consiente y la minoría que disiente. Ahora bien, la distinción entre estas dos concepciones puede ser rastreada a la aparición en 1861 de las *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, de John Stuart Mill (1958; Flores, 2010b) y su reaparición a la publicación de *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político* de Ronald Dworkin (2006b). Por cierto, este último al incluir la concepción societaria se ha convertido en el campeón de la democracia, al abogar por el principio democrático y criticar el principio mayoritario identificado con el gobierno o la regla de la mayoría. Por último, formulo algunas conclusiones de rigor.

II. LA CONSTITUCIÓN DEL PRINCIPIO Y DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

En este apartado, comenzamos –como ya adelantamos– por analizar la constitución de los principios, en general, y del “principio democrático”, es decir, el principio de autodeterminación, de autogobierno, y de gobierno democrático, en particular. Así como las tensiones existentes entre algunos principios constitucionales, tales como los dos conceptos de libertad: la negativa y la positiva, para reforzar la prioridad de la primera sobre la segunda, tanto al analizar la relación entre la “libertad individual” y el “principio

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

democrático”, como al examinar el problema de los límites al “principio mayoritario” identificado como el gobierno de la mayoría.

Para entrar en materia, me permito citar un extracto del capítulo introductorio del celeberrimo *Sobre la libertad* del propio John Stuart Mill (1989, I, 6):

Por esto, el fin de los patriotas era fijar los límites del poder que al gobernante le estaba consentido ejercer sobre la comunidad, y esta limitación era lo que entendían por libertad. Se intentaba de dos maneras: primera, al obtener el reconocimiento de ciertas inmunidades llamadas libertades o derechos políticos, que el gobierno no podría infringir sin quebrantar sus deberes, y cuya infracción, de realizarse llegaba a justificar una resistencia individual y hasta una rebelión general. Un segundo posterior expediente fue el establecimiento de frenos constitucionales, mediante los cuales el consentimiento de la comunidad o de un cierto cuerpo que se suponía el representante de sus intereses, era condición necesaria para algunos de los actos más importantes del poder gobernante.

Con el tiempo, los gobernantes comenzaron a identificarse con los gobernados, al asumir que, como eran electos por ellos como sus representantes, “su interés y voluntad deberían ser el interés y la voluntad de la nación” (ibídem, 7). Al grado de que, aparentemente, no puede existir una desviación ni mucho menos tensión entre ambos, es decir, gobernantes y gobernados, al dar lugar a los ideales de “autodeterminación”, “autogobierno” y “el poder del pueblo sobre sí mismo”. Sin embargo, como el propio Mill reconoce (ibídem, 7-8):

[E]l pueblo que ejerce el poder no es siempre el mismo pueblo sobre el cual es ejercido; y el “gobierno de sí mismo” de que se habla, no es el gobierno de cada uno por sí, sino el gobierno de cada uno por todos los demás. Además la voluntad del pueblo significa, prácticamente, la voluntad de la *parte* más numerosa o más activa del pueblo; de la mayoría o de aquéllos que logran hacerse aceptar como tal; el pueblo, por consiguiente, *puede* desear oprimir a un parte de sí mismo, y las precauciones son tan útiles contra esto como contra cualquier otro abuso del poder.

La “tiranía de la mayoría” –como cualquier otra forma tiránica– opera principalmente por medio de las acciones y las leyes de las autoridades públicas, pero puede llegar a ser el caso de que una parte de la sociedad oprima a otra. En palabras de Mill (ibídem, 8-9):

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

Por esto no basta la protección contra la tiranía del magistrado. Se necesita también protección contra la tiranía de la opinión y sentimiento prevaletentes; contra la tendencia de la sociedad a imponer, por medios distintos de las penas civiles, sus propias ideas y prácticas como reglas de conducta a aquéllos que disientan de ellas; a ahogar el desenvolvimiento y, si fuera posible, a impedir la formación de individualidades originales y a obligar a todos los caracteres a moldearse sobre el suyo propio. Hay un límite a la intervención legítima de la opinión colectiva en la independencia individual: encontrarle y defenderle contra toda invasión es tan indispensable a una buena condición de los asuntos humanos como la protección contra el despotismo político.

Por esta razón, es necesario controlar el poder no sólo de las instituciones formales sino también de los instrumentos informales, los cuales facilitan la imposición de una concepción sobre las otras, por medios legales y morales. La mayoría no puede cancelar la posibilidad de que algunos individuos –una minoría significativa e incluso una mayoría numérica de la sociedad– conciban de manera libre y cumplan de modo responsable con su propio plan de vida. Al respecto, Mill precisa (*ibídem*, 13):

El objeto de este ensayo es afirmar un sencillo principio destinado a regir absolutamente las relaciones de la sociedad con el individuo en lo que tengan de compulsión o control, ya sean los medios empleados la fuerza física en forma de penalidades legales o la coacción moral de la opinión pública. Este principio consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás.

En consecuencia, la única ocasión en la que es posible interferir con la realización del plan de alguien es para evitar que dañe a los demás. El llamado “principio del daño” (*“harm principle”*) de Mill constituye un límite al ejercicio de la libertad, porque debe ser ejercida con responsabilidad para no dañar a otros, y mucho menos impedir que los demás realicen sus propios planes de vida. En palabras de Mill (*ibídem*, 16):

No es libre ninguna sociedad, cualquiera que sea su forma de gobierno, en la cual estas libertades no estén respetadas en su totalidad; y ninguna es libre por completo si no están en ella absoluta y plenamente garantizadas. La única libertad que merece

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo.

De esta forma, en el corazón de la doctrina de la libertad de Mill está la persecución del propio plan de vida, en tanto que no dañe a otros ni les impida realizar el suyo. No obstante, en un largo párrafo, reconoce la región apropiada de “libertad humana” y recuerda que ésta (ibídem, 15-16):

Comprende, primero, el dominio interno de la conciencia; exige la libertad de conciencia en el más comprensivo de sus sentidos; la libertad de pensar y sentir; la más absoluta libertad de pensamiento y sentimiento sobre todas las materias, prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas. La libertad de expresar y publicar las opiniones puede parecer que cae bajo un principio diferente por pertenecer a esa parte de la conducta de un individuo que se relaciona con los demás, pero al tener casi tanta importancia como la misma libertad de pensamiento y al descansar en gran parte sobre las mismas razones, es prácticamente inseparable de ella. En segundo lugar, la libertad humana exige libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada. En tercer lugar, de esta libertad de cada individuo se desprende la libertad, dentro de los mismos límites, de asociación entre los individuos: libertad de reunirse para todos los fines que no sean perjudicar a los demás; y en el supuesto de que las personas que se asocian sean mayores de edad y no vayan forzadas ni engañadas.

En este párrafo, Mill no sólo establece el principio del daño como un límite a la libertad individual y a la colectiva, sino también estipula dos prioridades: la libertad —y sus diferentes manifestaciones— por encima de otros fines, y la libertad individual por encima de la libertad colectiva. Para reforzar estas prioridades, me permito traer a colación la distinción de Benjamin Constant entre la “libertad de los antiguos” y la “libertad de los modernos” (1820), la cual fue la primera en capturar el conflicto que Isaiah Berlin —el campeón del pluralismo— después popularizó entre los “dos conceptos de libertad”, es decir, entre la “libertad negativa” y “libertad positiva” (1969).

La primera es una libertad “de”, e implica “ausencia de interferencia”, en tanto que la segunda es una libertad “para”, e involucra “presencia en el autogobierno”. Como resultado,

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

aparentemente hay dos conceptos de libertad en competencia: uno, de los antiguos o republicano, equiparado con la libertad para participar en el gobierno democrático, donde las libertades colectivas y políticas están acentuadas, y tanto la comunidad como la igualdad, enfatizadas; y, otro, de los modernos o liberal, identificado con la libertad de interferencia del gobierno democrático, donde las libertades individuales y civiles están resaltadas, y tanto la individualidad como la libertad subrayadas.

Aunque los dos conceptos parecen estar en competición nada precluye la posibilidad de su colaboración (Flores 2009b, 199-213). Como Berlin sugiere: “Éste [es decir, el autogobierno], puede dar una mayor garantía de la conservación de las libertades civiles de la que dan otros regímenes, y como tal ha sido defendido por quienes creen en el libre albedrío. Pero no hay una conexión necesaria entre la libertad individual y el gobierno democrático” (1969, 130). De hecho, para que el gobierno democrático no oprima la libertad individual, como apunta Berlin, y para que la sociedad sea absolutamente libre es necesario ser gobernado por dos principios interrelacionados (ibídem, 165):

[P]rimero, que solamente los derechos, y no el poder, pueden ser considerados como absolutos, de manera que todos los hombres, cualquiera que sea el poder de que les gobierne, tienen el derecho absoluto de negarse a comportarse de una manera que no es humana y segundo, que hay fronteras, trazadas no artificialmente, dentro de las cuales los seres humanos deben ser inviolables, al ser definidas estas fronteras en función de normas aceptadas por tantos seres humanos y por tanto tiempo que su observancia ha entrado a formar parte de la concepción misma de lo que es un ser humano normal y, por tanto, de lo que es obrar de manera inhumana o insensata; normas de las que será absurdo decir, por ejemplo, que podían ser derogadas por algún procedimiento formal por parte de algún tribunal o alguna entidad soberana.

Ambos principios refuerzan la primacía del derecho –libertad negativa– por encima del poder –libertad positiva– al grado no solamente de que los principios no puedan ser derogados por procedimientos formales sino, además, de que un área mínima de libertades individuales no debe ser violada por el gobierno democrático (ibídem, 124):

Por consiguiente,... se asumía que el ámbito de las acciones libres de los seres humanos debe ser limitado por la ley. Pero igualmente se suponía... que debía existir un cierto ámbito mínimo de la libertad personal que no podía ser violado bajo ningún concepto, pues si tal ámbito se traspasaba, el individuo mismo se encontraría en una situación demasiado restringida, incluso para ese mínimo desarrollo de sus

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

facultades naturales, que es lo único que hace posible perseguir, e incluso concebir, los diversos fines que los seres humanos consideran buenos, justos o sagrados. De aquí se sigue que hay que trazar una frontera entre el ámbito de la vida privada y el de la autoridad pública.

Adicionalmente, Berlin resume su propuesta en un párrafo muy conocido (ibídem, 171):

El pluralismo, con el grado de libertad “negativa” que lleva consigo, me parece un ideal más verdadero y más humano que los fines de aquéllos que buscan en las grandes estructuras autoritarias y disciplinadas el ideal del autogobierno “positivo” de las clases sociales, de los pueblos o de toda la humanidad. Es más verdadero porque, por lo menos, reconoce el hecho de que los fines humanos son múltiples, no todos ellos conmensurables, y están en perpetua rivalidad unos con otros.

Por tanto, para reforzar la prioridad de la libertad negativa por encima de la libertad positiva, en lo que resta de esta parte revisamos la relación entre “libertad individual” y el “principio democrático”, al analizar de forma crítica el problema del “principio mayoritario” identificado con el “gobierno de la mayoría”. Antes de proseguir debemos recordar a Kelsen que fue Jean-Jacques Rousseau quien formuló “la pregunta que la democracia trata de responder”: “¿Cómo es posible estar sujeto a un orden social y permanecer libre?” (Kelsen 1945, 285). En palabras del filósofo de Ginebra (Rousseau 1987, I, VI, 148):

“Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, unido con los demás, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes.” Tal es el problema fundamental cuya solución da el *Contrato social*.

Y en voz del jurista de Viena: “Un súbdito es políticamente libre en la medida en que su voluntad individual se encuentra en armonía con la ‘colectiva’ (o ‘general’) expresada en el orden social. Esa armonía entre la voluntad ‘colectiva’ y la individual solamente queda garantizada cuando el orden social es creado por los individuos sujetos al propio orden” (Kelsen 1945, 285). De la misma forma, de acuerdo con él (ídem):

El ideal de autodeterminación requiere que el orden social sea creado por la decisión unánime de los súbditos, y que dicho orden conserve su fuerza obligatoria mientras disfrute de la aprobación de todos ellos. La voluntad colectiva (*volonté general*) tiene

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

que coincidir constantemente con la voluntad de los súbditos (*volonté de tous*). El orden social solo puede ser modificado con la aprobación de todos; y cada súbdito queda sujeto a dicho orden solo en cuanto consienta en ello.

Toda vez que la “unanimidad” es virtualmente imposible, el llamado “principio mayoritario” ha sido adoptado como un mecanismo que hace posible que el Estado pueda gobernar al facilitar, de un lado, la elección de nuestros representantes y la configuración de una representación (nacional), y, del otro, el proceso de toma de las decisiones y la conformación del gobierno. Sin embargo, el “principio mayoritario” no implica que cualquier elección o decisión esté justificada *per se*. Como ya hemos apuntado, al citar al mismísimo Kelsen, no basta cumplir con procedimientos adjetivos-formales sino que es necesario cumplir también con principios sustantivos-materiales (ibídem, 287):

- (1) “El principio mayoritario no se identifica en modo alguno con el dominio absoluto de la mayoría, o dictadura de la mayoría sobre la minoría.”
- (2) “[L]a mayoría presupone la existencia de una minoría, y el derecho de aquélla implica el derecho de existencia de la minoría.”
- (3) “Excluir a una minoría de la creación del orden jurídico sería contrario al principio democrático y al principio mayoritario, aun cuando la exclusion fuera decidida por una mayoría.”
- (4) “Si la minoría no es eliminada del procedimiento por el cual se crea el orden social, la minoría conserva siempre la posibilidad de influir en la voluntad mayoritaria.”

Tal y como Kelsen ha destacado (ibídem, 287-288):

En una democracia, la voluntad de la comunidad es siempre creada a través de una discusión entre mayoría y minoría y de la libre consideración de los argumentos en pro y en contra de una regulación determinada. Tal discusión no solamente tiene lugar en el parlamento, sino también, y sobre todo en reuniones políticas, periódicos, libros y otros vehículos de la opinión pública. Una democracia sin opinión pública es una contradicción en términos.

En este sentido, en la medida en que la opinión pública sólo puede formarse allí donde se encuentran garantizadas las libertades intelectuales, la libertad de palabra, de prensa y de religión (ibídem, 288), la democracia, es decir, el “principio democrático”, coincide con la libertad individual, y con el principio mayoritario, pero no con el gobierno o la regla de la mayoría. Lo que es más como Kelsen insiste (ídem):

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

La discusión libre entre mayoría y minoría es esencial a la democracia, porque constituye la forma idónea para crear una atmósfera favorable a un compromiso entre mayoría y minoría; pues el compromiso forma parte de la naturaleza misma de la democracia. Por compromiso se entiende la solución de un conflicto por una norma que no coincide enteramente con los intereses de una de las partes, ni se opone enteramente a los de la otra. En la medida en que en una democracia el contenido del orden jurídico no se encuentra exclusivamente determinado por el interés de la mayoría, sino que representa el resultado de un compromiso entre los dos grupos, la sujeción voluntaria de todos los individuos al orden jurídico resulta más fácil que en cualquiera otra organización política. Precisamente en virtud de esta tendencia hacia el compromiso, es la democracia una aproximación ideal de la autodeterminación completa.

En otras palabras, el problema es que incluso si el “principio mayoritario” es compatible con el “principio democrático”, el gobierno de la mayoría no es idéntico al “gobierno democrático”. En una democracia, no es suficiente con estar preocupado por los intereses legítimos de las mayorías sino que los de las minorías también deben ser respetados para que las decisiones legislativas representen el interés general y sean verdaderamente generales en el momento tanto de su creación como de su aplicación.

Aun cuando es cierto que las mayorías están legitimadas para gobernar, también es cierto que representan y debe representar a las minorías, al respetar sus intereses legítimos. El problema es que el principio mayoritario tiende a degenerar en el gobierno de la mayoría al crear ganadores que se quedan con todo sin compartir la parte correspondiente con los perdedores que se quedan sin nada. En pocas palabras, el gobierno de la mayoría, en la cual el ganador se lleva todo, hace de la política un juego de suma cero, donde lo que uno gana el otro lo pierde (ellos o nosotros), en lugar de un juego en el que todos ganan (ellos y nosotros).

La justificación del “principio mayoritario” descansa en la noción de la “representación virtual”, es decir, los ganadores representan a todos, tanto a los que votaron a su favor como en su contra (y hasta a los que no fueron a votar), y en dos principios de reciprocidad: las mayorías son cambiantes y no están prefiguradas, y las minorías pueden formar parte de la coalición gobernante o de la mayoría en el futuro. Sin embargo, cuando la mayoría de manera constante y consistente excluye a la minoría o de modo sistemático y completo rechaza sus demandas, al grado no sólo de desconocer sus intereses legítimos sino también de destruir la representación virtual y los principios de reciprocidad, el legítimo “principio mayoritario” identificado con el “gobierno de la mayoría” se transforma en su antítesis: la “tiranía de la mayoría” (Guinier 1994, 102-105). En palabras de Mill: “En la especulación política se incluye ya la ‘tiranía de la mayoría’ entre

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

los males, contra los cuales debe ponerse en guardia la sociedad” (1989, I, 8). Aunado a lo anterior, un par de años después, afirmó (Mill 1958, 104):

La injusticia y la violación de un principio no son menos flagrantes porque quienes las sufran sean una minoría; pues no existe igualdad de sufragio donde un individuo particular no tiene igual valor que cualquier otro miembro de la comunidad. Pero no es sólo una minoría la que sufre. La democracia, constituida de esta manera, ni siquiera llega a alcanzar su objetivo pretendido: el de conferir, en todos los casos, los poderes del gobierno a una mayoría numérica. Al contrario, procede de un modo muy diferente: concede esas facultades a una mayoría de la mayoría, que puede ser, y comúnmente es, apenas una minoría del total.

El problema es que, a pesar de la representación virtual y de los principios de reciprocidad, la mayoría no reconoce ni representa (o al menos se niega a reconocer o representar) los intereses de la minoría, como Alexis de Tocqueville ha sugerido: “La mayoría, al ser dueña absoluta de hacer la ley y de vigilar su ejecución, e igualmente de controlar a gobernantes y gobernados, considera a los funcionarios públicos como sus agentes pasivos, y está contenta de dejar en ellos el problema de realizar sus planes” (1969, 253-254).

No obstante, cuando la mayoría posee todo el poder y lo ejerce fuera de toda proporción puede perder su legitimación. Al respecto, James Madison ha apuntado que uno de los objetivos para establecer un gobierno es evitar el dominio de cualquier grupo con intereses particulares, al reconocer: “En una república no sólo es de gran importancia asegurar a la sociedad contra la opresión de sus gobernantes, sino también proteger a una parte de la sociedad contra las injusticias de la otra parte” (1961, 323). E inclusive ha reiterado: “En una sociedad cuya organización deja al facción más fuerte en aptitud de unirse y oprimir al más débil, se puede decir que reina la anarquía tan ciertamente como en el estado de naturaleza, en el cual el individuo más débil carece de protección frente a la violencia del más fuerte...” (ibídem, 324).

De hecho, Tocqueville insistió que la voluntad de la mayoría es la esencia del gobierno democrático (1969, 247):

La autoridad moral de la mayoría está fundada en parte en la noción de que hay más ilustración y sabiduría en una asamblea numerosa que en un solo ser humano, y el número de legisladores es más importante que cómo son elegidos...

La autoridad moral de la mayoría esta fundada además en el principio de que el interés del número mayor debe ser preferido a los de los que son menos.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

Sin embargo, advierte que el germen de la tiranía se encuentra precisamente en la “omnipotencia de la mayoría”. En este orden de ideas, afirmó: “El poder de hacerlo todo, que rehuso dársele a uno solo de mi semejantes, jamás se lo concedería a muchos” (ibídem, 251). La mayoría debe ser moderada para controlar la posibilidad de que se convierta en una tiranía. Al respecto, anota que el uso del poder no es necesariamente bueno: “Ese poder irresistible es un hecho continuo, y su buen empleo no es sino un accidente” (ibídem, 256).

En una democracia, el “principio mayoritario” está justificado *prima facie* en tanto que la mayoría no ejerza todo el poder y oprima a la minoría, al no proteger sus derechos. Es indiscutible que la mayoría tiene derecho a una mayoría de los curules o escaños pero no tiene derecho a todos, porque algunos de ellos pertenecen a la minoría y, en consecuencia, la mayoría no puede ser ilimitada. El cuerpo legislativo debe ser un microcosmos del electorado, donde tanto las mayorías como las minorías estén representadas de acuerdo con su verdadera representatividad, sin adulteraciones o diluciones de ningún tipo. El “principio mayoritario” significa que no es suficiente con representar a la mayoría o a la minoría sino a todo el pueblo, esto es a la mayoría y a la minoría.

De la misma forma, Alexander Hamilton advirtió: “Si se le da todo el poder a muchos, ellos oprimirán a los pocos. Si se le da todo el poder a pocos, ellos oprimirán a los muchos. Ambos, por tanto, deben tener poder para que se puedan defender los unos de los otros” (1985, 101). En otras palabras, la democracia es más que el gobierno de la mayoría. En una democracia auténtica, pura o verdadera el poder no es de la mayoría ni de la minoría sino de todo el pueblo, incluida tanto la mayoría como la minoría. Tal y como lo enfatizó Mill (1958, 102-103):

La idea pura de democracia, de acuerdo con su definición, es el gobierno de todo el pueblo por el pueblo entero, representado equitativamente. La democracia, como se concibe por lo común y como se ha practicado hasta ahora, es el gobierno del pueblo entero por una simple mayoría del pueblo, representado parcialmente. La primera es sinónima de la igualdad de todos los ciudadanos; la segunda, extrañamente confundida con ella, es un gobierno de privilegio en favor de la mayoría numérica, la cual posee prácticamente la única voz en el Estado. Esta es la consecuencia inevitable de la manera en que la votación se lleva a cabo en la actualidad, al privar por completo a las minorías de sus derechos.

III. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO Y EL GOBIERNO DE LA MAYORÍA

En este apartado, toda vez que hemos sido críticos de la tendencia a reducir el “principio democrático” al “principio mayoritario” identificado con el gobierno de la mayoría, es decir, a cualquier cosa que plazca a la mayoría, procedemos a confrontar las dos concepciones de democracia en competencia. Para tal efecto, después de recordar su etimología *demos* (pueblo) y *kratos* (gobierno o poder), el “gobierno o poder del pueblo”, no de muchos ni de pocos sino de todos, es posible contrastar las dos concepciones: por una parte, la “concepción mayoritaria” como el gobierno de muchos —e incluso de pocos en nombre de muchos, es decir, de la mayoría que consiente, y, por otra parte, la concepción “societaria” como el gobierno de todos, tanto muchos como pocos, esto es, de la mayoría que consiente como de la minoría que disiente.

Así, la palabra “democracia” significa “gobierno o poder del pueblo” y es *prima facie* una forma de gobierno en contraposición a otras formas de gobierno. La tipología clásica incluye no solamente tres formas “puras”:

- 1) Autocracia (mejor conocida como monarquía) como el gobierno de uno —es decir, el monarca—.
- 2) Aristocracia como gobierno de unos cuantos —es decir, los mejores—.
- 3) Democracia como el gobierno de todos —es decir, el pueblo—. ⁵⁵

Sino también tres formas “impuras” o “corruptas”:

- 1) Tiranía como el gobierno de uno —es decir, el tirano—.
- 2) Oligarquía como el gobierno de unos cuantos —es decir, los ricos—.
- 3) Demagogia como el gobierno de muchos (o de pocos) en nombre de todos —es decir, los pobres (o la muchedumbre)—.

Vale la pena recordar que Aristóteles llamaba a la democracia peyorativamente, como un equivalente al término demagogia, como un extremo vicioso, es decir, el “gobierno de los pobres”, en contraposición a la oligarquía como el otro extremo vicioso, esto es el “gobierno de los ricos”, en tanto que su *politeia* constituía el término medio virtuoso que comprendía el “gobierno de la clase media” y, como tal, tanto de ricos como de pobres,

⁵⁵ Kelsen criticó la clasificación tricotómica tradicional al distinguir entre dos tipos de constituciones: autocrática y democrática (1945, 284): “La democracia significa que la «voluntad» representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos. Lo opuesto es la servidumbre de la autocracia. En esta forma de gobierno los súbditos están excluidos de la creación del orden legal, y la armonía entre el orden y sus voluntades de ninguna forma está garantizado... De acuerdo con la terminología usual, un Estado es llamado democracia si en su organización prevalece el principio democrático, y autocracia si en su organización predomina el principio autocrático.”

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

es decir, tanto de los pocos como de los muchos (Aristóteles 1988, IV, 11, 1295b, 97-98). Al respecto, me permito explicar que a diferencia de él usaremos la palabra demagogia para la forma “impura” o “corrupta” y el término democracia para la “pura” o “verdadera”. Sin embargo, al igual que él, considero que la última es el gobierno de todo el pueblo: no solamente de los pobres y de los ricos sino además de los muchos y de los pocos (o de la mayoría y de la minoría).

El problema es que para algunos autores la democracia parece ser reducida al gobierno de los muchos o de la mayoría en detrimento de los pocos o de la minoría, es decir, la concepción mayoritaria de democracia. Por el contrario, una democracia auténtica o verdadera y el gobierno democrático no debe ser de los pobres o de los ricos, de los muchos o de los pocos, de la mayoría o de la minoría, sino de todos: de los pobres y de los ricos; de los muchos y de los pocos, de la mayoría y de la minoría, tal y como lo sugiere la concepción societaria de democracia.

Hasta aquí hemos denominado a la democracia como una forma de gobierno, y la tipología ha servido para enfatizar la titularidad “del” poder político o soberano, ya sea que corresponda a uno, a unos cuantos, a muchos o a todos. No obstante, toda vez que el ejercicio del poder político o soberano se ejerce no sólo “por” sus titulares de manera directa o indirecta, por conducto de sus representantes, sino también “para” ellos y en su beneficio, no perjuicio, resulta que debemos acoger una definición integral de democracia, como la popularizada por Abraham Lincoln en su discurso en Gettysburg, y consagrada por la Quinta República Francesa: “El gobierno del pueblo, por el pueblo (de manera directa y por sus representantes de modo indirecto), y para el pueblo”.⁵⁶ Por tanto, la democracia auténtica, pura o verdadera, a partir de la concepción societaria, consiste en el “gobierno del, por y para el pueblo” (Flores 2005, 154-159; 2008, 314-319; 2009a, 476-480; 2010a, 745-747; 2010c, 76-90).

Sin embargo, como ya adelantamos, el problema es que hay dos concepciones principales de democracia que están en competencia. En mi opinión, la distinción aparece por primera vez hace 150 años, en el capítulo VII “de la democracia verdadera y de la falsa; representación de la totalidad, y representación de la mayoría solamente” del celebre libro *Consideraciones sobre el gobierno representativo* de Mill, en donde indica que hay dos ideas diferentes que han sido usualmente confundidas bajo el nombre de democracia. Por un lado, la idea verdadera de democracia “es el gobierno de todo el pueblo por el pueblo entero, representado equitativamente”. Y, del otro, la idea falsa “es el gobierno del pueblo entero por una simple mayoría del pueblo, representado parcialmente” (1958, 102-103).

⁵⁶ Véase (Lincoln 1990, 308).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

Ahora bien, en los últimos años ha sido Dworkin quien ha apuntado que las dos concepciones en competencia de democracia no solamente coexisten, sino que además están en conflicto (2006b, 131).⁵⁷

Las dos concepciones de democracia que están en pugna son las siguientes. Según la concepción *mayoritaria*, la democracia es el gobierno de la voluntad de la mayoría, i. e. el gobierno de acuerdo con la voluntad del número mayor de personas expresada en elecciones con sufragio universal o casi universal. Nada garantiza que las decisiones de la mayoría sean justas; dichas decisiones pueden resultar injustas para minorías cuyos intereses son ignorados sistemáticamente por aquélla. Si éste es el caso, la democracia es injusta, pero no menos democrática por esta razón. Sin embargo, según la rival concepción de democracia *societaria*, democracia significa que las personas se gobiernan a sí mismas cada una como socios de pleno derecho en una empresa política colectiva, de forma tal que las decisiones de la mayoría son democráticas solamente cuando ciertas condiciones son cumplidas para proteger la condición y los intereses de cada ciudadano como socio de pleno derecho en tal empresa. En la concepción societaria, una comunidad que ignora constantemente los intereses de alguna minoría u otro grupo es precisamente por esa razón no democrático aun cuando elija a sus oficiales mediante medios mayoritarios impecables.

De hecho, como el propio Dworkin reconoce, Estados Unidos de América no es un ejemplo puro de la concepción mayoritaria ni de la societaria. Aunque el sistema bipartidista y el gobierno o la regla de la mayoría refuerzan la primera, los padres fundadores limitaron el poder de las mayorías en varias formas, al incluir mecanismos contra-mayoritarios, tales como el “filibustero” y el “control de constitucionalidad” (*judicial review*) de los actos de las ramas del gobierno, con lo cual también refuerzan la segunda (ibídem, 135-137).⁵⁸

⁵⁷ Dworkin definió originalmente a la “concepción societaria” como “concepción constitucional”. (Véase 1996, 17; y Flores 2010c, 73).

⁵⁸ Por un lado, una minoría de 34 o 41 senadores (de los 100), ya sea que se trate de un asunto sustantivo o procedimental, puede bloquear a la mayoría de reconocer una decisión a votación final; y, por el otro, el poder de las mayorías políticas está limitado por el reconocimiento de los derechos individuales reconocidos por la constitución que las mayorías legislativas no pueden infringir ni mucho menos pisotear. Aunado a lo anterior, la existencia del Senado, como Cámara alta, fue diseñado para dividir a la más peligrosa rama del gobierno y para dar estabilidad al gobierno para proteger a las minorías en contra de una mayoría legislativa apresurada y no reflexiva en la Casa de Representantes (*House of Representatives*).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

Aunado a lo anterior, Dworkin alerta que la condición degradada del debate público debilita –al grado de poner en peligro– la concepción societaria de democracia y al parecer fortalece la concepción mayoritaria, al ver al otro como el “enemigo” y a la política como una “guerra” (ibídem, 132-133):

Si queremos ser una democracia societaria la condición degradada de nuestro argumento político constituye un defecto serio en nuestra democracia porque la atención y el respeto mutuos son la esencia de la sociedad. No tratamos a alguien con quien estamos en desacuerdo como un socio –sino como un enemigo o en el mejor de los casos como un obstáculo– cuando no hacemos ningún esfuerzo ya sea para entender la fuerza de sus ideas contrarias a las nuestras o para desarrollar nuestras opiniones en una forma que sea responsiva a las suyas. El modelo societario así descrito parecería inalcanzable porque es difícil ver cómo los estadounidenses en los lados rivales de la cultura de la guerra podrían comenzar a tratarse unos a otros con respeto y atención mutuos.

Sin embargo, tal y como Dworkin ha enfatizado (ibídem, 134):

La concepción mayoritaria pretende ser puramente procedimental y por tanto independiente de otras dimensiones de moralidad política; esto nos permite decir, como indique, que una decisión es democrática aunque sea muy injusta. Sin embargo la concepción societaria no hace a la democracia independiente del resto de la moralidad política; en tal concepción necesitamos una teoría de la sociedad igual (*equal partnership*) para decidir qué es y no es una decisión democrática, y necesitamos consultar ideas acerca de justicia, igualdad, y libertad para construir tal teoría. Así que en la concepción societaria, democracia es un ideal substantivo, no meramente procedimental.

IV. CONCLUSIÓN

Finalmente, para concluir no me resta sino insistir en que mi principal pretensión ha sido que el principio democrático puede ser compatible con el principio mayoritario, pero que sería un error equipar –e incluso reducir– el principio democrático al principio mayoritario, sobre todo cuando éste, identificado con el gobierno de la mayoría, puede degenerar en la tiranía de la mayoría, es decir, en cualquier cosa que plazca a la mayoría, y, explicitar algunas conclusiones.

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

Primera, aun cuando el principio democrático y el principio mayoritario están legitimados, resulta que están limitados –sobre todo el último– por el deber de respetar la libertad individual, lo cual refuerza la prioridad de la libertad negativa por encima de la libertad positiva.

Segunda, aunque el principio mayoritario refuerza la visión de que la mayoría está legitimada para gobernar, resulta que el gobierno de la mayoría no puede excluir ni eliminar a la minoría, porque eso equivale a convertir el gobierno de la mayoría en su antítesis: la tiranía de la mayoría,

Tercera, a pesar de que la concepción mayoritaria de democracia es todavía muy influyente en el diseño de nuestros sistemas electorales, resulta que debido al peligro intrínseco de que el gobierno de la mayoría pueda degenerar en la tiranía de la mayoría es necesario tomar en serio la concepción societaria para garantizar la democracia como el gobierno del, por y para todo el pueblo, tanto de la mayoría como de la minoría, y no meramente de la mayoría (y, peor aún, de una minoría del todo).

V. FUENTES CONSULTADAS

- Aristóteles. 1988. *The Politics*. New York: Cambridge University Press.
- Berlin, Isaiah. 1969. "Two Concepts of Liberty". En *Four Essays on Liberty*, 118-172. London: Oxford University Press.
- Constant, Benjamin. 1820. "De la liberté des anciens comparée à celle des modernes". En *Collection Complète des Ouvrages*. París: Béchét Libraire.
- Dworkin, Ronald. 1967. "The Model of Rules". *The University of Chicago Law Review* 35: 14-46.
- . 1977. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- . 1985. *A Matter of Principle*. Cambridge, Massachusetts; Harvard University Press.
- . 1986. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- . 1996. "Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise". En *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- . 2006^a. *Justice in Robes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- . 2006^b. *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*. Princeton: Princeton University Press.
- . 2011. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Flores, Imer B. 2005. "Heráclito *vis-à-vis* Parménides: Cambio y permanencia como la principal función del derecho en una democracia incipiente". En Luis J. Molina Piñeiro, J. Fernando Ojesto Martínez P. y Fernando Serrano Migallón, eds. *Funciones del derecho en las*

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

- democracias incipientes. El caso de México*, 149-171. México: Porrúa y Facultad de Derecho, UNAM.
- . 2008. “Actores, procesos e instituciones democráticas: Hacia una verdadera democracia en México”. En Luis J. Molina Piñeiro, Fernando Serrano Migallón y José Fernando Ojesto Martínez Porcayo, eds. *Instituciones, Actores y Procesos Democráticos en México 2007*, 311-340. México: Porrúa y Facultad de Derecho, UNAM.
- . 2009a. “¿Es posible la democracia en México?”. En Luis J. Molina Piñeiro, José Fernando Ojesto Martínez Porcayo, y Ruperto Patiño Manffer, eds. *¿Polarización en las expectativas democráticas de México 2008-2009? Presidencialismo, Congreso de la Unión, órganos electorales, pluripartidismo y liderazgo*, 471-495. México: Porrúa, Facultad de Derecho-UNAM, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”-Universidad Carlos III de Madrid y COPUEX.
- . 2009b. “Los dos conceptos de libertad: ¿Competición o colaboración?”. En Sergio Sarmiento, ed. *Tercer Concurso de Ensayo “Caminos de la Libertad”*. *Memorias*, 199-213. México: Grupo Salinas y Fundación Azteca.
- . 2010a. “Sobre los triunfos del proceso democratizador en México: A propósito del movimiento anulacionista y del voto nulo”. En Luis J. Molina Piñeiro, José Fernando Ojesto Martínez Porcayo, y Ruperto Patiño Manffer, eds. *Balance en el proceso democratizador de México 1988-2009*, 744-764. México: Porrúa, Facultad de Derecho-UNAM, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”-Universidad Carlos III de Madrid y COPUEX.
- . 2010b. “Sobre la libertad (y su pluralidad de caminos)”. En Sergio Sarmiento coord. *Cuarto Concurso de Ensayo “Caminos de la Libertad”*. *Memorias* 197-218. México: Grupo Salinas y Fundación Azteca.
- . 2010c. “Ronald Dworkin’s *Justice for Hedgehogs* and Partnership Conception of Democracy (With a Comment to Jeremy Waldron’s “A Majority in the Lifeboat”)”. *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* 4: 65-103.
- Guinier, Lani. 1994. *The Tyranny of the Majority. Fundamental Fairness in Representative Democracy*. New York: The Free Press.
- Hamilton, Alexander. 1985. “Speech, June 18, 1787”. En *Selected Writings and Speeches of Alexander Hamilton*. Washington, D. C.: American Enterprise Institute.
- Hart, H.L.A. 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Hayek, Friedrich A. 1960. *The Constitution of Liberty*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Kelsen, Hans. 1945. *General Theory of Law and State*, trad. Anders Wedberg. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- . 1967, *Pure Theory of Law*, 2nd ed., trad. Max Knight. Berkeley: University of California Press.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La constitución del principio democrático (*vis-à-vis* el gobierno de la mayoría)

- Lincoln, Abraham. 1990. "New Birth of Freedom. The Gettysburg Address, November 19, 1863".
En Mario M. Cuomo y Harold Holzer, eds. *Lincoln on Democracy*, 307-308. New York:
Harper Collins.
- Madison, James. 1961. "No. 51". En Clinton Rossiter, ed. *The Federalist Papers*, 320-325. New
York: Mentor.
- Mill, John Stuart. 1989. "On Liberty". En Stefan Collini, ed. *On Liberty and other Writings*, 1-115.
Cambridge: Cambridge University Press.
- . 1958. *Considerations on Representative Government*. Indianapolis: Liberal Arts Press.
- Rousseau, Jean-Jacques. 1987. "On the Social Contract". En *The Basic Political Writings*, trad.
Donald A. Cress, 139-227. Indianapolis: Hackett.
- Tocqueville, Alexis de. 1969. *Democracy in America*. New York: Anchor Books.

Gestión de los estados plurinacionales europeos: consolidando el consociacionalismo a través de los sistemas electorales

Elias Dinas^{*}
Nikos Skoutaris^{**}

* Investigador premium, Nuffield College, Universidad de Oxford, elias.dinas@gmail.com

** Profesor Adjunto, departamento de Derecho Internacional y Europeo, Universidad de Maastricht, nikos.skoutaris@gmail.com

SUMARIO

I. Resumen; II. Introducción, III. El modelo de consenso de la democracia; IV. Sistemas electorales y sociedades divididas; V. Las implicaciones políticas de los diseños constitucionales; VI. Conclusión, VII. Fuentes consultadas

I. RESUMEN

Lijphart ha argumentado que “para las sociedades divididas garantizar la elección de una legislatura ampliamente representativa debe ser la consideración fundamental y, sin duda, la mejor manera de hacerlo es la R[epresentación] P[roporcional].” (Lijphart 2008). A pesar de esta afirmación, los estados plurinacionales de Europa han utilizado una serie de sistemas electorales con el fin de adaptarse eficazmente a las diferencias étnico-lingüísticas y religiosas de una manera consociacional. El alcance de la comunicación propuesta es doble. Por un lado, su objetivo es el mapeo de cómo el consociacionalismo se hace eco en los sistemas electorales de ciertos estados plurinacionales de Europa, donde hay arreglos de poder compartido. Para lograr este objetivo, el documento describe la variante consociacional de las estructuras constitucionales de tres sociedades europeas y cómo el modelo de consenso democrático ha sido traducido en sus sistemas electorales. Por otro lado, se trata de un esfuerzo por evaluar si, y en caso que sí, hasta qué grado los sistemas electorales relevantes han tenido éxito en cuanto a la consolidación del principio consociacional por enfocarse en las elecciones que han tenido lugar en estos sistemas políticos. Al examinar la interacción entre la opinión pública y las posturas del actor político en el asunto en aquellas sociedades, no somos capaces de comprobar si los sistemas electorales seleccionados en los poderes compartidos anteriormente mencionados hayan favorecido a partidos con una agenda más consociacional con el tiempo o si partidos con una agenda más separatista haya logrado dominar el escenario político. En general, el presente artículo cuestiona el éxito del consociacionalismo para reducir las divisiones étnico-lingüísticas y religiosas en las sociedades divididas de Europa.

II. INTRODUCCIÓN

Desde la Paz de Westfalia, en Europa hemos sido testigos de la disolución gradual de los imperios plurinacionales y la génesis de la soberanía del Estado-nación. Esta tendencia histórica y política que ha favorecido la construcción de gobiernos mononación sobre los plurinacionales en el viejo continente culminó en las secuelas de la caída del Telón de acero y posteriormente en la disolución de la Unión Soviética, Yugoslavia y Checoslovaquia. A pesar de esto, todavía hay un número significativo de estados multinacionales en Europa, como Bélgica, Bosnia-Herzegovina, España, Suiza y el Reino Unido. En todos aquellos sistemas políticos y constitucionales persiste la cuestión de importancia fundamental de cómo abordar eficazmente la diversidad nacional en cuestiones étnico-lingüísticas y religiosas, a pesar del éxito y la funcionalidad que hayan demostrado.

Con el fin de responder de manera convincente a las necesidades como resultado de las divisiones étnico-lingüísticas y religiosas, la mayoría de los sistemas políticos y constitucionales mencionados han optado por los sistemas de poder compartido. A pesar de las diferencias obvias en las condiciones históricas y políticas que han llevado a la adopción de elementos consociacionales en el diseño constitucional de algunos gobiernos de Europa y del mundo. Todos los sistemas de poder compartido retan la interpretación mayoritaria de la definición básica de democracia que implica “gobierno por la mayoría de la gente” (Lijphart 1999). El modelo consociacional de la democracia⁵⁹ tiene como objetivo abordar el problema de la exclusión de los grupos minoritarios de la participación en la toma de decisiones, especialmente en sociedades profundamente divididas, como Bélgica, Bosnia-Herzegovina e Irlanda del Norte. De acuerdo con ese modelo, cada grupo significativo debe participar de manera proporcional en el gobierno del país manteniendo al mismo tiempo un alto grado de autonomía y la posibilidad de vetar las decisiones de la mayoría con el fin de proteger sus intereses vitales.

El presente artículo se enfoca precisamente en la dinámica de competencia entre partidos de las sociedades segmentadas de Bélgica, Bosnia-Herzegovina e Irlanda del Norte mediante el análisis de cómo el consociacionalismo se refleja en sus sistemas electorales. Aunque los estudios de caso examinados aquí no prevén una lista exhaustiva de todos los sistemas de poder compartido en Europa, sí relatan tres modelos de gestión de Estados plurinacionales. Primero, Bélgica, que modificó su propia constitución en 1994 para adoptar la estructura federal actual, con el fin de atender las demandas expresadas por los dos segmentos étnico-lingüísticos en favor de una mayor descentralización. Segundo, la Constitución de Bosnia forma parte del amplio Acuerdo para la Paz

⁵⁹ Véanse (Halpern 1977), (Lijphart 1999), (Lijphart 1991), (McRae1974).

de Dayton (MGAPBiH 1995), que puso fin a tres años y medio de intensos combates. Tercero, en Irlanda del Norte –aunque no es un Estado soberano en sí– un sistema muy sofisticado de poder compartido ha sido implementado dentro del marco del Acuerdo del Viernes Santo, por un lado, y la descentralización asimétrica del Reino Unido, por el otro. Por lo tanto, las diferencias en las condiciones históricas y políticas que han llevado a la adopción de la variante respectiva del modelo consociacional nos permiten ofrecer una perspicacia comparativa importante en las decisiones tomadas con respecto a los sistemas electorales de las sociedades divididas de Europa. Básicamente, las partes dos y tres del presente artículo se enfocan precisamente en la forma en que el principio consociacional se ha implementado en la estructura constitucional de estos sistemas de poder compartido y su influencia sobre el sistema electoral respectivo.

Sin embargo, el consociacionalismo más que ser un principio constitucional que influye en el sistema electoral de una sociedad dada, debe ser principalmente un *modus vivendi* político avanzado por medio de la ingeniería electoral, entre otros. Esta es la razón por la que en el capítulo IV del documento se analizan las elecciones que han tenido lugar en los sistemas políticos de las últimas décadas. De este modo, podemos comprobar si la ingeniería electoral de los sistemas de poder compartido mencionada anteriormente ha favorecido a los partidos con una agenda más consociacional con el tiempo o si los partidos con una agenda más separatista han logrado dominar el escenario político. Desafortunadamente, un empírico examen sistemático de estos procesos cuestiona el éxito del consociacionalismo en cuanto a cerrar las brechas étnico-lingüísticas y religiosas en las sociedades divididas de Europa.

III. EL MODELO DE CONSENSO DE LA DEMOCRACIA

Consociación se deriva del latín *consociatio*, que significa “la acción o el hecho de reunirse” o “unión en la comunidad” (Barry 1975). El término aparece ya en 1603 en *La Política Methodice Digesta de Althusius*, en parte como un intento de analizar el proceso de creación del nuevo sistema de gobierno en los Países Bajos a principios del siglo XVII, “sin aparato gubernamental firme alguno ni una identidad nacional articulada” (Daalder 1971), y en parte como una respuesta a *Les Six Livres de la République* de Bodin de 1576 y su novela *Concepción de la Soberanía* (Franklin 1975). El primer exponente moderno del consociacionalismo fue Apter, quien en su estudio del nacionalismo burocrático definió esta forma de organización política como “una reunión de unidades constituyentes que no pierden su identidad al mezclarse en alguna forma de unión” (Apter 1996).

Pero Arend Lijphart fue el primero que al reflexionar sobre la naturaleza paradójica de la política holandesa por combinar estabilidad política, diferencias religiosas y

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

fragmentación social (Lijphart 1968) subrayó los efectos estabilizadores del modelo de consenso de la democracia en sociedades plurales y ofreció un modelo general de la misma. El modelo de Lijphart de democracia consociacional consta de las siguientes cuatro propiedades que la definen: la participación de los representantes de todos los segmentos significantes de la sociedad plural; un alto grado de autonomía de cada grupo para ejecutar sus propios asuntos internos; la proporcionalidad como la norma principal de la representación política, asignación de servicio civil y de fondos públicos, y el veto mutuo o norma de mayoría concurrente, que sirve como una protección adicional de los intereses vitales de las minorías. Lo que sigue es un análisis de las cuatro principales características y la forma en que están incorporadas en la arquitectura constitucional de Bélgica, (CB), BiH (CBIH 1995) e Irlanda del Norte (LIN 1998).

1. Poder compartido

La principal característica del modelo de consenso de la democracia es el ejercicio conjunto del Poder Ejecutivo de gobierno. Esto puede tomar varias formas institucionales. La más directa es la de un gabinete de gran coalición en un sistema parlamentario. Por ejemplo, la Constitución belga tiene como un requisito formal del Ejecutivo incluir representantes de los grupos lingüísticos grandes. El artículo 99 de la Constitución de 1994 estipula que con “la posible excepción del Primer Ministro, el Consejo de Ministros [gabinete] incluye la misma cantidad en miembros de habla francesa como de habla holandesa” (Alen y Ergec 1994).

Por otra parte, en Irlanda del Norte los cargos de primer ministro y viceprimer ministro están conectados bajo el artículo 16 de la Ley de Irlanda del Norte 1998. De acuerdo con el mismo artículo “el mayor partido político de la mayor designación política nominará [...] al Primer Ministro”, mientras que “el mayor partido político de la segunda designación política asignará [...] al Vice-Primer Ministro”. En otras palabras, esta disposición garantiza que el primer ministro será de un partido unionista, mientras que el viceprimer ministro será de uno nacionalista o republicano. Más interesante aún es que los ministros no son elegidos por esta diarquía, más bien, el artículo 18 de la Ley de Irlanda del Norte dispone que los cargos de ministros se asignan a todos estos partidos con representación significativa en la asamblea. El número de cargos a que cada partido tiene derecho se determina bajo el método d'Hont de representación proporcional.⁶⁰ Los puestos actuales son elegidos

⁶⁰ Este método favorece a los grandes partidos y opera mediante vueltas sucesivas de votación. En la primera vuelta el número de votos para cada partido (en este caso, el número de escaños de la asamblea) se cuenta y el más alto recibe el primer lugar. En la segunda vuelta, el partido que ganó el primer puesto ejecutivo reduce su representación a la mitad. El partido con el mayor número de escaños por esta fórmula ahora gana un puesto ejecutivo. Continúan las vueltas, con cada partido que ha incrementado su divisor por medio de uno de cada puesto ejecutivo que reciba.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

por los partidos en el orden en que se otorgan los escaños. Esto no significa que aparte de los dos grandes partidos se requiera a los demás formar parte del gobierno. Ellos pueden elegir pasar a la oposición si así lo desean. Sin embargo, hasta ahora todos los gabinetes de Irlanda del Norte se han formado al menos por cuatro partidos.

Por otro lado, se ha observado que es menos común instalar un sistema de poder compartido en sistemas presidenciales (Lijphart 1999). La práctica demuestra que una forma posible es la distribución de la presidencia y otros altos cargos entre los diferentes grupos. La Constitución de Bosnia-Herzegovina da un ejemplo. De acuerdo con el artículo V, el cargo de la presidencia de Bosnia y Herzegovina rota entre tres miembros: un bosnio y un croata, cada uno elegido directamente desde el territorio de la Federación, y un serbio elegido directamente desde el territorio de la República de Serbia. Cada uno de ellos es elegido como presidente para un periodo de ocho meses dentro de su mandato de cuatro años como miembro. El presidente del Consejo de Ministros es nombrado por la presidencia y aprobado por la Cámara de Representantes. Ella o él es, en consecuencia, responsable de nombrar al ministro de Relaciones Exteriores, de Comercio Exterior y otros, según corresponda. El presidente y los ministros [...] constituyen en conjunto el Consejo de Ministros con la responsabilidad para llevar a cabo las políticas y decisiones de Bosnia y Herzegovina (CBIH).

2. Autonomía en grupo

Una segunda variante del modelo de consenso de la democracia de gobierno por ley de mayoría es la autonomía segmentaria por ley de minoría: la minoría gobierna sobre sí misma en el área de interés exclusivo de la minoría. Eso complementa el principio de gobierno conjunto. En asuntos de interés común, las decisiones deben tomarse en consenso con todos los segmentos en grados más o menos proporcionales; las decisiones en relación a todos los demás asuntos deben ser dejados a cada grupo por separado. Si los grupos tienen una clara concentración territorial, la autonomía del grupo puede ser institucionalizada en forma de federalismo. Si los grupos se entremezclan, la autonomía tendrá que adoptar una forma no territorial o una combinación de forma territorial y no territorial.

En Bélgica, el federalismo territorial como una forma de autonomía segmentaria ha sido particularmente importante desde 1970. Sin embargo, la forma de federalismo adoptada en 1994 es única, ya que se compone de tres regiones geográficas definidas⁶¹

⁶¹ El artículo 3 de la Constitución belga.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

–Flandes, Valonia y la capital bilingüe Bruselas– y tres comunidades culturales no definidas geográficamente⁶² –las grandes comunidades de habla flamenca y francesa y la mucho más pequeña comunidad de habla alemana–. La autonomía segmentaria de las unidades constitutivas de la federación belga también está garantizada por la lista de competencias que se les asignan en virtud de los artículos 127 y 130 de la Constitución y una serie de leyes constitucionales aprobadas en virtud del artículo 134 con el procedimiento establecido en el artículo cuatro. En general, las regiones son responsables principalmente en las áreas de asuntos económicos y sociales, mientras que las comunidades ejercen su poder en las áreas de cultura, política social, salud y educación.

Siendo un “ejemplo clásico de solución consociacional post-Dayton” (Bose 2002), Bosnia-Herzegovina es un Estado (con) federal formado por dos entidades étnicamente definidas: una serbia y una bosnio-croata. La primera es una república unitaria mononacional, como lo define su propio nombre República Srpska (RS para República de Serbia), y la segunda es de una federación binacional de 10 cantones autónomos con el nombre más neutral de Federación de Bosnia-Herzegovina (FBiH). Las dos entidades gozan de todas las competencias que “no son atribuidas expresamente en esta Constitución a las instituciones de Bosnia y Herzegovina”.⁶³ Por el hecho que la lista de las competencias enumeradas del Estado federal es muy limitada,⁶⁴ podemos concluir con seguridad que las dos entidades gozan de amplios poderes de autogobierno y, por lo tanto, de autonomía.

La situación en Irlanda del Norte con relación a la autonomía segmentaria es algo diferente a las de Bélgica y BiH. La ley de 1998 de Irlanda del Norte no transfiere competencias a las dos “asignaciones políticas” por separado, sino que el Parlamento de Westminster transfirió competencias en el marco de la delegación asimétrica del Reino Unido a la asamblea de Irlanda del Norte y su gobierno. La ley reconoce tres variedades distintas del lineamiento: los poderes de expectación, los poderes reservados y los transferidos. Los poderes de expectación no pueden ser transferidos a la asamblea sin modificar la ley misma,⁶⁵ mientras que los poderes reservados pueden ser transferidos si hay evidencia⁶⁶ del apoyo por partidos entrelazados dentro de la asamblea. Poderes que no están dentro de esas listas se describen como transferidos. Por lo tanto, ninguno de

⁶² *Ibidem* en Artículo 2.

⁶³ Artículo III, párrafo 3 (a) de la Constitución de Bosnia y Herzegovina.

⁶⁴ *Ibidem* párrafo 1.

⁶⁵ Lista 2 de la Ley de Irlanda del Norte 1998.

⁶⁶ *Ibidem* Lista 3.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

los dos segmentos étnico-religiosos puede disfrutar de una autonomía de unos a otros, pero la delegación del Reino Unido ha garantizado la autonomía legislativa de Irlanda del Norte en su totalidad.

3. Proporcionalidad

Proporcionalidad, la tercera característica del modelo de consenso de la democracia sirve como norma básica de la representación política, de los nombramientos para el servicio público y de la asignación de fondos públicos. Su gran ventaja es el amplio reconocimiento como el estándar más evidente de la distribución equitativa. Además, se facilita el proceso de toma de decisiones, ya que es un método improvisado donde no se necesita gastar una gran cantidad de tiempo en la consideración de métodos alternativos de distribución. En lo que respecta a la representación política, la proporcionalidad es especialmente importante como garantía de la representación equitativa de las minorías étnicas. Esta es la razón principal por la que Lijphart ha argumentado que “para sociedades divididas la consideración más fundamental debería ser asegurar una elección ampliamente representativa, y la Representación Proporcional es indudablemente la manera más óptima de hacerlo” (Lijphart 2008). De hecho, como veremos en la tercera sección de este documento, en todos los casos precedentes se adoptaron variantes de PR en su sistema electoral.

Sin embargo, la composición proporcional de los órganos de decisión no resuelve el problema de cómo lograr una influencia proporcional cuando la naturaleza de la decisión es básicamente dicotómica. En tal caso, a menos que exista unanimidad espontánea, habrá ganadores y perdedores. En última instancia, el uso de la regla de mayoría sea o veto de minoría no puede evitarse. Por esa razón, el diseño de la Constitución de algunos Estados incorpora una variante del principio de proporcionalidad que implica una desviación hasta mayor de la regla de mayoría: la sobrerrepresentación deliberada de segmentos pequeños y en algunos casos la paridad de la representación. Ejemplos de órganos pártanos con sobrerrepresentación de minorías es el gobierno belga con un número igual de ministros de habla flamenca y francesa, la diarquía de Irlanda del Norte con el primer ministro y el alterno, así como el presidente de turno de Bosnia y Herzegovina.

4. Veto de minorías

La cuarta característica de la teoría de la democracia consociacional es el veto de la minoría, que consiste en el arma definitiva que necesitan las minorías para proteger sus

intereses vitales. Incluso, cuando una minoría es parte de un gobierno de poder compartido, es muy factible que pierda la votación o sea sobrevotado por la mayoría. Esto no presenta un problema cuando sólo se decide sobre asuntos menores, pero cuando un interés vital de una minoría está en juego, el veto proporciona una protección esencial. El poder de veto contiene definitivamente el riesgo de poner en peligro el sistema entero en caso de que una o más minorías hagan uso indebido o abusen de su poder de veto. Éste da mejor resultado cuando no se utiliza muy a menudo y sólo con respecto a cuestiones de importancia fundamental. Un ejemplo claro de veto de la minoría es el derecho adquirido por cada miembro de la presidencia de Bosnia y Herzegovina para vetar decisiones que puedan violar los “intereses vitales” de su entidad de acuerdo con su punto de vista.

IV. SISTEMAS ELECTORALES Y SOCIEDADES DIVIDIDAS

La construcción de un marco institucional para dar cabida a las necesidades de una sociedad segmentada es una tarea de enormes proporciones. El desafío es aún mayor en aquellas ocasiones en que una sociedad trata de curar las heridas de un conflicto intercomunitario como ha sido el caso de Irlanda del Norte y Bosnia y Herzegovina. Ambas sociedades profundamente divididas:

A los problemas de proporcionalidad (que tiene implicaciones para la adecuada representación de las minorías) y de la disciplina de los partidos (importante para facilitar la capacidad de las élites para mediar negociaciones inter-grupales) se da prioridad en particular brindando presentación proporcional, en especial el sistema de listas cerradas, singularmente atractiva (Coackley 2009).

Esta es la razón por la cual el diseño electoral de todos los arreglos consociacionales que examinamos adopta sistemas de representación proporcional para el efecto de compartir el poder y la protección de minorías, como ya se mencionó.⁶⁷

Lo que sigue en las tres secciones posteriores es una breve descripción de los sistemas electorales elegidos en las sociedades segmentadas en revisión. Este tipo de análisis no sólo quiere demostrar cómo el principio consociacional ha influido en la ingeniería

⁶⁷ Véase sección 2.3 del documento más arriba.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

electoral de los sistemas políticos, también arroja luz a un interesante debate académico sobre los sistemas electorales para sociedades divididas. Curiosamente, los tres de ellos han optado por diferentes variantes de la PR. En primer lugar, Bélgica ha optado por un sistema de lista abierta de PR. De acuerdo con Lijphart, éste es el mecanismo más eficaz para facilitar las negociaciones intergrupales en las democracias consociacionales no sólo porque este sistema asegura la representación equitativa de los grupos —en particular las de las minorías— del parlamento, pero, en específico, porque puede facilitar el control de las élites de los partidos, liberando así la dirección del partido para entrar en acuerdos del poder compartido (Lijphart 1977). En segundo lugar, la elección de la presidencia tripartita de Bosnia y Herzegovina se basa en un sistema de voto alternativo que, según algunos analistas, ofrece importantes incentivos para el compromiso.⁶⁸ En tercer lugar, las elecciones para la asamblea de Irlanda del Norte se llevan a cabo de acuerdo con el sistema de voto único transferible (STV sistema de Single Transferable Vote). El influyente Brendan O’Leary y McGarry John han argumentado que STV no es sólo proporcional en cuanto a su efecto, sino que también promueve la búsqueda de preferencias menores por medio de alentar a buscar menor preferencia mediante la moderación de sus propias posiciones políticas (McGarry y O’Leary 2009).

1. Bélgica

En 1899,⁶⁹ Bélgica se convirtió en el primer país del mundo en introducir PR para las elecciones legislativas nacionales de su cámara baja. En la Constitución federal de 1994 el Estado belga no había cuestionado el uso de la PR como el sistema electoral. De acuerdo con el artículo 62 de la Constitución las elecciones de los 150 miembros de la Cámara de Representantes de Bélgica “se llevan a cabo por el sistema de representación proporcional que determine la ley”. Sin embargo, las fronteras lingüísticas, que corresponden en gran medida a la región, han afectado el sistema electoral. En la actualidad, hay cinco distritos monolingües flamencos, cinco distritos monolingües de Valonia y el distrito bilingüe de Bruselas-Halle-Vilvoorde, que es el único distrito electoral bilingüe de Bélgica. La asignación de escaños en las 10 regiones monolingües se efectúa según el sistema d’Hondt sobre la base de los parámetros básicos establecidos en el artículo 63 de la

⁶⁸ Palley señaló el papel de este sistema es dar una ventaja al más moderado de los dos partidos que compiten dentro del mismo grupo étnico (Palley 1978). Horowitz hizo una observación similar sobre el potencial de los votos alternativos para promover compromiso, especialmente en el contexto de los concursos de una sola vacante (Horowitz 1985).

⁶⁹ Esta sección del documento se basa en el trabajo del doctor Lars Hoffmann.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

Constitución belga. Dado el caso que los partidos no se ejecutan a nivel nacional, el umbral de 5% para un partido de estar representado en el Parlamento no se aplicará en todo el país, pero sí entre las comunidades lingüísticas. En otras palabras, el sistema electoral en Bélgica ha permitido a las dos comunidades étnico-lingüísticas principales presentar adecuadamente un mayor número de partidos a ser elegidos para el Parlamento federal y, por lo tanto, ser más numerosas en proporción. Al mismo tiempo, el hecho de que los partidos en Bélgica no se ejecutan en todo el país significa que es casi imposible para los miembros de una comunidad que residen al otro lado de la frontera lingüística que voten por los representantes que pertenecen a su grupo étnico-lingüístico. En otras palabras, aunque el sistema electoral en Bélgica ha permitido a las dos principales comunidades étnico-lingüísticas⁷⁰ tener una representación adecuada, su efecto integrador al sistema político al contrario es dudoso, en vista de las limitaciones que las fronteras lingüísticas ponen. Esto será aún más evidente en la siguiente sección, donde se analizan los resultados electorales.

2. Bosnia-Herzegovina⁷¹

En las primeras elecciones después de Dayton y hasta las de 2000 el sistema de representación proporcional con listas de partidos cerradas fue adoptado para los órganos legislativos de la FBiH bosnio-croata, la República Srpska, estatal y federal. Cada partido fijó el orden de los candidatos elegidos y los votantes no pudieron expresar su preferencia por un candidato en particular. El sistema trató de garantizar la inclusión y la representación de todos los grupos, sin embargo, facilitó la victoria de los partidos nacionalistas principales.

Desde el año 2000 se han introducido las listas abiertas y circunscripciones plurinominales. Al permitir a los votantes para indicar tanto su partido favorecido como su candidato preferido se trató de establecer con este cambio moderado en el sistema electoral un vínculo de responsabilidad entre los representantes electos y los electores, así como hacia al partido. Listas abiertas, sin embargo, podrían aumentar la responsabi-

⁷⁰ Sobre el derecho a presentarse como candidato en las elecciones Belgas véase: (TEDH 1987). Sobre la misma cuestión, el Tribunal Constitucional de Bosnia y Herzegovina ha explicado que "[e]l sistema Belga no impide de por sí el derecho a presentarse como candidato únicamente por el idioma. Todo ciudadano puede presentarse como candidato, pero tiene que decidir, a través su elección, si tomará juramento en Francés o Flamenco... mientras que la disposición de la Constitución de la Federación de Bosnia y Herzegovina proporciona delegados, caucus y poder de veto para ellos Bosnio y Croata étnicamente definido a priori". Decisión Parcial del Tribunal Constitucional, 1 de julio de 2000, párrafo 120.

⁷¹ Para una cuenta completa de la ingeniería electoral en Bosnia y Herzegovina, véase (Belloni 2004).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

lidad pero no necesariamente favorecer la moderación y los partidos multiétnicos, como veremos más adelante.

Más importante aún, la Ley Electoral Permanente⁷² introdujo un sistema de votación preferencial-alternativo para la elección del mandato tripartita de la presidencia de Bosnia y Herzegovina. Se esperaba que ese cambio a la moda Horowitz moderara la política bosniana. Constructores de paz explicaron lo siguiente:

Quando se toman en consideración más que los votos de primera preferencia los candidatos moderados tienen una mejor oportunidad de ganar las elecciones, ya que tendrán el apoyo de un gran sector del electorado mientras candidatos extremos o radicales tienen menos posibilidades de ganar las elecciones”.⁷³

En la siguiente sección veremos si esta afirmación pasó la prueba en las elecciones reales.

Con independencia de si esta enmienda haya sido exitosa en moderar la política de una sociedad del post-conflicto, es fundamental señalar que no trajo consigo un cambio en la base electoral. En cambio, la ley sostuvo que con el fin de ser elegible para presentarse a las elecciones a la presidencia o la Casa de los Pueblos de Bosnia y Herzegovina, uno tiene que declarar su afiliación a un pueblo constituyente. En una decisión histórica, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que esta disposición constituye una violación del principio de no discriminación según el artículo 14 y el derecho al voto según el artículo 3 del rotocolo número uno de la Convención de los Derechos Humanos (TEDH 2009).

3. Irlanda del Norte⁷⁴

De acuerdo con el artículo 33 de la Ley de Irlanda del Norte de 1998, se eligen 108 miembros de la asamblea de 18 grupos formados por seis comunidades miembros por medio de sufragio universal adulto. Las comunidades utilizadas son las mismas para

⁷² La Ley Electoral de 2001 (publicada en la Gaceta Oficial de Bosnia y Herzegovina no. 23/01 de septiembre 19 de 2001, las enmiendas publicadas en el Diario Oficial (números 7/02 de 10 de abril de 2002, 9/02 de 3 de mayo de 2002, 20/02 de 3 de agosto 2002, 25/02 de 10 de septiembre de 2002, 4/04 de 3 de marzo de 2004, 20/04 de 17 de mayo de 2004, 25/05 de 26 de abril de 2005, 52/05 de 2 de agosto de 2005, 65/05 de 20 de septiembre 2005, 77/05 de 7 de noviembre de 2005, 11/06 de 20 de febrero de 2006, 24/06 de 3 de abril de 2006, 32/07 de 30 de abril de 2007, 33/08, de 22 de abril de 2008 y 37/08 de 7 de mayo de 2008) entraron en vigor el 27 de septiembre de 2001.

⁷³ (AOEBiH 2001)

⁷⁴ Para una cuenta completa de la ingeniería electoral en Irlanda del Norte, véase J Coackley, Las Consecuencias Políticas del Sistema Electoral en Irlanda del Norte, arriba de n 26.

las elecciones del Parlamento de Westminster. El artículo de la ley posterior establece que el sistema electoral que se debe utilizar será el voto único transferible (SVT).⁷⁵ La elección ha sido sorprendente y en gran medida sin oposición dada su larga historia en el norte de la política de Irlanda (Coackley). Especialistas en el conflicto de Irlanda del Norte como Brendan O’Leary y John McGarry han defendido desde hace mucho tiempo su conveniencia para la política de esta sociedad segmentada. Su éxito se analizará en la siguiente sección.

V. LAS IMPLICACIONES POLÍTICAS DE LOS DISEÑOS CONSTITUCIONALES

El propósito de esta sección es arrojar luz sobre la manera en que las tres estructuras constitucionales analizadas anteriormente y sus sistemas electorales respectivos dan forma a la competencia de los partidos. Nos centraremos principalmente en la interacción dentro de las posiciones políticas de los partidos y cómo estas posturas del tema son evaluados por la opinión pública. En la última parte de esta sección entraremos a profundidad también en la impronta de mucha duración del consociacionalismo sobre el mecanismo de la formación de criterio para la toma de decisiones de parte del votante. Debido a la falta de datos individuales para BiH, esta presentación se concentra más en los casos de Irlanda del Norte y Bélgica. Dicho esto, la evidencia agregada será presentada también para el caso de Bosnia, indicando un patrón bastante común al encontrado para los otros dos casos.

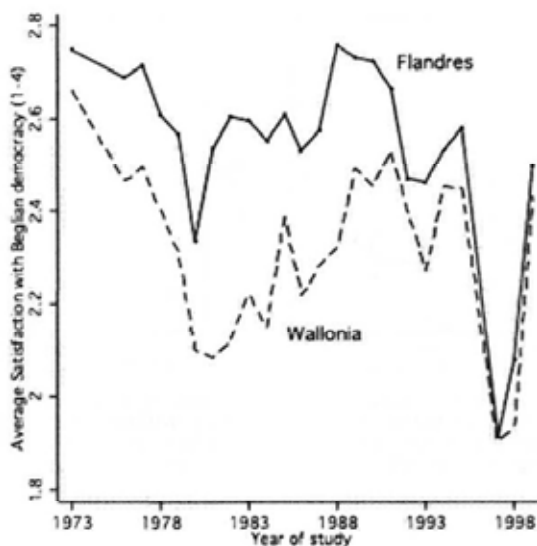
⁷⁵ Artículo 34 (3) de la Ley de Irlanda del Norte de 1998 establece que:

El voto único transferible es un voto

- (a) capaz de ser otorgado con el fin de indicar el orden de preferencia de los votantes por los candidatos electorales como miembros de la comunidad; y
- (b) capaz de ser transferido a la siguiente elección cuando el voto no se necesita para dar una elección previa a la cuota necesaria de votos o cuando una elección previa se elimina de la lista de candidatos debido a una deficiencia en el número de votos para él.

1. Consociacionalismo y la satisfacción con el sistema político

FIGURA 1: NIVEL PROMEDIO DE SATISFACCIÓN CON LA DEMOCRACIA EN BÉLGICA, EN VALONIA Y EN FLANDES ENTRE 1973 Y 1999



Fuente: Eurobarometer Trend File.

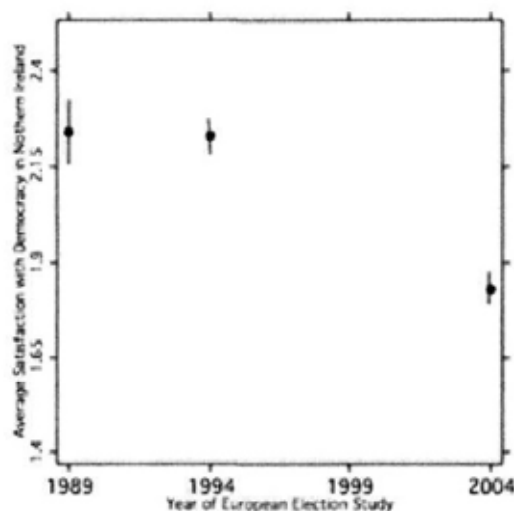
Como una manera de motivar la discusión, en la Figura 1 se muestra el promedio de satisfacción de la gente que cambia conforme funciona la democracia en Bélgica durante un periodo de 25 años, hasta 1999. Esta información individual se produce casi anualmente en Bélgica desde 1973 a partir de las encuestas del Eurobarómetro. Dado que el sistema político de Bélgica fue transformado gradualmente en dos subsistemas definidos de manera étnico-lingüística, respecto a las comunidades flamencas y las de habla francesa que en gran parte conforman el país, este desarrollo paulatino pero evidentemente importante debe ser capturado por las evaluaciones de los ciudadanos en cuanto a su sistema político. Como se muestra en la figura, sin embargo, no se encuentra algún patrón claro que pudiera atribuir convincentemente al proceso de descentralización política que caracteriza la política belga. Este parece ser el caso tanto en Valonia como en Flandes. El único cambio interesante parece ser la convergencia gradual de las dos comunidades en cuanto a sus niveles de satisfacción con su sistema político. De manera importante, esta similitud crecida parece ser el resultado de una disminución gradual del nivel de satisfacción con la democracia en la comunidad de habla holandesa. Por otra parte, el choque dura sólo unos años, aunque podría ser relacionado con la fuerte caída de confianza en el sistema político belga

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

promedio, casi inmediatamente después de la Reforma Constitucional de 1994, ya que en 1998 ambas comunidades regresaron a sus anteriores niveles principales de apoyo.⁷⁶ Curiosamente, durante este periodo y a pesar de diferencias iniciales de nivel, los dos grupos parecen moverse de manera paralela y denotando reacciones similares tanto en términos de dirección y, mayormente, en términos de magnitud en cuanto a los estímulos del contexto generados por su política inmediata sobre el medio ambiente. En general, la figura 1 revela que el proceso gradual de descentralización no ha mejorado las evaluaciones de la gente sobre la manera en que opera el sistema político. De la misma manera, parece que incluso si el cambio constitucional hubiera llegado como resultado de una demanda pública vital, no parece haber ayudado a los miembros de ambas comunidades a reorientar sus creencias sobre la manera en que la democracia parlamentaria belga trabaja.

FIGURA 2: NIVEL PROMEDIO DE SATISFACCIÓN EN FUNCIÓN DEL TRABAJO DE LA DEMOCRACIA EN IRLANDA DEL NORTE EN 1989, 1994 Y 2004



Nota: Los puntos presentan las estimaciones en promedio, las líneas verticales corresponden a los intervalos de confianza de 95% que está asociado a cada estimación de la muestra.

Fuente: European Election Studies.

⁷⁶ Para explorar más el impacto potencial de la reforma de 1994 en la tendencia observada después de este año en la Figura 1, retrocedemos el nivel importante de satisfacción con un no numero (es decir, un indicador binario que sólo toma valores de 0 y 1 para indicar la realización del atributo de interés medido) que caracteriza todos los años a partir de 1994. Su efecto fue efectivamente cero (b-coeficiente: -.075, el 95% intervalos de confianza por su propio esfuerzo (C.I.): [-.012 .024]).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

La figura 2 proporciona evidencia equivalente, aunque menos detallada, para el caso de Irlanda del Norte. Aquí, se utiliza la información de los Estudios Electorales Europeos (EES), que suelen efectuarse justo después de las elecciones para el Parlamento Europeo desde 1989. Nosotros usamos la misma cuestión que, sin embargo, no estaba disponible en los EES de 1999. Es importante destacar que, hasta el año 2009, los EES trataron a Irlanda del Norte como un contexto político diferente más que como una región de la Gran Bretaña. Esto significa que los datos puestos como resultado proporcionan una muestra separada de N mayúscula de Irlanda del Norte, que nos permite inferir cambios al pasar del tiempo con menor grado de incertidumbre. Como se muestra en la Figura 2, la Ley 1998 de Irlanda del Norte no parece haber mejorado el nivel de satisfacción de la gente con el sistema político, más bien, parece haberse deteriorado. Las líneas verticales que pasan por los pequeños puntos de la gráfica indican los intervalos de confianza de 95% en relación con cada estimación.⁷⁷ Los resultados indican que aunque la pequeña diferencia entre 1989 y 1994 podría simplemente haber resultado de un verdadero cero (a partir de una diferencia de población de cero) y la drástica disminución del nivel promedio de satisfacción de 2004 parece indicar un patrón estadísticamente significativo: no hay superposición de las bandas de confianza entre 2004 y 1989 ni 1994. Claramente, la devolución asimétrica presentada durante el primer mandato de Blair no parece haber incrementado la confianza de la gente en el sistema político de Irlanda del Norte.⁷⁸

La evidencia de Bosnia y Herzegovina es muy similar,⁷⁹ 90% de los habitantes de zonas de mayoría bosnia cree que la situación política se deteriorará en un futuro próximo. Los porcentajes en las zonas de mayoría serbio y croata son ligeramente inferiores, pero todavía relativamente sombríos (65% y 70%, respectivamente). Minorías

⁷⁷ Dado que cada estimación proviene de una muestra diferente, la inferencia paramétrica es problemática. En consecuencia, utilizamos medidas de esfuerzo propio de la incertidumbre, por medio de muestreo con reemplazo (100 simulaciones) cada una de las tres muestras originales. Véase (Efron 1985).

⁷⁸ Una crítica más obvia para este resultado podría ser que exista posiblemente una importante heterogeneidad basada en la comunidad de este patrón. La Ley de Irlanda del Norte ha sido evaluada de manera diferente entre católicos y protestantes. Sin embargo, en este caso es importante mencionar que los resultados son válidos para cada uno de los dos grupos en un grado aproximadamente igual. Cuando la muestra de cada año se divide en los dos grupos religiosos los resultados son muy similares, aunque las bandas de confianza son ahora sustancialmente mayores (como era de esperarse, ya que la mitad de los encuestados se utiliza en cada análisis). Esta brecha mencionada entre los años 2004 y 1994 se mantiene estadísticamente distinguible del cero

⁷⁹ Debido a la falta de información a nivel individual, se recurre a un resumen de los resultados del Sistema de Alerta Temprana, un proyecto de la onu para el desarrollo global que monitorea de la opinión pública en áreas clave de la política, la seguridad social y las relaciones étnicas en el país durante los últimos diez 10 años. Todos los resultados se encuentran en sus informes anuales, accesible en la red mundial: <http://www.undp.ba/index.aspx?PID=3&RID=54>.

que viven en cada una de estas tres comunidades son igualmente pesimistas. Por otra parte, parece haber disminuido gradualmente en los últimos años (EWS) el Índice Compuesto de Estabilidad Política (*Composite Political Stability Index*), que constituye una escala que abarca inclusive muchas medidas sobre la forma en que el sistema político y la competencia entre partidos funcionan en Bosnia y Herzegovina. Para el año 2009, 83% del ejemplo bosnio ha demostrado altos niveles de insatisfacción con los partidos gobernantes, y 90% consideró que no merecían permanecer en el poder.⁸⁰ A pesar de ser definitivamente menos crítica acerca de sus propios partidos, tanto la opinión pública de los croatas como la de los serbios continuaron siendo ampliamente negativas en sus evaluaciones del resultado de sus partidos gobernantes. Más importante aún fue que la mayoría de la muestra no eligió a alguno de los partidos existentes cuando fue cuestionada acerca de su voto y estos intentos han sido notablemente infructuosos en la próxima elección. Obviamente, todavía hay pasos importantes por delante, con el fin de mejorar los niveles actuales de representación política dentro de todas las comunidades étnicas. El problema más relevante, sin embargo, parece ser que estos intentos han sido infructuosos notablemente, a pesar de los esfuerzos de la Unión Europea para fortalecer al gobierno central de Bosnia y Herzegovina. Así lo expresó Johan Galtung en lo siguiente:

Las elecciones de Bosnia y Herzegovina muestran un no-estado grandemente dividido: Serbia quiere salir, la Federación Serbio-Croata impuesta por Estados Unidos de América esa dividida por los electores que votan en gran parte de su propia etnia. Y de eso se trata realmente: quieren ser gobernados por su propia etnia mientras las fuerzas externas les niegan hasta el derecho a la libre determinación en un referéndum” (SPT).

Sin lugar a dudas, las perspectivas no son muy positivas y este diseño complejo y único empleado una vez bajo el modelo de consenso para la democracia no parece ser una solución sostenible para los tres grupos étnicos que viven en Bosnia y Herzegovina.

2. Polarización de partidos y el éxito electoral

Con esta evidencia esencialmente ilustrativa que sirve como punto de partida, pasamos ahora a una exploración más sistemática de las implicaciones políticas de los diseños

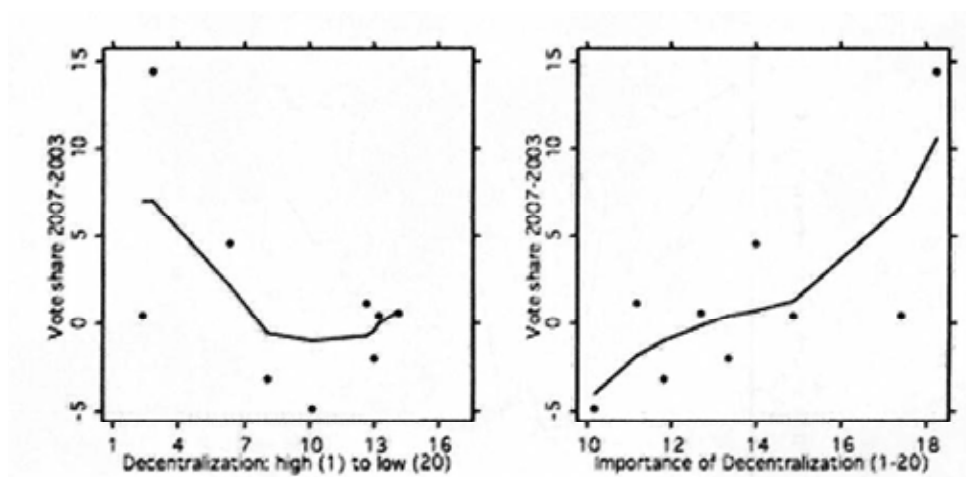
⁸⁰ *Ibidem*, 21.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

constitucionales impulsados por el consociacionalismo. Por el hecho de carecer de datos individuales para Bosnia y Herzegovina, el análisis empírico a partir de ahora se centrará únicamente en Irlanda del Norte y Bélgica. La principal cuestión que se plantea será si las diferentes soluciones adoptadas en Bélgica y en Irlanda del Norte hayan obtenido algún efecto positivo en la reducción gradual del peso de las divisiones étnico-lingüísticas o religiosas de tiempo atrás, que han formado la competencia política en cada una de estas áreas.⁸¹

FIGURA 3: LA RELACIÓN ENTRE LAS POSTURAS DE LOS PARTIDOS REFERENTES AL TEMA DE LA DESCENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y SU ÉXITO ELECTORAL EN BÉLGICA, AMBOS, VALONIA Y FLANDES



Nota: La curva sólida presenta una regresión localmente ponderada (ancho de banda: 0.75) encajada en el diagrama de dispersión de cambio en la proporción de votos obtenidos en Bélgica desde 2003 hasta 2007.

Para arrojar luz sobre esta cuestión, se necesitan primero los datos acerca de las posturas políticas de los partidos en el tema. Por esta razón, se utiliza información de sondeos de expertos realizados por Benoit y Laver acerca del proyecto “Los partidos políticos en las democracias modernas” (Party Policy in Modern Democracies) (Benoit

⁸¹ Inevitablemente, sería poco realista pedir tales signos en el caso de Bosnia y Herzegovina, donde la guerra terminó hace sólo 15 años.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

y Laver 2006).⁸² En esta encuesta de 2004, los expertos han sido convocados a poner los partidos de Bélgica en un rango de dimensión que va de 1 a 20, donde 1 significa “alta descentralización de administración pública y toma de decisiones”, y 20 representa “baja descentralización en toma de decisiones”. Por lo tanto, tenemos información acerca de posturas reales de los partidos sobre esta cuestión. La Figura 3 muestra la relación entre las posturas en cuanto a este asunto y su éxito electoral. En otras palabras, el primer grupo (a la izquierda) de la Figura 3, se pregunta si aún vale la pena avanzar con el tema de descentralización (suponiendo que eso es un paso adelante hacia un estado confederal) en un país donde el consociacionalismo ya había creado un escenario político más segmentado. La respuesta es que, si no por otra cosa, los incentivos para jugar la carta étnico-lingüística no han dejado de existir. Lo que vemos es el cambio en el porcentaje de votos de cada partido de 2003 a 2007. Estas cifras constituyen un complot contra el nivel de descentralización promovida por cada partido destacado que pasa en cada elección.

Aunque Flandes y Valonia trabajan como dos sistemas de partidos distintos, se han incluido todos los partidos principales de las dos regiones, porque las diferencias en los patrones observados entre ellos sólo son infinitesimales. Para estar seguro, incluso cuando se combinan las dos comunidades, todavía estamos frente a un problema de *N* minúscula por tener solamente nueve observaciones disponibles. Esto significa que el análisis de parámetro de regresión improvisado basado en las suposiciones distribucionales que difícilmente se dejan hacer con tan pocas observaciones deja de dar resultados imparciales. Por lo tanto, se optó por una alternativa más indirecta pero probablemente más informativa. Una curva de regresión local (*loess – Local Regression Curve*) se coloca en el diagrama de dispersión, proporcionando una visualización de la relación entre la posición de un partido en cuanto a su postura acerca del tema de descentralización y su éxito electoral. Al igual que con todos los métodos de regresión no paramétrica, la idea básica detrás de la curva *loess* es trazar las características sobresalientes de la respuesta principal por hacer sólo suposiciones mínimas acerca de su distribución.⁸³ Por eso, una curva *loess* con un patrón monótono decreciente puede considerarse un buen

⁸² Durante las últimas décadas se ha desarrollado literatura voluminosa acerca de la medición de la política de partidos y postura ideológica. Dentro de este marco, los estudios de expertos, por ejemplo, cuestionarios auto-administrados bien estructurados, fueron efectuados por expertos de forma aleatoria (científicos políticos cuya investigación se centra en un país determinado) sobre una variedad de preguntas acerca de las posturas sobre asuntos de partidos, y han sido considerados como la forma más segura para levantar un mapa de la colocación de los partidos en el espacio de la política multidimensional. Véase por indicación (Laver 2001).

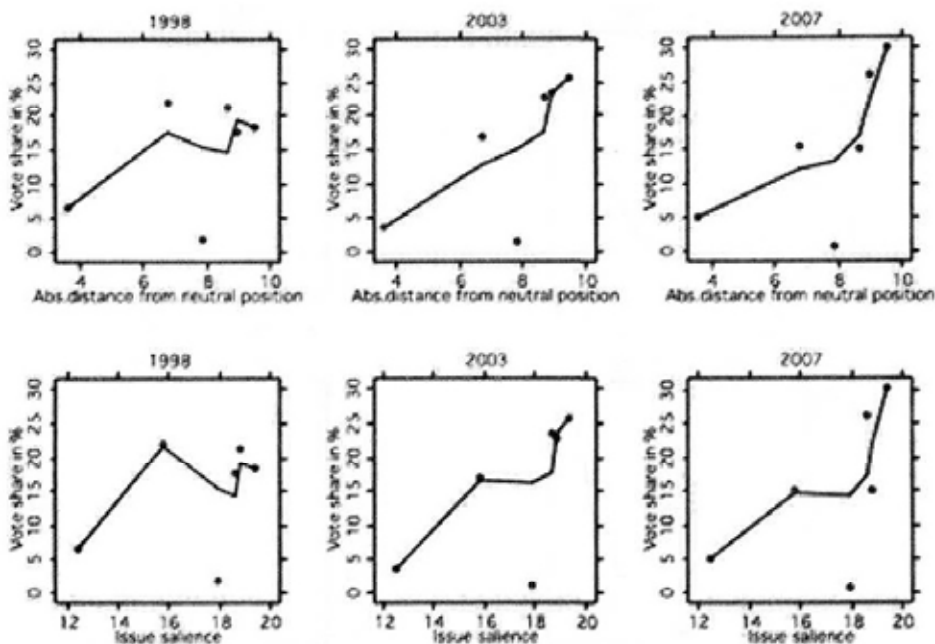
⁸³ Véase indicativamente (Jacoby 2004).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

indicador para que la elección en este asunto todavía conlleve importantes beneficios electorales. Esto es exactamente lo que la Figura 3 demuestra. Además, se le pidió a los expertos localizar a los partidos en la misma escala, pero en términos de la importancia otorgada a cada dimensión del tema, una vez más del 1 (relevancia baja) al 20 (relevancia alta). Aquí el patrón es invertido, lo que se esperaría si el contexto político favoreciera opiniones polarizadas en el reparto de competencias entre las diferentes comunidades étnico-lingüísticas. Los partidos aún tienen incentivos definitivos para dar prioridad a este tema y, además, les conviene aún más la toma de postura extrema a favor de la descentralización.

FIGURA 4: LA POLARIZACIÓN DE POSICIONES DE LOS PARTIDOS EN LA CUESTIÓN DE LA PRESENCIA DE GRAN BRITANIA EN IRLANDA DEL NORTE Y EL ÉXITO ELECTORAL DE 1998, 2003 Y 2007



Nota: La línea sólida presenta la curva de regresión localmente ponderada encajada en el diagrama de dispersión con distancia absoluta de la situación actual (panel arriba)/relevancia del asunto (panel inferior) y la proporción de voto de los partidos en cada una de las tres elecciones.

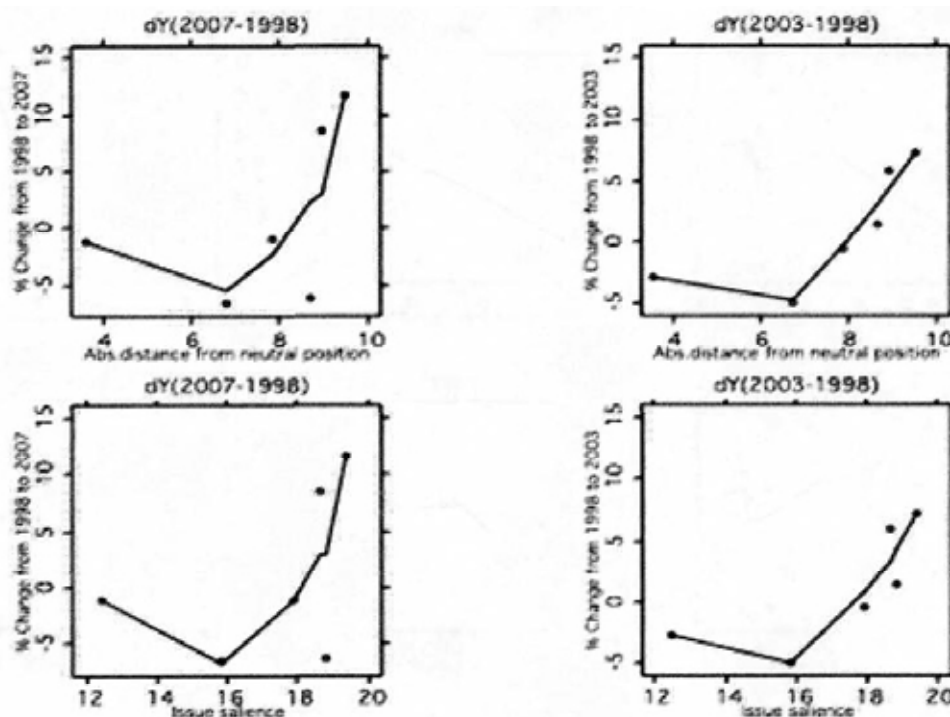
El caso de Irlanda del Norte es aún más sencillo. La encuesta de expertos incluyó una escala que fue diseñada sólo para esta región: donde 1 significa que "(el partido) se opone a la presencia permanente en Irlanda del Norte" y 20 significa que "(el partido)

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

defiende la presencia permanente en Irlanda del Norte” La Figura 4 muestra los resultados. Una vez más, una curva *loess* se instala en un diagrama de dispersión, pero esta vez el porcentaje de votos reales de cada partido es representado por el cambio de una elección a otra. Es más, para mostrar cómo la polarización sigue siendo el principal motor para conducir la contienda entre partidos, los posicionamos en cuanto a su distancia a la posición neutral mediana en lugar de colocar los partidos en el eje horizontal en función de su posición real. Según los tres gráficos de 1998 a 2007, se ve que aquellas posiciones extremas a dos lados de los polos de la dimensión siguen siendo importantes predicadores del éxito electoral. Más interesante aún, esto es muy cierto en 2007, pero no tanto como lo fue en 1998. El panel inferior de la Figura 4 muestra los resultados equivalentes, utilizando del 1 al 20 en la escala de medición de la importancia que se dio al tema por cada partido.

FIGURA 5: CAMBIO EN LA PROPORCIÓN DE VOTOS DE LOS PARTIDOS DESDE 1998 HASTA 2003 Y 2007, EN CONTRASTE CON SUS POSTURAS RESPECTO AL TEMA DE LA PRESENCIA BRITÁNICA EN IRLANDA DEL NORTE



Nota: Los gráficos son similares a las figuras anteriores, la única diferencia es que en vez de la proporción de votos reales de cada partido su cambio de 1998 a 2003 y 2007 se utiliza para la trama.

Una crítica potencial sobre este resultado podría ser que las posturas de los partidos sobre este tema son por ahora bastante irrelevantes para su éxito electoral, pero la relación parece durar porque las posturas de los partidos y su participación electoral avanzan lentamente a través del tiempo. Por lo tanto, a pesar de que los grandes partidos en Irlanda del Norte tengan posturas muy evidentes y opuestas sobre este tema, la Figura 4 podría proporcionar un modelo engañoso en cuanto a si este tema específico sigue siendo igual de sobresaliente, o si esta asociación es impulsada por dependencia a la trayectoria. Para hacer frente a este argumento, en la Figura 5 se muestra el cambio en la proporción de votos de partidos compartidos desde 1998 hasta 2007 y de 2003 a 2007. Aunque aquí tenemos la importante excepción de la Alianza, un partido relativamente moderado que ha demostrado ser muy estable en su desempeño electoral durante todos estos años, por lo demás, el patrón es similar: los partidos que abrazan las posiciones extremas sobre este tema o (como se muestra en el panel inferior de la figura) los partidos que son peso importante en la cuestión de la participación de Gran Bretaña en Irlanda del Norte, el problema preciso que la Ley de Irlanda del Norte pretendía resolver, es probable que aumenten su cuota de voto de 1998. Sin lugar a dudas, el consociacionalismo es probablemente la solución más eficaz para detener los conflictos intraestatales entre las diferentes comunidades religiosas o étnico-lingüísticas. Sin embargo, no parece funcionar bien en forma gradual el avance de la integración de estas comunidades, ayudando a la evaporación progresiva de las divisiones tradicionales que llevaron a esta solución en primer lugar.

3. Opinión pública de la polarización en Irlanda del Norte

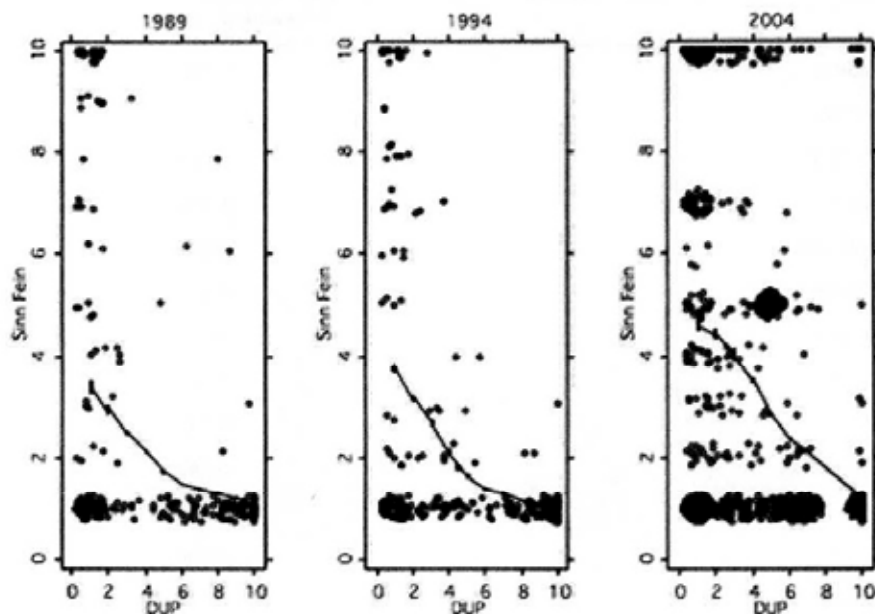
Ahora pasamos a una inspección más detallada de las implicaciones de actitud en estos diseños para la opinión pública. Esta vez empezamos con Irlanda del Norte y examinamos el mismo argumento, pero desde un ángulo distinto. La Ley de 1998 ha acercado a los votantes más a los dos principales partidos de oposición o ¿será que seguimos observando el perfil típico de los “vasos comunicantes”, donde estar cerca de Sinn Fein automáticamente significa estar lejos de la Democratic Union Party (DUP)? La Figura 6 muestra que lo último es más probable que lo primero. Una vez más, es probablemente más el caso de lo que era algunos años atrás. Los datos provienen de la EES de 1989, 1994 y 2004. El eje horizontal coloca a la gente en función de sus sentimientos sobre DUP, mientras que el eje vertical posiciona a los encuestados con respecto a su simpatía hacia el Sinn Fein. Como una medida de evaluación de los partidos utilizamos un elemento de encuesta que ha sido expresamente diseñado para la medición de las preferencias partidarias (Tillie 1995). La pregunta se asemeja a una hipotética (probabilidad) pregunta

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

como la siguiente: “En una escala donde cero significa ‘no es probable en absoluto’ y 10 significa ‘muy probable’, ¿qué tan probable sería que usted algún día votara en favor del Partido X?”, Es típico que X capture a todos los partidos importantes en un determinado contexto político. Investigaciones previas han identificado varios aspectos de esta cuestión, por lo que se convierten en el indicador más adecuado de las preferencias de los partidos, al menos en un entorno europeo (Eijk y M Marsh 2008). Como indicación es necesario mencionar que el uso de “algún día” rompe el vínculo en las respuestas de los encuestados con el contexto político dentro del cual se formula la pregunta. Para decirlo de otra manera, aunque las personas son entrevistadas después de las elecciones para el Parlamento Europeo, esta pregunta no captura opción electoral actual, sino que, probablemente, mapea las preferencias de la gente en general.⁸⁴

FIGURA 6: PROBABILIDAD PARA VOTAR “ALGUNA VEZ” SIN FEIN TRAMADO EN CONTRA DE LA PREFERENCIA DE LOS ENCUESTADOS DEL DUP EN 1989, 1994, 2004



Nota: La curva de regresión localmente ponderada se instala en el diagrama de dispersión que muestra la correlación negativa entre las preferencias de la gente para el Sinn Fein y su actitud hacia DUP.

⁸⁴ Por otra parte, el hecho de que la gente no piense en términos de probabilidad significa que ellos no ponen un puntaje a cada partido para que la suma total sea uno. Esto es importante, porque se ha demostrado que las preferencias son no ipso, contrarios a lo que se asumido por los indicadores de decisión de voto binario. Véase Eijk, Brug, M Kroh y Franklin 2006).

La curva *loess* que atraviesa el cuadro de dispersión es definitivamente monótona e indica un patrón que no sorprende mucho: entre más gente prefiere a Sinn Fein, menos probabilidad hay de que se dé un alto valor a DUP y viceversa. Sin embargo, es curioso que esta relación negativa parece ser más fuerte en 2004 que en 1989 o en 1994. La pendiente de la curva de regresión local es más empinada después de la Reforma Constitucional de 1998 que antes.⁸⁵ Se puede probablemente llegar con seguridad a la conclusión de que la Ley de 1998 de Irlanda del Norte no parece haber mediado el contexto polarizado en el que se desarrolla la competencia entre partidos en esta región.⁸⁶

4. Perdidos en traducción: La dimensión ideológica en una sociedad étnico-lingüísticamente dividida

Como último paso antes de concluir, se va a poner a prueba una implicación del consociacionalismo que ha durado por mucho tiempo en la formación y la evolución del sistema político y la competencia entre partidos. La gente tiende a utilizar la dimensión izquierda-derecha como un atajo útil que le permita comunicar sus actitudes y sus decisiones en la votación, para hacer frente a las particularidades y complejidades del mundo político. En casi todos los países europeos, estos términos tienen una connotación significativa que crea la base sobre la cual los partidos tratan de diferenciarse con el fin de obtener votos. Es importante aclarar que éste no es un argumento normativo. Sin embargo, evidencia previa ha sugerido claramente que un buen indicador del nivel de maduración en un sistema político determinado es el grado hasta el cual los asuntos primordiales y más destacados pueden ser efectivamente incorporados dentro de una sola dimensión incluyente y más bien genérica de problemas múltiples. Casi invariablemente es la escala ideológica clásica la que sirve en este papel (Thorisdottir, Jost, Liviatan y Schrouf 2007). Por otra parte, tener una analogía espacial de resumen que ayude a introducir varias divisiones sociales y culturales facilita el discurso partidista y crea incentivos para la participación electoral.⁸⁷ Es importante destacar que, precisamente, como consecuencia de

⁸⁵ Que en este caso también se confirma por una estimación paramétrica de la correlación en las preferencias entre Sinn Fein y dup. La cuesta ordinaria de menos cuadrados de los paneles del 1989 y el 1994 la figura 6 es de -324 y -331, respectivamente. La cifra equivalente para 2004 es de -481

⁸⁶ Dado que las personas en Bélgica sólo pueden optar entre los partidos de su propia comunidad étnico-lingüística, se les preguntó a los encuestados de ese país solamente con relación a los partidos de su región. Por eso, el análisis no puede ser replicado con uso simultáneo para partidos de habla francesa o flamenca.

⁸⁷ Verba, S. NH Nie y J Kim. 1987. Participación y Igualdad Política: Comparación de Siete Países. Chicago, Chicago: University Press.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

acomodar varios asuntos, que de forma contraria resultarían ser bipolares, la escala de izquierda-derecha hace posible la visualización de las diferencias entre los partidos y permite una distribución más normal de los puntos ideales de éstos. Esto significa simplemente menos polarización y mayores niveles de estabilidad política.

Veamos ahora si el consociacionalismo facilita el surgimiento de una dimensión de inclusión naciente en las sociedades divididas. Por razones de disponibilidad de datos sólo se puede poner a prueba el caso de Bélgica. La razón de esto es que usamos el EES de 2009, porque es el estudio comparativo más reciente disponible que no ofrece una muestra separada para Irlanda del Norte. Dicho esto, éste es el caso que haría más difícil de encontrar una diferencia en un marco comparativo. Ambos, Irlanda del Norte y, en un grado aún mayor, Bosnia y Herzegovina tienen recuerdos aún recientes de los conflictos y la violencia. Es mucho más difícil esperar cambios significativos como resultado del diseño constitucional entre estos países. En Bélgica, sin embargo, la descentralización ha tenido lugar de manera gradual y no conflictiva. Además, Bélgica es el caso donde más tiempo ha transcurrido desde que estos diseños institucionales se presentaron por primera vez, por lo que es más probable esperar que los dos sistemas políticos regionales han llegado al punto de parecerse a sus homólogos europeos. Por otra parte, el hecho de que el voto sólo puede variar dentro de cada segmento étnico-lingüístico implica que haya más incentivos para crear diferenciaciones entre partidos en lugar de en términos ideológicos nacionalistas.

Para examinar cómo la escala típica “izquierda-derecha” ayuda a localizar las políticas en dos regiones, haremos lo siguiente. Primero, usaremos la medida de un partido específico, para encontrar en qué grado la gente está de acuerdo con la ubicación ideológica de dicho partido. Cuando esta escala es relevante en el contexto político, las personas pueden diferir de la ubicación ideológica exacta donde se ha ubicado un partido determinado, pero tenderán a coincidir más con sus percepciones que si esta escala no ayudase a distinguir partes en términos políticos. Imagine, por ejemplo, una escala de cero (izquierda) a 10 (derecha) en la que la gente tiene que encontrar al Partido Cristiano-Demócrata Alemán (CDA) o el Partido Social-Demócrata Danés. No todo el mundo se va a localizar en la misma posición. En realidad, es probable ver que la gente va a localizar un determinado partido en el polo completamente opuesto de la dimensión. Sin embargo, estos casos son probablemente sólo una parte insignificante de la muestra. Si éste es el caso, entonces se podría argumentar que la gente tiende a estar de acuerdo en la forma en que percibe a un determinado partido.

Para medir el nivel de coincidencia comprendida de las ideologías partidistas, usamos una fórmula que da espacio a lo que es conocido como el Coeficiente de Acuerdo de Van der Eijk's (A), una medida con rango de -1 (que significa completamente en desacuerdo) a 1 (completamente de acuerdo) (Van der Eijk 2001). Si todos ubican al

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

SPD en el punto 5 (o cualquier otro punto) este coeficiente es igual a 1. Si la mitad de la gente media ubica a SPD en 0 y la otra mitad de ellos en 10, el término medio será el mismo, pero A será ahora -1. Por último, pero no menos importante, si una porción igual de la muestra sitúa al partido en cada uno de los puntos de la escala, A se convierte en 0. Evidentemente, en este último caso, LR (Izquierda-Derecha) no es un buen pronosticador de las posturas del partido, ya que hay una completa falta de comprensión acerca de dónde se encuentra el partido. Ahora bien, si este patrón se observa en la mayoría de los partidos del sistema político, izquierda-derecha deja de ser una buena área de dimensión posicionando la política en este contexto.

El problema es que A es una medida que se refiere a cada escala del partido. En la mayoría de los sistemas de partido existe más de uno. Lo que necesitamos aquí es una medida que abarque acuerdos. Para tomar tal, calculamos los coeficientes específicos para partidos y después tomamos el promedio ponderado para salir con una sola A para cada país. Los partidos se valoran de acuerdo con su proporción de votos en las últimas elecciones nacionales. De esta manera, en lugar de asumir que todos los partidos son igualmente influyentes, aceptamos que los partidos que obtengan más votos tienen más probabilidad para influir en los asuntos políticos regionales (en Bélgica) o nacionales (en la mayoría de los países).

TABLA 1: COEFICIENTE DEL PROMEDIO DE LA PERCEPCION SOBRE LA CONFORMIDAD REFERENTE A POSTURAS IDEODEOLOGICAS DE LOS PARTIDOS, EES 2009

Coeficiente de Conformidad LR	
Flandes	0.297
Valonia	0.445
(Bruselas)	0.468
Francia	0.633
Países Bajos	0.501
Alemania	0.543
Dinamarca	0.536
Grecia	0.507
España	0.547
Suecia	0.592
Italia	0.62
Austria	0.499
Portugal	0.581
País Vasco	0.315
Cataluña	0.464

Nota: Las cifras son de promedio ponderado (de acuerdo con el porcentaje de votos de cada partido en las últimas elecciones nacionales).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

La Tabla 1 muestra los resultados de Flandes, Valonia y la región de Bruselas. Para poder evaluar estas cifras hemos calculado el mismo coeficiente para varios países europeos. Al parecer, el nivel de acuerdo acerca de la ubicación de los partidos en su dimensión izquierda-derecha es casi la mitad en Flandes que en un país europeo promedio. Las cifras de Valonia y de Bruselas son ligeramente superiores, pero de nuevo las más bajas entre todos los demás países. El patrón es bastante inequívoco. De hecho, como se puede observar en las dos últimas filas de la tabla, el nivel de acuerdo entre los de habla holandesa y los de habla francesa debe ser comparado con aquel que se encuentra en las dos regiones de España, con actores regionales destacados, a saber, Cataluña y el País Vasco. Claramente, el sistema de partidos en la región de habla holandesa, así como en la región de habla francesa de Bélgica, no ha logrado aún superar la división étnico-lingüística con el fin de normalizar su sistema político, así desplazando a los típicos debates económicos y sociales que pueden ser fácilmente capturados dentro de la dimensión izquierda-derecha.⁸⁸

TABLA 2: UNA COMPARACIÓN DE LA IMPORTANCIA DE LA PROXIMIDAD IDEOLÓGICA EN DIFERENTES CONTEXTOS POLÍTICOS EUROPEOS

	LR-proximidad	UE-proximidad	Dirección LR-	Dirección UE
Flandes N: 437 (3933)	-.039 (-.044 -.034)	-.022 (-.026 -.016)	.086 (.073 .099)	.053 (.041 .065)
Valonia	-.043 (-.051 -.036)	-.018 (-.026 -.011)	.090 (.071 .110)	.028 (.010 .045)
(Bruselas) N: 198 (1821)	-.046 (-.059 -.033)	-.046 (-.061 -.032)	.130 (.094 .165)	.077 (.039 .114)
Francia N: 1007 (7620)	-.059 (-.063 -.056)	-.009 (-.013 -.006)	.144 (.135 .153)	.017 (.010 .024)
Países Bajos N=1003 (9047)	-.058 (-.061 -.055)	-.026 (-.030 -.023)	.151 (.142 .156)	.062 (.053 .071)
Alemana n=862 (4691)	-.068 (-.073 -.062)	-.020 (-.026 -.015)	.159 (.145 .172)	.044 (.032 .055)

⁸⁸ Dado que estas cifras provienen de diferentes muestras, nos hemos comprometido una vez más con el propio esfuerzo con el fin de obtener niveles de incertidumbre asociados con cada una de estas estimaciones. Hemos utilizado 100 muestras de propio esfuerzo y con esto hemos construido una distribución de A por cada país. A pesar de no presentar los intervalos de confianza aquí, en ninguno de estos casos estas diferencias son incluso más cerca de provenir de una cero verdadera.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

	LR-proximidad	UE-proximidad	Dirección LR-	Dirección UE
Dinamarca N=911 (3979)	-.060 (-.064 -.057)	-.025 (-.029 -.021)	.173 (.164 .182)	.064 (.055 .074)
Grecia n=822 (5119)	-.064 (-.073 -.055)	.0001 (-.008 .009)	.174 (.152 .195)	.022 (.003 .042)
España	-.057 (-.062 -.052)	-.019 (-.025 -.013)	.158 (.146 .171)	.052 (.039 .066)
Suecia N=1003 (7002)	-.062 (-.065 -.059)	-.021 (-.024 -.018)	.170 (.163 .178)	.054 (.046 .062)
Italia N=791 (5341)	-.054 (-.058 -.050)	-.013 (-.017 -.009)	.143 (.134 .152)	.034 (.026 .043)
Austria N=802 (3447)	-.057 (-.061 -.053)	-.015 (-.018 -.011)	.140 (.129 .151)	.029 (.021 .037)
Portugal N=891 (6336)	-.059 (-.064 -.053)	-.013 (-.018 -.008)	.145 (.131 .158)	.018 (.008 .029)
País Vasco N=211 (1221)	-.009 (-.012 -.005)	-.012 (-.015 -.008)	.025 (.014 .035)	.024 (.015 .034)
Cataluña N=356 (1562)	-.022 (-.029 -.015)	-.015 (-.021 -.009)	.056 (.038 .074)	.041 (.025 .058)

Nota: Las cifras son coeficientes de regresión con efectos para el individuo con intervalos de confianza *bootstrap* entre paréntesis (muestras *bootstrap* se han tomado de manera independiente dentro de cada país). La variable dependiente es PTV, dentro de la matriz de datos apilados. La unificación de UE se utiliza para facilitar la evaluación de las diferencias entre países en la dimensión de LR. N denota las unidades de Segundo nivel (individuos) anidadas dentro de las unidades de Primer nivel entre paréntesis (combinaciones de partidos individuales*). Intercepciones de Niveles individuales están incluidos en todos los modelos.

Pero ¿cómo se manifiesta esta diferencia a sí misma en el acuerdo acerca de la ubicación de los partidos en términos LR cuando se trata del comportamiento de los votantes? La Tabla 2 muestra una implicación importante de este modelo. Cada fila representa dos cálculos de regresión diferentes. La primera proviene de la inclusión de los dos primeros factores predictivos que se muestran en las columnas 1 y 2 de la tabla. La segunda proviene de la inclusión de los últimos dos pronósticos, como mostrados en las columnas 3 y 4 de la tabla. Si la ideología es una limitante importante que da forma a las preferencias, la proximidad ideológica (la dimensión hasta la cual el encuestado coloca sus puntos de vista cerca al punto en el que pone el partido dentro de la misma escala de 0 a 10) debe ayudar a predecir la decisión del votante. Para ver si este es el caso, utilizamos como variable dependiente la probabilidad de votar (PTVS) preguntas que se han descrito anteriormente. Para evitar la conexión de coeficientes con partidos en

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

particular, tenemos que haber apilado el conjunto de datos originales para que la unidad de análisis se convierta en la combinación de la persona con el partido. Cada persona tiene tantas observaciones como el número de preguntas PTV contestadas válidamente.⁸⁹ La variable que resulta tiene un rango de cero a 10 y se refiere a una preferencia genérica del partido o a lo que hace un partido atractivo, sin sufrir los problemas de la marca del partido, la historia o el tamaño. El pronosticador de interés principal es la medida de la proximidad ideológica, una medida que cuenta la distancia cuadrática (análoga a la del valor absoluto, que es $(3-5)^2=(5-3)^2=4$, con la única diferencia que los valores extremos están sobrerrepresentados) entre el entrevistado y el partido y va de cero (congruencia absoluta) a 100 (divergencia absoluta, el individuo está en el punto cero y el partido se encuentra en el punto 10 de la escala, o viceversa). Evidentemente, esperamos que este coeficiente sea negativo, ya que en cuanto más cerca se encuentra el encuestado al partido tanto más probable será que le guste este partido. La hipótesis planteada aquí es que LR debe ser un pronosticador más débil de la preferencia de partido que en el resto de Europa. Tomando en cuenta que en Bélgica la gente no tiene una buena comprensión de la ubicación de los partidos en esta escala, para evaluar mejor las diferencias, agregamos también una medida para la proximidad equivalente, pero esta vez midiendo la similitud de la gente en sus preferencias acerca del proceso de la unificación con los partidos en Europa (cero: ha ido demasiado lejos/ 10: hay que ir más lejos). Como se ve claramente en las dos primeras columnas de la tabla, la diferencia entre los dos coeficientes (uno midiendo el efecto de la LR-proximidad y el otro el de la proximidad a la UE) es mucho menor para Flandes (inexistente para Bruselas) que para los demás países europeos. En promedio, el coeficiente de LR es de aproximadamente el triple de su contraparte en relación con la UE. En Flandes, que es menos del doble. Esto no se debe a que el indicador de proximidad a la UE es muy alto. Se debe principalmente a que el coeficiente LR es excepcionalmente bajo. Por otra parte, el hecho de que la proximidad a la UE puede parecer un poco mayor en las zonas de Bélgica se debe principalmente a que la LR no puede absorber este efecto (que es, que no puede reflejar esas diferencias en la escala ideológica que abarca) con tanta eficacia como en la mayoría de otros países. Una vez más, los únicos ejemplos reflejando este patrón son Cataluña y el País Vasco, donde el regionalismo es transversal a las divisiones tradicionales existentes.

Las dos últimas columnas de la tabla presentan evidencia similar, pero en lugar de utilizar la proximidad LR emplean una medida alternativa de la similitud entre los partidos

⁸⁹ Para una descripción detallada véase (Van der Burg 2001).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

y los votantes que se conoce generalmente como la medida de dirección.⁹⁰ La elección de esta codificación alternativa de las preferencias se basa en resultados anteriores que han abogado que los contextos más polarizados son más propensos a fomentar alguna reflexión sobre la dirección de los partidos (Pardos-Prado y Dinas 2010). Si esto es lo que impulsa los resultados aquí, entonces la diferencia entre las tres áreas belga y todos los demás casos se debe desaparecer cuando se utilizan los indicadores de dirección. Sin embargo, como podemos ver en las dos últimas columnas de la Tabla 2, esta diferencia, de hecho, es más grave. Mientras que en Flandes la diferencia en la magnitud entre las dos escalas es de aproximadamente 20%, en todos los demás países el resultado de la medición LR es en promedio alrededor de cuatro veces superior al de la equivalente sobre la unificación de la UE. Por lo tanto, como vemos, la búsqueda de principios consociacionales tienen su propio precio: el contexto político resultante tiene grandes dificultades para absorber las divisiones tradicionales que han creado estos mecanismos institucionales. En otras palabras, por proteger de estos principios el consociacionalismo los mantiene pertinentes y dificulta a un contexto político determinado la formación de un fundamento más uniforme y menos polarizado de la competencia entre partidos (Reilly 2002).

VI. CONCLUSIÓN

Uno de las metas principales de esta ponencia ha sido describir el modelo principal de democracia que utilizan las sociedades divididas en Europa y cómo influye en la elección del sistema electoral. Como hemos visto en las partes 2 y 3, a raíz de la contienda de Lijphart, las tres estructuras consociacionales-constitucionales analizadas antes de haber optado por las variantes PR. Sin embargo, mirando los resultados electorales de esos sistemas políticos más de cerca, el efecto integrador de la elección del sistema político y electoral es altamente cuestionable. De hecho, Benjamín Reilly ha argumentado que PR permite.

⁹⁰ El modelo de dirección de la competencia de los partidos no ve la escala como un indicador de distancia, sino como un indicador de dirección y fuerza en la preferencia. Según esta teoría, las personas que son indiferentes van en el centro de la escala. Si les interesa el tema, eligen el lado (la dirección cambiándose del *status quo*) que ellos prefieren y denotan su fuerza de preferencia acorde a su ubicación si están cerca o no a la extrema. Esta idea se refleja en términos empíricos por el producto entre el término del partido y el término del votante. Imaginar que la escala, tanto para el partido como para que el votante, esté en el centro, el punto medio, 5, se convierte en 0, por lo que 0 es ahora -5 y 10 se convierte en 5. La señal de este resultado señala convergencia en las direcciones, que es, que en caso positivo, esto significa que tanto el votante como el partido abogan por dos cambio de política hacia la misma dirección, si es negativo significa que abogan por oponerse a los cambios de política. La magnitud de este producto indica el nivel de compromiso de parte del partido, del votante, o de ambos. Este es el indicador utilizado para medir la tendencia Derecha-Izquierda y UE en las columnas 3 y 4, respectivamente.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

El desarrollo de la línea dura de partidos políticos nacionalistas, que pueden alcanzar el éxito electoral, haciendo un llamamiento estrecho, sectaria a sus bases étnico-políticas centrales... el camino más seguro hacia la victoria electoral bajo PR es jugar la carta étnica, con consecuencias desastrosas para el proceso a largo plazo de la democratización.

Exactamente estos límites a los efectos integracionistas del consociacionalismo que han llevado incluso a Elazar para argumentar que “los regímenes consociacionales conservan su carácter consociacional para dos generaciones, no más” (Eleazar).

Sin embargo, se debe tener cuidado de no exagerar la importancia de la arquitectura constitucional y el sistema electoral del fracaso de estas sociedades en resolver sus divisiones étnico-lingüísticas y religiosas. De hecho, son exactamente esas estructuras consociacionales las que han permitido a Irlanda del Norte y a los ciudadanos de Bosnia y Herzegovina disfrutar de una vida política más pacífica. Por lo tanto, más que un fracaso de consociacionalismo, el dominio de la escena política por partidos con un programa separatista es el resultado de las divisiones societarias profundas. En cualquier caso, la pregunta que queda por responder es cómo el modelo de consenso de la democracia puede dar lugar a la evaporación paulatina de las divisiones tradicionales que han llevado a la adopción de este modelo en el primer lugar. Bajo esta perspectiva, el punto débil de este análisis no debería ser únicamente que el consociacionalismo impulsa la polarización. Aunque podría ser uno de los factores que contribuye en este proceso, se aplica en las sociedades donde el trauma étnico, lingüístico o religioso ya está presente. Sin embargo, lo que viene mas elocuentemente de la investigación empírica de Bélgica e Irlanda del Norte es que, a pesar del consociacionalismo, es probablemente la única manera de mantener las extremidades rotas junto al resto del cuerpo, no es realmente un remedio que sane las heridas...

VII. FUENTES CONSULTADAS

- Alen, André and Ergec, Rusen. 1994. *Federal Belgium After the Fourth State Reform of 1993*. Brussels: Ministry of Foreign Affairs.
- Apter, David. 1996. *The Political Kingdom in Uganda: A Study in Bureaucratic Nationalism*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- AOEBiH 2001. Asociación de Oficiales Electorales de Bosnia y Herzegovina, *La Serie Técnica N° 1/2001*, 8.
- Association of Election Officials of BiH. 2001. 'Technical Series No. 1/2001'.
- Barry, Brian. 1975. "Political Accommodation and Consociational Democracy". *British Journal of Political Science* 5: 477-505.
- Belgian Constitution. The Constitution of Belgium.
- Belloni, Roberto. 2004. "Peacebuilding and consociational electoral engineering in Bosnia and Herzegovina". *International Peacekeeping* 11: 334-353.
- Benoit, Kenneth and Laver, Michael. 2006. *Party Policy in Modern Democracies*. London: Routledge.
- BiH Constitution, The Constitution of Bosnia and Herzegovina.
- Bose, Sumantra. 2002. *Bosnia After Dayton: Nationalist Partition and International Intervention*, Oxford: Oxford University Press.
- Brug, Wouter van der. 2001. "Perceptions, Opinions and Party Preferences in the Face of a Real World Event: Chernobyl as a Natural Experiment in Political Psychology" *Journal of Theoretical Politics* 13: 53-80.
- Coackley, John. 2009. "The Political Consequences of the Electoral System in Northern Ireland" *Irish Political Studies* 24: 253-284
- cb. Constitución Belga, http://www.fedparl.beconstitution_uk.html
- CBiH. Constitución de Bosnia y Herzegovina. 1995. http://www.servat.unibe.ch/icl/bk00000_.html
- CBiH. Constitución de Bosnia y Herzegovina. Artículo V, párrafo 4
- Daalder, Hans. 1971. "On Building Consociational Nations: the cases of The Netherlands and Switzerland" *International Social Science Journal* 23: 355-370.
- Efron, Bradley. 1985. "Bootstrap confidence intervals for a class of parametric problems" *Biometrika* 72: 45-58.
- Eijk, Cees van der. 2001. "Measuring Agreement in Ordered Rating Scales". *Quality and Quantity* 35: 325-341.
- Eijk, Cees van der, Brug, Wouter van der, Kroh, Martin and Franklin, Mark. 2006. "Rethinking the dependent variable in voting behavior: On the measurement and analysis of electoral utilities". *Electoral Studies* 25: 424-447.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

- Eijk, Cees van der and Marsh, Michael. 2008. Comparing the Validity of Non-Ipsative Measures of Party Support in CSES and EES. Paper Presented at the Elections, Public Opinion and Parties Annual Conference, Manchester, UK, September, 2008.
- Elazar, Daniel. Federalism and Peacemaking <http://www.jcpa.org/dje/articles/fed-peace.htm> (last visit on 7 July 2011)
- EWS. Early Warning System Report (Informe de Alerta Anticipada). 2009, 15
- Fitzmaurice, Garrett, Laird, Nan and Ware, James. 2004. *Applied Longitudinal Analysis*. New Jersey: Wiley.
- Franklin, Julian. 1992. *On Sovereignty: Four Chapters from the Six Books of the Commonwealth*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Galtung, Johan (4 October 2010), *A Yugoslav Community for a Yugosphere*. <http://www.transcend.org/tms/2010/10/a-yugoslav-community-for-a-yugosphere/> (last visit on 7 July 2011).
- Halpern, Sue. 1986. "The Disorderly Universe of Consociational Democracy". *West European Politics 9: 181-197*.
- Horowitz, Donald. 1985. *Ethnic Groups in Conflict*. Berkeley CA: University of California Press.
- Jacoby, William. 2000. "Loess: A Nonparametric Graphical Tool for Depicting Relationships Between Variables." *Electoral Studies 19: 577-613*.
- Laver, Michael, ed. 2001. *Estimating the Policy Positions of Political Actors*. New York: Routledge.
- Lijphart, Arend. 1968. *The Politics of Accommodation: Pluralism and Democracy in The Netherlands*. Berkeley, CA: University of California Press.
- LIN. La Ley 1998 de Irlanda del Norte. 1998, c. 47; <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/47/contents>
- MGAPBiH. Marco General de Acuerdo de Paz en Bosnia y Herzegovina. 1995 *Acuerdo para la Paz de Dayton*, firmado con iniciales en Dayton el 21 de noviembre de 1995 y firmado en París el 14 de diciembre de 1995.
- . 1977. *Democracy in Plural Societies*. New Haven and London: Yale University Press.
- . 1999. *Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries*. New Haven and London: Yale University Press.
- . 2008. *Thinking about democracy*. London: Routledge.
- McGarry, John and O'Leary, Brendan. 2009. 'Power shared after the deaths of thousands' in Taylor, Rupert, ed. 2009. *Consociational Theory: McGarry and O'Leary and the Northern Ireland Conflict* (London, Routledge, 2009)
- McRae, Kenneth Douglas, ed. 1974. *Consociational Democracy*. Toronto: McClelland and Stewart Limited.
- Northern Ireland Act 1998.
- Palley, Claire. 1978. *Constitutional Law and Minorities*. London: Minority Rights Group.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Gestión de los estados plurinominales europeos

- Pardos-Prado, Sergi and Dinas, Elias. 2010. "Systemic Polarization and Spatial Voting". *European Journal of Political Research* 49: 759-786.
- Reilly, Benjamin. 2002. "Elections Post-Conflicts: Constraints and Dangers", *International Peacekeeping* 9: 118-139.
- SPT. Servicio de Prensa trascendente, Editorial, 04 de octubre 2010 <http://www.transcend.org/tms/2010/10/a-yugoslav-community-for-a-yugosphere/>.
- Thorisdottir, Hulda, Jost, John, Liviatan, Ido and Schrouf, Patrick. 2007. "Psychological Needs and Values Underlying Left-Right Political Orientation: Cross-National Evidence from Eastern and Western Europe" *Public Opinion Quarterly* 71: 175-203.
- Tillie, Jean. 1995. *Party Utility and Voting Behavior*. Amsterdam: Het Spinhuis.
- TEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1987. Caso de *Mathieu Mohin y Clerfayt vs Bélgica*, (Solicitud N ° 9/1985/95/143) (sentencia de 2 de febrero de 1987).
- TEDH. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2009. Caso de *Sejdic y Finci vs Bosnia y Herzegovina* (números de Aplicación 27996/06 y 34836/06) (Sentencia 22 de diciembre de 2009).
- Verba, Sidney, Nie, Norman and Kim, Jae-on. 1987 *Participation and Political Equality: A Seven-Nation Comparison*. Chicago: Chicago University Press.

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional*

Woo-Young Rhee**

* Traducido por Antonio Márquez Aguilar, profesor de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México y asesor del Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.**

** Profesora asociada de Derecho Público de la Escuela de Derecho de la Universidad Nacional de Seúl.

SUMARIO

I. Introducción; II. Diversificación étnica y cultural en la sociedad de Corea del Sur y su ramificación a la democracia representativa, III. Sistema electoral y la participación y representación de minorías en el proceso político de Corea de Sur; IV. Conclusiones, V. Fuentes consultadas

I. INTRODUCCIÓN

Corea del Sur ha presenciado recientemente un cambio social, estructural y de pluralización y diversificación étnica, que se ha acelerado en muchos aspectos debido a la globalización. Este ensayo aborda algunos de los retos de la democracia representativa de Corea del Sur bajo su Constitución, enfrentada a estos cambios recientes, y analiza el sistema electoral de Corea del Sur en este contexto. Muchos observan que la democracia constitucional en Corea del Sur se ha estabilizado y ha madurado en años recientes y que muchos de los problemas y asuntos en la sociedad de Corea del Sur, tales como la sub representación de las mujeres y otras minorías en el proceso político general, *inter alia*, ahora se abordan, se discuten y resuelven a través de mecanismos legislativos, de políticas públicas y de mecanismos judiciales que resultan en cambios institucionales simbólicos y tangibles.⁹¹ En los años más recientes, al mismo tiempo, la sociedad de Corea del Sur se ha pluralizado en muchos ámbitos y dimensiones, en sus dominios políticos socio-económicos y culturales. Hasta cierto punto, la diversificación étnica en años recientes ha alentado tal fenómeno.⁹²

Corea del Sur comienza a enfrentar retos nuevos y tal vez inusuales. Por ejemplo, ¿cómo puede incorporar el sistema constitucional-político de la nación tales retos y sus consecuentes demandas, y al mismo tiempo sostener de forma consistente el valor constitucional central de la protección de los derechos fundamentales para todas la minorías incluidas, sin comprometer la integridad y la eficiencia al implementar la más alta ley de

⁹¹ Esta observación aparece en muchos estudios recientes en las áreas de derecho público en general. Ver, por ejemplo: Kim 2006.

⁹² Estadísticas relacionadas con distintos criterios se pueden encontrar en el sitio oficial del Servicio de Información Estadística (KOSIS), y en el Ministerio de Administración Pública y Seguridad (MOPAS), www.mopas.go.kr, y particularmente en <http://rcps.egov.go.kr>.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

la nación como un todo? En este sentido, este ensayo observa primero al sistema de representación y participación en procesos políticos por medio de elecciones públicas. En particular, este ensayo aborda los temas del derecho a ser representado y de participar en procesos políticos y otras actividades políticas por parte de los individuos en Corea del Sur que no tienen ciudadanía coreana. Estos individuos son a menudo integrantes de minorías étnicas en la sociedad de Corea del Sur al mismo tiempo.⁹³

Otros temas relevantes incluyen el derecho de estos individuos a viajar a través de las fronteras nacionales, y los requisitos para residencia así como para empleo, educación y salud, por citar algunos, aunque éstos están más allá del enfoque inmediato de este ensayo. Ya es tiempo de que Corea del Sur comience a discutir en un foro público cómo las doctrinas y las prácticas constitucionales deben ser instrumentadas relacionándolas a estas materias de importantes ramas de la Constitución. Los espacios de Derecho para participar en el proceso político y de derechos socioeconómicos están relacionados con esta tarea inicial. Tal esfuerzo, en un nivel de norma constitucional, y su práctica servirá como guía para darle estructura a la legislación correspondiente y las políticas que deberán seguirse. Al mismo tiempo, Corea del Sur tiene antecedentes positivos de implementación de cambios en instituciones y prácticas a través de esfuerzos legislativos y decisiones de la Corte Constitucional. Por ejemplo, al incrementar la representación de las mujeres como minorías políticas, sociales y culturales en los procesos políticos nacionales y locales, a través de cambios en la ley y el sistema de elecciones públicas. Este antecedente puede servir como un modelo ejemplar para la situación de la rápida diversificación étnica y anticipar la representación en la norma constitucional y la inclusión de mayorías en el proceso político-constitucional.⁹⁴

⁹³ La democracia opera en principio bajo la regla de mayoría. En una democracia liberal, la regla de mayoría justifica la toma de decisiones políticas entre individuos iguales, operando como un método de toma de decisiones y un mecanismo institucional para el sostenimiento y desarrollo de la comunidad. Sin embargo, la regla de mayoría se puede justificar en una democracia liberal hasta el punto que toca los intereses de la minoría. Las opiniones y las perspectivas son respetadas y discutidas en los procesos de toma de decisiones y las minorías pueden convertirse en mayoría al persuadir a las mayorías. Sobre la premisa fundamental de la democracia liberal de los derechos humanos inalienables, todos los individuos, incluyendo minorías, tienen derecho al respeto y a la felicidad, y en la democracia constitucional contemporánea, incluida la de Corea del Sur, la Constitución garantiza los derechos fundamentales y algunos elementos clave de las instituciones para todos aquellos a los que aplica y no solamente para aquellos que constituyen una mayoría que convence a la minoría. Bajo esa definición, una democracia liberal debería reconocer, respetar y procurar la diversidad entre individuos diferentes, pero iguales sobre las bases de la dignidad y la autonomía humana, y debe protegerse a sí misma de la imposición coercitiva de decisiones injustificadas tomadas por mayorías sobre minorías.

⁹⁴ A pesar de la gran importancia de las discusiones de la ley y la práctica de la Constitución, el concepto de minoría ha sido utilizado en Corea del Sur en el contexto académico y en otros con una definición demasiado ambigua. Aún así, el reconocido profesor Kyong Whan Ahn, en su texto *Rule of Law and Minority Protection*, define minoría como “aquellos que tienen una posición distinta a los que se consideran

II. DIVERSIFICACIÓN ÉTNICA Y CULTURAL EN LA SOCIEDAD DE COREA DEL SUR Y SU RAMIFICACIÓN A LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

1. Diversificación étnica desde la perspectiva constitucional

El número de extranjeros o individuos con una ciudadanía no coreana dentro de Corea del Sur ha aumentado continuamente desde el establecimiento de la Primera República en 1948, y a un paso mucho más acelerado en los años siguientes. El número de estos individuos en 1990 era de 19,507 o 0.11% del total de la población de Corea del Sur; en 2008, el número aumentó a 1,150,866 o 2.34% de la población nacional.⁹⁵ Comparado con la tasa de aproximadamente 10.6% de extranjeros en la población del Reino Unido u otras sociedades multiculturales,⁹⁶ puede decirse que Corea del Sur es ya una sociedad étnicamente plural.⁹⁷ Sin embargo, tanto el número como la tasa han crecido a un paso demasiado acelerado en los años más recientes. Se espera que esta tendencia continúe a un paso aún más rápido en los años por venir.⁹⁸

dominantes debido a razones étnicas, de género, de capacidad económica, de ideología, entre otras, en distintos contextos políticos, sociales, económicos y culturales, entre otros con respecto a una política” (Kyong Whan Ahn 1995). Desde tal definición, algunos de los elementos centrales del concepto de la minoría como un concepto constitucional aplicable en las discusiones en la siguiente parte de este ensayo se enumeran como sigue:

1. Las minorías son aquellas ubicadas afuera o en la periferia del centro del poder en relación con la mayoría, al pertenecer a la política, sin dejar de pertenecer a la política.
2. La dimensión numérica de estas minorías no altera su naturaleza de minoría, como en el caso de las mujeres como grupo en Corea del Sur, quienes, aunque son más en número que los hombres, son minoría desde la perspectiva de la Constitución por su posición afuera del centro de la estructura de poder político, social y económico en Corea del Sur.
3. Las minorías como un criterio significativo en el análisis y discusión de la Constitución son los entendidos en el contexto histórico de una comunidad política en particular, así como en el contexto histórico específico de Corea del Sur y no en un punto específico en la línea del tiempo.
4. El concepto de minoría es relativo y fluido, por lo que los criterios concurrentes y sobrepuestos pueden aplicar para dividir y consolidar constantemente a los individuos involucrados en varios temas políticos.

⁹⁵ Ver nota 2.

⁹⁶ Para 2010, la proporción de extranjeros en promedio en la Unión Europea fue de aproximadamente 8.6%. Otras proporciones comparables incluyen: 12.3% en los Estados Unidos; 19.3% en Canadá, y 23% en Australia. Ver: Oficina de Estadísticas Nacionales del Reino Unido en: <http://www.statistics.gov.uk>

⁹⁷ Sin embargo, en un estudio de campo de 2009 a cargo del Ministerio de Administración Pública y Seguridad de la República Corea, se indica que en 15 de estas unidades, incluyendo 6 de la zona metropolitana de la Ciudad de Seúl, la proporción de extranjeros en cada unidad de gobierno local es de arriba de 5%.

⁹⁸ La proporción de extranjeros en Corea del Sur ha seguido patrones idiosincráticos. De 895,464 extranjeros que estaban empleados con contratos a largo plazo, 511,249 son trabajadores manuales. Para diciembre 31, 2008, entre 1,158,866 extranjeros viviendo en Corea, 556,517 tienen ciudadanía PRC (República Popular de China), de entre los cuales 376,563 son étnicamente coreanos; a excepción de 117,986 ciudadanos

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

Para el año 2020, el número de extranjeros en Corea del Sur aumentará a 2,540,000, y para 2050, a 4,090,000 (ICIAH 2009). El índice de extranjeros entre el total de la población de Corea del Sur se incrementará aproximadamente 5% para 2020, y 9.8% para 2050. Así, entre todos los matrimonios consumados en 2009, en aproximadamente 11%, o 36 mil casos, uno de los conyugues era extranjero.⁹⁹ Considerando el número de niños nacidos en estas familias en los niveles presentes y proyectados, se espera que los inmigrantes y sus hijos compongan 21.3% de la población de Corea del Sur en 2050.¹⁰⁰ La rápida diversificación étnica en Corea del Sur en años recientes se debe a la inmigración de fuerzas de trabajo y a los matrimonios multiétnicos y, en el largo plazo, a la diversificación étnica y cultural por el nacimiento de sus hijos.¹⁰¹ En este caso, como las mujeres son más que los hombres que han inmigrado a Corea del Sur a través del matrimonio, que es una de las razones principales para la diversificación en años recientes, la diversificación étnica y cultural de Corea del Sur podría ocasionar un problema social de género o situaciones exacerbadas de minoría a lo largo y ancho de las construcciones y estructuras sociales.

La discusión constitucional para abordar y reformar los temas derivados de la diversificación étnica y cultural debería enfocarse primero en las formas institucionales y legislativas de reforzar y aumentar la representación y la participación de minorías sub-representadas política, social y culturalmente, incluyendo a las minorías étnicas en el proceso constitucional y político, de manera que tales minorías no quedarían fuera del proceso de toma de decisiones en el sistema de democracia representativa del

estadounidenses y 17,752 canadienses, los extranjeros que viven en Corea tienen en su mayoría ciudadanía japonesa, vietnamita, filipina, tailandesa, mongol e indonesia. Por otra parte, las estadísticas de la Corte Suprema de la República de Corea indican que el número de extranjeros que han llegado a Corea con visa de matrimonio como esposo (a) de un (a) ciudadano (a) de Corea del Sur registrados en 2009 es de 292,184 de 173 países. Entre los extranjeros casados con una mujer con ciudadanía coreana, 73,512 (51.3%) son ciudadanos norteamericanos, 39,900 son japoneses, 17,493 son ciudadanos PRC, 3,369 son canadienses, y 2,894 son alemanes. Entre las extranjeras casadas con un hombre de Corea del Sur, 70,878 son ciudadanas PRC, 30,612 son vietnamitas, 12,355 son ciudadanas japonesas y 6,355 son ciudadanas filipinas (es decir, 85.9% de ellas tienen ciudadanía en Asia). Ver nota 2.

⁹⁹ También debe tenerse en cuenta que el índice de divorcio en estos matrimonios multiétnicos es de 9.7% del total de divorcios efectuados en 2009.

¹⁰⁰ Ver nota 2.

¹⁰¹ Por otra parte, sin embargo, diversos estudios revelan que el nivel de conciencia y tolerancia hacia la diversidad étnica y cultural y hacia estas minorías es muy bajo en Corea del Sur. En 2007, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la Organización de las Naciones Unidas recomendó al gobierno de Corea del Sur tomar medidas apropiadas para incrementar la conciencia sobre la diversidad étnica y cultural creciente, pues la percepción y actitud monoétnica puede tener impactos negativos y discriminatorios hacia estas poblaciones. En el mismo tenor, un estudio del IMD de Suiza estableció que la apertura de Corea del Sur hacia culturas extranjeras estuvo en el lugar 56 de 57 países estudiados.

Corea de Sur. Al mismo tiempo, este diálogo debe ser capaz de contribuir a las doctrinas y prácticas constitucionales para la protección de los derechos fundamentales de tales individuos y el proceso judicial para reformar estos derechos, particularmente en las áreas del derecho a la libertad y los derechos socio-económicos concernientes a la salud, el empleo, la educación, etcétera.

2. Principios constitucionales relacionados con la diversificación étnica y cultural en Corea del Sur

Los principios y doctrinas constitucionales aplicables a la situación actual y potencial de la disputa originada por la diversidad étnica o cultural se derivan primeramente de las siguientes disposiciones. Primero, el artículo 10 de la Constitución, que establece el respeto a la dignidad humana y el derecho a alcanzar la felicidad como fundamentos de la Constitución nacional; en tanto que otras disposiciones de la misma se refieren a la cultura. Además, las secciones 1 y 2 del artículo 37 de la Constitución ordenan la protección constitucional de derechos listados y no listados, y prescriben el principio de proporcionalidad como aplicable en la revisión constitucional sobre otras normas.

El artículo 10 de la Constitución de Corea del Sur ordena de manera explícita la protección constitucional al derecho a la dignidad humana y el valor del derecho a alcanzar la felicidad, interpretado para garantizar el derecho a la libre expresión, a la dignidad individual y personal, y el derecho a tomar decisiones personales, entre otros. La Constitución de Corea del Sur también garantiza explícitamente los derechos fundamentales de libertad religiosa, de conciencia, del arte y de la libertad académica, bajo diversas disposiciones separadas. Un principio de tolerancia que comprende el reconocimiento mutuo y el respeto entre culturas diversas y estilos de vida que coexisten en Corea del Sur se deriva de las disposiciones constitucionales señaladas arriba. Tal resolución y armonización a través de la protección de los derechos fundamentales de los individuos requiere de un esfuerzo para desarrollar y establecer doctrinas constitucionales centradas en el derecho a la igualdad, y en el derecho general a la libertad cuando sea difícil discernir bajo las doctrinas establecidas previamente, que como derecho particular involucra.

En este contexto, la resolución de la discusión será un choque de derechos fundamentales que pertenecen a las partes en conflicto. En tanto que la Constitución de Corea del Sur ordena neutralidad entre las diversas culturas y que no reconoce un estatus de preferencia para ninguna cultura, en particular, en la mayoría de los casos y litigios, el umbral constitucional o límite será puesto en la dirección de buscar la concordancia práctica. Así, en el límite o el umbral constitucional absoluto, cualquier cosa que sobrepase el valor central de la norma constitucional o violente el significado esencial del

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

derecho fundamental constitucionalmente protegido, deberá ser prohibido. En general, el principio de proporcionalidad y el principio de igualdad aplicarán como los estándares para la legislación y el cumplimiento, de forma que el umbral constitucional absoluto o límite se satisfaga.

Estas doctrinas constitucionales para resolver y armonizar disputas actuales y futuras en el contexto de la diversidad étnica y cultural se deben implementar consistentemente a través de los procesos judiciales. Tal determinación y acuerdo de principios y doctrinas constitucionales marcarán la dirección para las legislaciones y políticas y proveerán una estructura saludable para así contribuir a la integridad y eficiencia de la ley y el sistema legal nacionales bajo la Constitución. Más adelante, algunos convenios y estándares internacionales sobre los derechos de las minorías¹⁰² y, particularmente, aquellos para la protección de los derechos de etnias inmigrantes y minorías culturales, pueden servir de guía para apreciar los esfuerzos constitucionales y legislativos de Corea del Sur a la luz el artículo 6 (1) y el artículo 60 (1) de la Constitución de la República de Corea.

III. SISTEMA ELECTORAL Y LA PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE MINORÍAS EN EL PROCESO POLÍTICO DE COREA DE SUR

1. Protección de derechos fundamentales para las minorías políticas, sociales y culturales

Las políticas constitucionales y legislativas en cualquier democracia representativa y, en particular, en una sociedad multicultural, deberían abordar y resolver el tema de si el estatus legal como miembro de una comunidad y el grado de protección de los derechos fundamentales de y para las mayorías fuera de los dominios políticos, sociales, económicos y culturales de las mayorías, están al mismo nivel que aquellos para los individuos que pertenecen a las minorías. El primer paso aquí es establecer los marcos institucionales necesarios para el desarrollo de una identidad cultural de las minorías políticas, sociales y culturales como sujetos de los derechos fundamentales constitucionales.

¹⁰² Algunos ejemplos son: la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD), la Convención Internacional para la Protección de los Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), la Convención para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ICESCR), la Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (que entró en vigor el 1 de febrero de 1998, aunque Corea del Sur no forma parte de él), y la declaración sobre los Derechos de las Personas que Pertenecan a una Minoría Nacional o Étnica, Religiosa o Lingüística (GA Resolución 47/135) que señala las líneas para Corea del Sur al enfrentar cambios sociales rápidos en términos de diversificación étnica y racial en los últimos años.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

Por otro lado, el primer paso en este sentido es garantizar y reforzar la participación y representación en el proceso político de toma de decisiones para las minorías políticas, sociales y culturales. El derecho a participar en la política y los procesos políticos de los residentes extranjeros permanentes dentro de Corea del Sur, el derecho de participar en la política y en los procesos políticos de los nacionales sudcoreanos que residen del otro lado del mar, y los requisitos de empleo y residencia en Corea del Sur para ciudadanos no coreanos son algunos ejemplos de las medidas e instituciones que están pendientes. En la parte siguiente de este ensayo, de entre éstos, nos enfocaremos en el derecho de los ciudadanos extranjeros residentes en Corea del Sur a participar en procesos políticos, particularmente en elecciones públicas.

2. Participación de las minorías en el proceso político

Como se señaló arriba, el número de ciudadanos no coreanos que trabajan y residen en Corea del Sur se ha incrementado rápidamente en los últimos años. En especial aquellos individuos con estatus de residencia permanente legal u otro estatus de visa de largo plazo que desarrollan relaciones de largo tiempo y estilos de vida dentro de la comunidad local a la que pertenecen, además de compartir cargas públicas y comunitarias, como los impuestos locales. Excluir a tales individuos de los procesos de toma de decisiones de políticas locales contraviene el propósito de la autonomía local detrás del sistema de gobierno local y de elecciones locales bajo la Constitución de Corea del Sur.

En Corea del Sur, el día de hoy, a nivel nacional, los extranjeros ilegales no gozan del derecho a votar, de ser candidatos en elecciones públicas, o de cualquier otra forma de participación política, por ejemplo, en una elección federal constituir la Asamblea Nacional, la Legislatura Nacional o de participar en la elección presidencial. Sin embargo, en el nivel de gobierno local algunos residentes ilegales tienen el derecho a votar y de ciertas formas de participación en la política local bajo las condiciones estatutarias previstas en la Ley de Elecciones Públicas (última modificación hecha por la Ley No. 10067, en vigor desde marzo 12 de 2010).

En especial, el artículo 15, sección 2, inciso 3 de la Ley Electoral (en su más reciente reforma con la Ley 10067, en vigor en marzo 12 de 2010) dispone que cualquier persona mayor de 19 años que se enrole en el registro de extranjeros del gobierno local correspondiente, de acuerdo con el artículo 34 de la Ley de Control de Inmigración, como extranjero para quien hayan pasado tres años desde la adquisición del estatus de residencia permanente bajo el artículo 10 de la misma ley, deberá tener derecho a votar en las elecciones de los miembros del consejo local y de la cabeza del gobierno local en

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

su distrito.¹⁰³ Esta Sección fue reformada por la Ley 9466, promulgada en febrero 12 de 2009, de conformidad con la resolución de inconsistencia de la Corte Constitucional de la República de Corea en junio 28 de 2007.

También el artículo 5, sección 2 de la Ley de Referéndum Local (última modificación hecha por la Ley No. 9468, en vigor a partir del 12 de febrero de 2009) prevé que los extranjeros de 19 años o más que hayan calificado para una residencia permanente bajo la ley de inmigración deberán tener el derecho a votar en el referéndum local llevado bajo el artículo 14 de la Ley de Autonomía Local (última modificación por la Ley No. 9577, en vigor desde el 1 de abril de 2009).¹⁰⁴ Ésta se sujeta a las condiciones establecidas por la unidad del gobierno local donde se domicilian.

En un contexto más amplio, el artículo 8 de la Constitución de la República de Corea garantiza la libertad de formar partidos políticos y de formar un sistema multipartidista. El sistema de partidos políticos bajo la Constitución de Corea del Sur se sujeta a la garantía institucional y la legislatura está investida con un grado relativamente mayor de discrecionalidad en la promulgación de los estatutos, con la excepción de que la esencia de la garantía constitucional de la institución permanece más allá de la discrecionalidad legislativa. Bajo la doctrina constitucional correspondiente, hasta cierto punto, el derecho y la libertad de participar en el establecimiento de partidos políticos y otras actividades puede ser dado a los extranjeros, si la legislatura correspondiente se pone en marcha y hace uso de la discrecionalidad legislativa para permitir tales derechos y libertades.

¹⁰³ El texto completo del artículo 15 de la Ley Electoral establece lo siguiente:

Artículo 15 (Derecho al voto). (1) Todo individuo nacional de 19 años de edad deberá tener derecho al voto en las elecciones de Presidente y de los miembros de la Asamblea Nacional.

(2) Cualquier persona de 19 años o más de edad que quepa en cualquiera de los siguientes incisos como la base de la fecha de preparación para el registro electoral bajo el Artículo 37(1) deberá tener derecho a votar en las elecciones de miembros del consejo local y de la cabeza del gobierno local de su distrito:

1. Cualquier persona cuyo registro de residencia sea hecho bajo la jurisdicción del gobierno local correspondiente;
2. Cualquier individuo nacional que se enrole en la listado de domicilios del gobierno local correspondiente (de aquí en adelante "listado domiciliario" en este Capítulo) de acuerdo con el Artículo 6(1) de la Ley sobre el Estatus Legal de los Coreanos en el Extranjero y;
3. Cualquier persona que se enliste en el registro de extranjeros del gobierno local correspondiente de acuerdo con el Artículo 34 de la ley de Control Migratorio, como extranjero y para quien hayan pasado tres años desde la fecha de calificación para la residencia permanente bajo el Artículo 10 de la misma Ley.

¹⁰⁴ El referéndum local, bajo el Artículo 14 de la Ley de Autonomía Local, busca garantizar la participación directa de los residentes del gobierno local distrital correspondiente en el proceso de toma de decisiones sobre los asuntos que debe decidir el consejo local, que pueden ser una carga significativa o tener un efecto relevante sobre los residentes.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

Sin embargo, el día de hoy los requisitos para los promotores de un partido político y para la membresía partidista se limita a “las personas que tengan los derechos electorales de miembros de la Asamblea (Nacional)” (artículo 22, sección (1) de la Ley de Partidos Políticos con última modificación por la ley 9973, vigente desde enero 25 de 2010) y, más adelante, por el estatuto correspondiente (artículo 22, sección (2) de la Ley de Partidos Políticos, con última modificación por la Ley 9973, en vigor desde enero 25 de 2010) que explícitamente prevé que “las personas no nacionales de la República de Corea no deben ser miembros de partidos políticos”. Los extranjeros tampoco pueden ser miembros de ninguna asociación de seguidores de un partido político, ya sea como persona moral o como persona física (artículo 8 de la Ley de Financiamiento a Partidos, con última modificación por la Ley No. 9975, vigente desde enero 25 de 2010). Ningún extranjero en Corea puede contribuir a financiar un partido político o a un miembro de la Asamblea Nacional, ni desde Corea del Sur ni desde afuera. Tampoco puede nadie contribuir a financiar partidos que no sean coreanos (Artículo 31 de la Ley de Financiamiento Político, reformado recientemente por la Ley 9975, en vigor desde enero 25 de 2010).

Las disposiciones anteriores prohíben de manera práctica y efectiva un amplio rango de actividades políticas significativas por parte de los extranjeros en Corea del Sur. Estos vetos rígidos sobre la participación en actividades políticas deben ser reconsiderados, de manera que las minorías políticas, sociales y culturales tengan acceso real y sustancial a los procesos políticos al menor costo posible, para la expresión de sus preferencias y para la participación en procesos de toma de decisiones.

3. Sistema de representación proporcional y representación de las mujeres en el proceso político en Corea de Sur

(a) Antecedentes históricos del sistema de representación proporcional en Corea del Sur.

Si el principio de circunscripción es geográfico, organizacional u ocupacional, o de intereses o posturas de grupos sociales, los miembros de la circunscripción están mejor representados cuando se organizan para discutir los acuerdos y las diferencias con cada uno y con los representantes. Los individuos están mejor representados cuando sus cuerpos representativos son plurales, y cuando los individuos tiene relaciones plurales hacia sus representantes, tanto en organizaciones políticas como civiles.¹⁰⁵ La medida

¹⁰⁵ Para un análisis detallado de los derechos de grupos como derechos fundamentales desde la perspectiva de la representación, vea (Casals 2006).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

en la que se distinguen los grupos sociales son sus relaciones estructurales, en particular relaciones estructurales de privilegios y desventajas, y en la medida en que las personas se colocan en esas estructuras, tendrán perspectivas similares tanto de su propia situación como de otras posturas de la sociedad.

Un sistema de representación de grupo debería de pluralizar lo mejor posible la representación de ese grupo. La representación de la perspectiva de las mujeres en un órgano legislativo o comisión se lograría por medio de un comité de féminas en lugar de por una sola mujer. En este sentido, las normas que ordenan una cierta proporción de miembros de un grupo minoritario para hacerse presentes en las listas del partido, o más específicamente cuotas para mujeres, son a menudo aceptables y deseables para promover la inclusión de diversas perspectivas e intereses, ya que este método no desconecta a unos miembros del grupo de otros sino que los incluye en discusiones de partido más amplias. Dependiendo del número de partidos y de los procesos de votación, los votantes de todos los grupos continúan teniendo diversas opciones de candidatos. Existe el argumento al respecto de que reforzar el debate activo de los partidos políticos es la mejor forma de alentar la representación política de los grupos sociales interesados con diferentes perspectivas (Ryden 1996).¹⁰⁶

La representación proporcional que necesita de políticas partidistas bajo la regla de elección correspondiente para atender a la representación de la minoría, tiende a aumentar la competencia partidista y a permitir a más partidos alcanzar asientos legislativos de lo que lo hacen los sistemas en los que el ganador se lleva todo. Tales sistemas de representación proporcional también dan a los votantes más oportunidad de unirse a otros en varios grupos sociales estructurales. Estos argumentos eran convincentes, pues se basaban en la afirmación de que la representación proporcional da mayor oportunidad para la representación diferenciada de lo que lo hace un sistema en donde un solo partido se lleva todos los distritos electorales.

El sistema de representación proporcional se introdujo en Corea del Sur mediante su reforma constitucional de 1962 (la quinta revisión constitucional) y se ha implementado desde entonces en las elecciones generales de 1963 que conformaron la 6ª Asamblea Nacional (1963-1967). El sistema de representación proporcional en Corea del Sur fue diseñado e implementado al inicio del gobierno con la intención de aumentar el dominio

¹⁰⁶ Ryden argumenta que las medidas especiales para la representación de grupos frente a las instituciones representativas tenderían a congelar la identidad de grupo y a fragmentar la política, y que es mejor usar la política de partidos como el vehículo para confrontar y construir la representación de grupo (ibídem).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

del partido predominante sobre la Asamblea Nacional. Hasta cierto punto, el sistema sirvió a tal intención, como fue diseñado, para dar un “premio” institucional al partido político que obtuvo el mayor número de asientos de distritos electorales.

Antes de introducir el sistema “una persona, dos votos” para elección general de 2004, el sistema de representación proporcional en Corea del Sur operaba bajo el sistema “un mismo voto para los representantes de ambos distritos electorales y para los representantes proporcionales del distrito nacional”. Bajo este sistema los asientos de representación proporcional se asignaban a los partidos en función del número de votos obtenidos en la elección distrital, que eran votadas para candidatos individuales. El partido político que recibió mayor número de votos en la elección distrital obtendría asientos de representación proporcional de un máximo de dos tercios de todos los asientos de representación proporcional, si obtenía alrededor de 50% o más de todos los votos. Si los votos obtenidos eran menos de 50%, entonces el partido obtendría la mitad de todos los asientos de representación proporcional. El sistema de representación proporcional en Corea del Sur antes de la introducción de “una persona, dos votos” sirvió en gran proporción para reforzar aún más el dominio del partido gobernante sobre la Asamblea Nacional.

Los politólogos de Corea del Sur han analizado con razón que la regla de “un voto para ambos”, como se aplicó en el sistema de representación proporcional en Corea del Sur antes de 2004, funcionó para fortalecer el dominio del partido gobernante sobre la Asamblea Nacional,¹⁰⁷ para aumentar la influencia del liderazgo del partido sobre los miembros individuales de la Asamblea Nacional con la misma filiación partidista (Yoon 1992), y para aliviar la carga financiera del partido (Myungsoon 1994). El propósito institucional del sistema de representación proporcional fracasó durante este periodo, pues los votantes no tuvieron la oportunidad de distinguir sus preferencias sobre candidatos individuales y aquéllas para un partido político bajo el sistema “un voto para ambos” (Yoon 2007).

El sistema de representación proporcional tuvo un cambio después, con la revisión constitucional de 1972 o la séptima revisión constitucional, que más adelante incrementó el dominio sobre la Asamblea Nacional y la presidencia por parte del partido dominante. En 1973 la elección general que constituyó la 9ª Asamblea Nacional (1973-1978), 146 miembros fuera de su membresía fueron electos de 219 para los distritos electorales mediante una votación directa. Sin embargo, los restantes 73 miembros de la Asamblea

¹⁰⁷ Meen-Geon Kim & Ji-Yeon Shim 2002, Wan-Ki Ahn 1998, Young-Kook Chung & Myungsoon Shin 1994 y Yong-Ho Kim 1993.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

Nacional fueron electos, no por el voto directo, sino mediante un colegio electoral llamado el Consejo Popular para la Unificación y la Autonomía, que consistía de aproximadamente 2,500 miembros. El Consejo Popular fue una institución establecida por y bajo la Constitución, que elegía a los representantes proporcionales de la Asamblea Nacional así como al presidente, quien, a su vez, sirvió *ex officio* como líder del Consejo Popular. Bajo este diseño, el partido dominante podía controlar de manera segura la legislatura nacional.

La revisión constitucional de 1980 u octava reforma constitucional modificó el sistema de representación proporcional de manera que regresara al modelo original de la tercera Republica de Corea del Sur (1962-1972). De los 276 asientos de la Asamblea Nacional, 92, equivalentes a un tercio del total, eran designados representantes proporcionales. Estos asientos de representación proporcional se asignaban a los partidos políticos de acuerdo con la proporción de votos que los partidos recibieran en la elección distrital, emitidos para candidatos individuales. El partido político que asegurara el mayor número de asientos en la Asamblea Nacional en una elección distrital ganaba dos terceras partes de los asientos de representación proporcional, y el resto de los partidos que aseguraran cinco o más asientos en la Asamblea Nacional en la elección distrital obtenían el resto de posiciones de representación proporcional, de conformidad con sus porcentajes.

Bajo la presente Constitución de la Sexta Republica de Corea (1988 al presente), el sistema de representación proporcional ha evolucionado gradual pero significativamente. En la elección de 1988 que conformó la 13ª Asamblea Nacional (1988-1992), los asientos de representación proporcional se asignaron a los partidos políticos de acuerdo con el resultado de la elección distrital como en las elecciones generales previas. El partido político que obtuvo el mayor número de asientos distritales obtuvo la mitad de los asientos de representación proporcional con el propósito de estabilizar la política nacional, asegurando así una mayor proporción de asientos en la Asamblea Nacional que lo que ganaron de votos en la elección distrital.¹⁰⁸

Los cambios hechos al número de asientos de representación proporcional y el mínimo requerido para la asignación de estos asientos, en términos de número de asientos que deben ser ganados en una elección distrital, fueron aplicables en la elecciones generales de 1992, 1996 y 2000, que conformaron la 14ª (1992-1996), la 15ª (1996-2000) y la 16ª (2000-2004) Asambleas Nacionales. El partido que obtenía el mayor número de asientos en un distrito electoral no podía tener la mitad de los asientos

¹⁰⁸ El número de asientos de representación proporcional en la Asamblea Nacional fue de 75, o el equivalente a un cuarto de la membresía total de 299.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

de representación proporcional. Sin embargo, permaneció sin cambios que los asientos de representación proporcional fueran asignados a los partidos políticos de acuerdo con la elección distrital bajo el sistema “un voto para ambos”.¹⁰⁹

Fue entonces que la decisión tomada por la Corte Constitucional en julio de 2001 llevó un cambio significativo al sistema de representación proporcional en Corea del Sur.¹¹⁰ En esta decisión la Corte Constitucional sostuvo que el mecanismo de distribución de asientos de representación proporcional de acuerdo con el resultado de la elección distrital bajo el principio de “un voto para ambos” era inconstitucional. La Corte Constitucional fundamentó su argumento sobre la premisa de que la entonces vigente ley electoral identificaba de manera ficticia las preferencias de los votantes para candidatos individuales con respecto a los distritos electorales, igual que aquellos de la circunscripción nacional para representación proporcional, violando los principios de democracia, voto directo e igual, infringiendo así el derecho fundamental a votar de cada individuo. Así, las normas correspondientes se revisaron en concordancia con esta decisión de la Corte Constitucional, introduciendo el sistema “una persona, dos votos” para la elección general y para la elección de consejos locales en Corea del Sur.¹¹¹ El mecanismo de distribución de asientos de representación proporcional también cambió en este sentido.

La Asamblea Nacional de la República de Corea está integrada por 299 representantes.¹¹² Bajo el sistema presente, de entre estos, 245 representantes son electos a través de las elecciones distritales por pluralidad simple bajo la regla “un representante por distrito”, los otros 54 son los representantes proporcionales electos de una lista de partido en el orden fijado y publicado antes de la elección, ahora a través del voto separado a los partidos *vis-à-vis* candidatos individuales (POEA, artículos 21.1 y 25.2). Para obtener un asiento de representación proporcional un partido político debía obtener cinco asientos en la Asamblea Nacional a través de elecciones distritales o ganar 3% o más de los votos emitidos en total para los partidos políticos (POEA, artículo 189.1). Para los partidos políticos que cumplieran tal requisito mínimo, los asientos de representación proporcional se asignaban en proporción al porcentaje de votantes que cada partido hubiera ganado del total (POEA, artículo 189.1).

¹⁰⁹ Al revisar las elecciones de 1991, los asientos de representación proporcional se asignaron a los partidos políticos respectivos en proporción al número de votos que cada partido había ganado en la elección de distrito, sin un extra de esta proporción para que un partido asegurara el mayor número de asientos en la elección distrital. Al revisar la Ley Electoral de 1994 (Ley No. 4739, en vigor desde el 16 de marzo de 1994), los asientos de representación proporcional en la Asamblea Nacional comenzaron a designarse en razón al número de votos que cada partido recibió contra todos los votos válidos emitidos en la elección distrital.

¹¹⁰ 2000 Hun-Ma 91, julio 19, 2001, 13-2 KCCR 77 (sobre el Artículo 146(2) de la Ley electoral).

¹¹¹ Véase como ejemplo: (POEA, artículos 189 y 190-2)

¹¹² (CSRK, Artículo 41,2) y (LE, Artículo 21)

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

En el nivel de consejos locales o legislaturas locales, Corea del Sur también tiene un sistema de representación proporcional. En el nivel local el número de asientos bajo el sistema de representación proporcional es de 10/100 del número total de asientos del respectivo consejo local (POEA, artículos 22 y 190-2.1). Aquí los partidos políticos que hayan ganado 5/100 o más de la votación válida emitida para los partidos tendrán asientos de representación proporcional de conformidad con la proporción de votos válidos ganados por cada partido, mientras que ningún partido político puede obtener más de las dos terceras partes de los asientos de representación proporcional (POEA, artículo 190-2,2).

Este mecanismo busca bajar la barrera de entrada a las legislaturas nacional y local para los partidos políticos minoritarios o pequeños. El ordenamiento requiere que cualquier partido político, tanto en la elección general como en la elección de consejo, nomine a una candidata por cada número no que aparece en la listas de individuos para asientos de representación proporcional (LE, artículo 47.3), ordenando así una mitad o más de los asientos de representación proporcional sean ocupados por mujeres.¹¹³

La siguiente tabla muestra la cantidad de representantes femeninos en la historia parlamentaria de Corea del Sur bajo diferentes diseños del sistema de representación proporcional.

¹¹³ Este requisito aplica en la nominación de candidatos para representantes proporcionales en los consejos locales también. (LE, Artículo 47,3). En caso de que un partido político infrinja este requerimiento, tal partido quedará impedido de registrar a cualquier candidato que postule (LE, Artículo 49,8), en caso de que ya se haya hecho el registro, éste será rescindido (LE, Artículo 51). No obstante, para el sistema de representación proporcional en la elección general para conformar la Asamblea Nacional, estas disposiciones punitivas no se aplican actualmente, lo que llama a una revisión de los efectos aplicables a las elecciones. Algo relevante al respecto es que, bajo el artículo 47(4) de la Ley Electoral, un partido político debe hacer su mayor esfuerzo para nominar 30% o más de candidatas para los asientos de distritos electorales en la Asamblea Nacional y los consejos locales, en cuyo caso el partido recibirá un subsidio extra para propósitos electorales.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

I. NÚMERO DE REPRESENTANTES FEMENINOS EN LA ASAMBLEA NACIONAL
 EN COREA DEL SUR, DE 1984 A LA FECHA

Asamblea nacional (año de elección)	Número de representantes en la asamblea nacional	Número de representantes femeninos en la asamblea (porcentaje)	Número de integrantes femeninos electos en distritos (porcentaje de los representantes electorales distritales)	Número de representantes proporcionales femeninos (porcentaje de los representantes proporcionales)
1era (1948)	200	1 (0.5%)	1/200 (0.5%)	-
2a (1950)	210	2 (0.9%)	2/210 (0.9%)	-
3ra (1954)	203	1 (0.5%)	1/203 (0.5%)	-
4a (1958)	233	3 (1.3%)	3/233 (1.3%)	-
5a (1960)	233	1 (0.4%)	1/233 (0.4%)	-
6a (1963)	175	2 (1.1%)	1/131 (0.7%)	1/44 (2.3%)
7a (1967)	175	3 (1.7%)	1/131 (0.7%)	2/44 (4.5%)
8a (1971)	204	5 (2.5%)	0/153 (0.0%)	5/51 (9.8%)
9a (1973)	219	12 (5.5%)	2/146 (1.4%)	10/73 (13.7%)
10a (1978)	231	8 (3.5%)	1/154 (0.6%)	7/77 (9.1%)
11a (1981)	276	9 (3.3%)	1/184 (0.5%)	8/92 (8.7%)
12a (1985)	276	8 (2.9%)	2/184 (1.1%)	6/92 (6.5%)
13a (1988)	299	6 (2.0%)	0/224 (0.0%)	6/75 (8.0%)
14a (1992)	299	8 (2.7%)	1/237 (0.4%)	7/62 (11.3%)
15a (1996)	299	11 (3.7%)	3/253 (1.2%)	8/46 (17.4%)
16a (2000)	273	16 (5.9%)	5/227 (2.2%)	11/46 (23.9%)
17a (2004)	299	39 (13%)	10/243 (4.1%)	29/56 (51.8%)
18a (2008)	299	41 (13.7%)	14/245 (5.7%)	27/54 (50.0%)
Totales	4,403	176	49	127

(b) El sistema de representación proporcional en Corea del Sur a la luz de la representación de minorías en el órgano legislativo y el proceso político.

El sistema de representación proporcional está diseñado para servir como un vehículo que media los intereses, opiniones y perspectivas de los diversos individuos y grupos de las legislaturas, incluyendo a las minorías. Conforme la sociedad de Corea del Sur se diversifica y pluraliza, esto se ha vuelto un llamado más urgente. En este sentido, es relevante uno de los más recientes esfuerzos de investigación que buscan saber si las posiciones, propensiones o inclinaciones ideológicas de los representantes

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

proporcionales son en realidad diferentes de aquellos representantes distritales en la medida en que tal diferencia fue estadísticamente significativa (Ka 2009a)¹¹⁴

De acuerdo con este estudio, durante la 16ª Asamblea Nacional (200-2004) no existió distinción estadística significativa entre los representantes proporcionales y los representantes distritales respecto del propósito de representar diversas perspectivas incluyendo a las minorías en la legislatura. Así, este estudio señala que en la 17ª Asamblea Nacional (2004-2008), conformada mediante las elecciones generales de 2004 bajo el principio de “una persona, dos votos”, y el sistema de “lista de partidos con cuota de género” para el sistema de representación proporcional, existía una disparidad considerable entre los representantes proporcionales y los distritos representados (Ka 2009b). Finalmente, el estudio señala que en la presente Asamblea Nacional (2008-2012), como diferencia constitucional significativa en la dispersión ideológica entre los representantes proporcionales y los representantes distritales, si aún existe tal diferencia desaparece dentro de un partido político. En su lugar, el estudio indica que la postura ideológica de prácticamente todos los representantes de los diferentes partidos políticos está más homogenizada ahora que en el pasado.¹¹⁵ Los partidos en conjunto ordenan algunas modificaciones institucionales y cambios en el sistema de representación proporcional en Corea del Sur en la búsqueda del objetivo normativo de tener presentes y representadas las perspectivas de las minorías en su legislatura y en su proceso político en general.

Uno de los aspectos distintivos del presente sistema de representación proporcional es que la ley requiere que los partidos nominen a una candidata para cada número no de la lista de asientos de representación proporcional, tanto nacional como a local (LE, artículo 473). Esto garantiza que 50% o más de todos los asientos de representación proporcional sean obtenidos por una mujer. En la Asamblea Nacional en el periodo de 1948 a 1963, como indica la tabla anterior, la proporción de representantes femeninas fue de aproximadamente 1%. Después de este periodo inicial, de la 6ª a la 10ª Asamblea Nacional, en el periodo de 1963 a 1981, la administración indujo la participación de la mujer de manera proactiva en la política como parte del esfuerzo para compensar la falta de legitimidad en la obtención del poder político. Se hicieron cambios mayores al sistema electoral incluyendo al sistema de representación proporcional que opera actualmente con el sistema de miembro único y pluralidad simple. Aunque hubo un incremento notable

¹¹⁴ En este estudio, el autor analiza las actividades legislativas en la 17ª (2004-2008) y 18ª (2008-2012) Asamblea Nacional en comparación con la 16ª (2000-2004) Asamblea, para ver el efecto del sistema “una persona dos votos” y los requerimientos de cuota de género como estaban planteados, a través de entrevistas detalladas con asambleístas.

¹¹⁵ (Ibídem 122-125).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

en el número de mujeres congresistas durante este periodo, dicho cambio fue originalmente implementado para reforzar el dominio del partido dominante y la administración en turno sobre la Asamblea Nacional (Ryu 2006).

De la 11ª a la 14ª Asamblea Nacional, en el periodo de 1981 a 1996, la ley y el sistema para incrementar la participación femenina en la política y en el sistema político comenzaron a ser discutidos de manera seria en el espectro público de la comunidad por su impacto simbólico y real. Los temas de género y los temas con género se volvieron parte de la agenda política en el sector público y las mujeres alcanzaron posiciones de diseño de políticas, ampliando así sus oportunidades de participación en los procesos de diseño de políticas públicas. Esto indica que los partidos comenzaron a recibir votos de votantes femeninas, como una variable independiente para determinar el resultado de una elección pública que tiene en sí mismo un gran significado en la historia constitucional y política de Corea del Sur.

De la 15ª a la 17ª Asamblea Nacional, en el periodo de 2006 a 2008, el estatus de representantes femeninas como expertos legislativos fue establecido de manera palpable. Al mismo tiempo, con el dominio de un gobierno autoritario acercándose a su fin, la percepción y la preocupación por las minorías, se elevó en general la sociedad de Corea del Sur en un contexto de liberalización, democratización y pluralización. Así, la política de Corea del Sur mostró interés y entendimiento en las mujeres y los temas que les conciernen, así como de otras minorías.¹¹⁶ Esto permitió el tema de la participación en la política y en la hechura de políticas por parte de las mujeres y otras minorías situadas de manera central como uno de los principales objetos de debate y discusión públicos.

El sistema de cuotas femeninas aplicable a la lista de asientos de representación proporcional fue introducido e implementado a través de la Revisión de la Ley Electoral y de la Ley de Partidos Políticos. Como paso inicial, la ley requería al partido político nominar 30% o más de candidatas al preparar su lista para asientos de representación proporcional. La siguiente elección general después de tal sistema de cuota de género fue la elección general de 2000 que conformó la 16ª Asamblea Nacional (2000-2004). Desde la elección general de 2000, el número de representantes femeninos en la Asamblea Nacional ha incrementado aceleradamente con los cambios en la ley electoral ordenando a los partidos a nominar a candidatas a 30% o más de los asientos en la elección distrital y ordenándoles nominar candidatas para 50% de los asientos de representación propor-

¹¹⁶ Así, durante este periodo, las instituciones políticas y los centros de investigación se dedicaron especialmente a abordar y discutir temas de género y mujeres, como es el caso del Instituto Coreano para la Mujer y la Política, establecido en 1989, y formado para comenzar a funcionar proactivamente involucrando a los ciudadanos en la política sobre estos temas.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

cional (LE, artículos 47.3 y 47.4), esta tendencia continúa. De la elección general de 2004, que conformó la 17ª Asamblea Nacional (2004-2008) y las más reciente elección general llevada a cabo en 2008, que constituyó la presente 18ª Asamblea Nacional (2008-2012), el número de representantes femeninos en la Asamblea Nacional ha crecido constantemente. En términos de actividades legislativas y parlamentarias, las representantes femeninas en la Asamblea Nacional, en los años recientes, han ejercitado su experiencia en diversos comités y más allá.

En las legislaturas locales o los consejos locales, la proporción de representantes femeninas es aún muy baja (aproximadamente 14%).¹¹⁷ La proporción de representantes femeninos en consejos locales ha crecido más del doble desde la elección inicial a consejos locales bajo la presente Constitución en 1991 (0.9%), para la elección local de 1995 (2.2%), pues cada uno de los partidos se enfrentaron en elecciones directas para elegir al jefe del ejecutivo del gobierno local y adoptando la estrategia de nominar relativamente muchas candidatas para llamar la atención de la población femenina.¹¹⁸ La experiencia en las elecciones locales muestra de forma acumulativa que el sistema de representación proporcional que ordena al menos 50% de los asientos para mujeres por el diseño de las posiciones en las listas de partido, así como la elección distrital en donde se eligen dos o más representantes en lugar de uno para cada distrito electoral, ha sido más productivo para incrementar la presencia femenina en el nivel de consejo local.¹¹⁹

Para la elección general de 2000 se revisó la Ley de Partidos Políticos para aplicar una cuota de 30% a la lista de asientos de representación proporcional local. Ahora, a través de las revisiones que la Ley Electoral y la Ley de Partidos Políticos en 2002, que apuntaron a la elección local que se efectuaría ese mismo año, los partidos políticos están obligados a nominar 30% de candidatas o más de los asientos en las elecciones de consejo local y distrito electoral para las unidades del gobierno local metropolitano y se les requiere nominar candidatas femeninas a 50% o más para los asientos de representación proporcional en todo el consejo local bajo el sistema de autonomía local.

¹¹⁷ En Corea del Sur, el sistema de autonomía local fue restituido a finales de 1991, luego de que todas las autonomías del sistema local fueron disueltas inmediatamente después del golpe de estado militar en mayo de 1961. Los gobernadores y alcaldes comenzaron a ser electos por el voto directo de los residentes en 1995. Un análisis detallado de la situación presente de la representación femenina en los consejos locales se encuentra en (Park 2002).

¹¹⁸ En la elección de 1995, aproximadamente 10% de los candidatos nominados en la lista para asientos de representación proporcional a los consejos locales eran mujeres de todos los partidos políticos participantes.

¹¹⁹ (Yoon 2009) y (Choi 1998).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

El resultado de la elección local de 2006 muestra que el número de candidatas casi se duplicó desde la elección local de 2002 (1,411/12,213 o 11.6% en 2006, *vis-à-vis* 394/10,918 o 3.6% en 2002) y el número de mujeres de representantes femeninas electas incrementó en la misma proporción (529/3,867 o 13.7% en 2006, *vis-à-vis* 142/4,415 o 3.2% en 2002).¹²⁰ El número de representantes femeninas en el consejo local de Corea del Sur ha aumentado gradualmente y la proporción en consejos locales alcanzó la marca de 10% por primera vez en la elección local de 2010. Dejando de lado a los representantes proporcionales, la proporción de representantes femeninos electos a un consejo local a través de elección distrital es aún menor a 5%. Esta realidad urge un mayor esfuerzo para fomentar la representación y participación del sector femenino en el proceso político y en la política en general de Corea del Sur en el diseño institucional.

En total ha habido 135 mujeres en la Asamblea Nacional de Corea del Sur desde la Asamblea Nacional inaugural de 1984 hasta la 17ª Asamblea Nacional, constituida en 2004. La proporción de representantes femeninos en la 17ª Asamblea Nacional (2004 a 2008) y la 19ª Asamblea Nacional (2008 a 2012) fue de aproximadamente 13%,¹²¹ en tanto que la proporción en la 16ª Asamblea Nacional fue de 2.8% en promedio, con la mayoría de las representantes como proporcionales, y sólo 35 mujeres electas a la Asamblea Nacional a través del voto directo en elecciones distritales. En la 18ª Asamblea Nacional, la proporción de representación femenina entre los representantes distritales es apenas más de 5%.

Con tales estadísticas, es difícil refutar que el sistema de representación proporcional en Corea del Sur, como sistema, haya contribuido a fomentar la presencia y representación femenina como minoría en la legislatura. La tarea que representa un mayor reto constitucional es cómo mejorar el sistema, tanto a nivel institucional, como en la vida real, de manera que el sistema mismo y el aumento autoinducido en la presencia y representación de las mujeres en la legislatura pueda producir cambios sustentables en la precepción y

¹²⁰ Muchos de los nuevos sistemas incentivos introducidos en las elecciones de 2006, tales como la remuneración de los miembros de los consejos locales, los distritos electorales de tamaño medio, la nominación de los partidos de los candidatos locales, el sistema de representación proporcional en unidades de gobierno no metropolitanas Si/Gun/Gu, dificultan focalizar y analizar el efecto de cuota de género para la lista de partidos para representación proporcional en el nivel de consejo local para institucionalizar la demanda para aumentar la representación de la mujer en el proceso político y para asegurar apoyo a los partidos políticos involucrados. Ah Ran Hwang, "The Impact of Political Parties on Women's Representation in Local Councils: An Analysis of the 2006 Local Election in Korea," 20-3 Local Administration Journal 51 (KRILA 2006).

¹²¹ Un estudio de 131 países en todo el mundo indica que, para 2008, el índice promedio de representantes femeninas en las legislaturas nacionales es aproximadamente 11%. Ehwa Yoon, "Analysis of the Gender Quota for Proportional Representation System in Korea," 11-2 Korean Autonomous Local Government Society Journal 69, 90 (KALGS 2009).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

motivación de los integrantes de una circunscripción hacia una representación de las ideas de las minorías y participación en el proceso político, incluyendo el de las mujeres. Ello debería llevar a aumentar la participación y representación en las instituciones de hechura de políticas y leyes, y en los procesos de la circunscripción, incluyendo a las minorías, basado en la expresión inclusiva y en el intercambio de intereses, opiniones y perspectivas, y en el esfuerzo de análisis comprensivo de las leyes, instituciones y sistemas, así como su interpretación, deben continuar.

Bajo las correspondientes provisiones de la Constitución de Corea del Sur y la ley reglamentaria, un sistema de representación proporcional funcional se debe poner en marcha además del sistema “una persona, dos votos”, que combina la elección distrital y el sistema de representación proporcional del distrito nacional uninominal de las listas de partidos, tanto simbólica como prácticamente (Sung 2010).¹²² En este sentido, un incremento en el número de asientos de representación proporcional en la legislatura puede servir para alcanzar este propósito de manera más efectiva, como se ha intentado en diversas ocasiones dentro y fuera de la Asamblea Nacional y las legislaturas locales.¹²³

El sistema actual de representación proporcional en Corea del Sur cuenta con la nominación de representantes potenciales de partidos políticos para alcanzar el objetivo de lograr una vasta presencia y representación de diversas perspectivas a lo largo de la sociedad de Corea del Sur, incluyendo las de las minorías. Algunos grupos, como organizaciones no gubernamentales, ocupadas de la protección al medio ambiente o la protección de los derechos de los consumidores y las perspectivas que representan realmente, se hacen presentes en la Asamblea Nacional, entrando así al foro de discusión y debate públicos, y son activamente participativos como voces nuevas en los procesos de diseño de políticas y leyes debido al sistema de representación proporcional. No obstante, el diseño de representación proporcional, como existe en Corea del Sur, presenta una oportunidad para el partido dominante de obtener el mayor número de asientos en

¹²² Nak-In Sung observa que es raro que un estado con aproximadamente la misma población y de aproximadamente el mismo tamaño de Corea del Sur tenga un sistema de circunscripción nacional para la representación proporcional (ibídem, 177).

¹²³ Este esfuerzo ha sido mayor desde 2003, el esperar la elección de 2004 para conformar la 17ª Asamblea Nacional (2004-2008). El Comité Consultor de la Asamblea Nacional y el Comité Nacional para la Reforma Política aconsejaron oficialmente a la Asamblea Nacional aumentar el número de asientos de representación proporcional y reducir el número de representantes distritales a 199 en diciembre 8 de 2003. Siguió un esfuerzo por reformar los estatutos, incluyendo la Ley Electoral, que para este efecto erigió la 16ª Asamblea Nacional (2000-2004) y la 17ª Asamblea Nacional (2004-2008). No obstante, estas iniciativas fueron descartadas, debido a las fechas de término. Tales esfuerzos legislativos pueden encontrarse en: www.assembly.go.kr.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

la Asamblea Nacional y los consejos locales, debido al hecho de que los representantes proporcionales sólo pueden surgir de las listas de los partidos. Esto, al combinarse con la ley y el sistema relacionados a la formación y actividades de los grupos negociadores de partidos políticos con la legislatura,¹²⁴ puede dificultar que los miembros de la minoría asuman el papel de expresar los intereses, opiniones y perspectivas en el proceso político. Esto también puede servir como barrera institucional en contra de la transición pacífica de regímenes entre el partido dominante y un partido de oposición. Como tal, el sistema de representación proporcional de Corea del Sur puede servir para alcanzar su propósito manifiesto de representar más y mejor a las minorías, incluyendo a las mujeres, sólo bajo la premisa de la democratización de y dentro de los partidos políticos.

Corea del Sur tiene una legislatura unicameral tanto nacional como localmente, mientras que el poder y la autoridad en el nivel general legislativo y los asuntos parlamentarios están altamente concentrados en las comisiones, dentro de las legislaturas. Esto daña seriamente la función deliberativa de la legislatura, bajo la democracia representativa y deliberativa de la Constitución de Corea del Sur.

Algunos esfuerzos institucionales que van en esta dirección continúan incluyendo un menor número de representantes necesarios para una iniciativa ante la Asamblea Nacional, ordenando audiencia pública durante el proceso deliberativo como parte del proceso legislativo, con el propósito de incluir diversas perspectivas minoritarias sobre la materia a menor costo al implementar reglas y procedimientos para tal petición. En el nivel del consejo local, los grupos minoritarios pueden someter su petición como una iniciativa al congreso local en su proceso regular de diseño de normas (LAA, artículo 15). Finalmente, mediante elecciones públicas, los procesos de hechura de políticas y leyes, y en especial, al principio, incluyendo la comunicación que puede solicitar y sostener la participación de los electores y las mayorías, deberán ser proactivos. La garantía de libertad de expresión y unos medios activos y responsables pueden también contribuir en esta dirección.

Las legislaturas no son sólo órganos de gobierno, cuyos argumentos para representación de grupo pueden y deben ser aplicados. Las comisiones electas también se encuentran entre los órganos de deliberación y de toma de decisiones que deberían asimilar la representación inclusiva, aun cuando los votantes no voten directamente

¹²⁴ Sobre este punto, debe notarse que los esfuerzos legislativos que han sido hechos para reducir el número de asientos de la Asamblea Nacional necesarios para conformar un grupo de negociación. La presente ley establece el requisito de 20 o más miembros (LAN, artículo 33). Para ver un ejemplo de estos esfuerzos, aunque fueron desechados, ver la No. 174043 introducida en la 17ª Asamblea Nacional en marzo de 2006 que buscaba reducir el número a cinco.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

su composición. En años recientes se ha dedicado más atención a la representación de diversos grupos en órganos y procesos como estos en Corea del Sur. Un gobierno decididamente más democrata-representativo tendría varios niveles de órganos voluntarios y designados para discutir las opciones de políticas y leyes. La sociedad civil es también un foro importante de expresión y consolidación de perspectivas sociales. Las actividades autónomas y plurales de las asociaciones civiles ofrecen a los individuos y a los grupos sociales una gran oportunidad de ser, con su propia diversidad, representados en la vida pública, profundizando así la democracia.

IV. CONCLUSIONES

Corea del Sur enfrenta hoy un nuevo cambio social en la diversificación étnica y cultural debido al rápido aumento de la población inmigrante, que no está previsto en la Constitución. Se espera que dicho cambio social se acelere por la globalización. Desde un punto de vista constitucional, tal cambio va acompañado de los temas más fundamentales para la ley y la conformación de la protección los derechos fundamentales de las minorías en una democracia representativa y de la representación y participación de las minorías en el proceso político. Los registros del establecimiento y de las reformas de la Constitución revelan que tal situación no estaba claramente prevista, lo que se confirma con la insuficiencia del texto constitucional respecto a estos temas. Por ello, no está adecuadamente fundamentado, ni es deseable un enfoque sobre estos temas, que busque su resolución basado en el texto y el lenguaje de la Constitución. En el presente, Corea del Sur se encuentra en una etapa en la que busca alcanzar consensos para su próxima reforma de la Constitucional, pues ésta tiene ya 22 años de existencia; como reformas que han sido planteadas desde muchas áreas con diferentes perspectivas. La comprensión de la pluralidad étnica y la consiguiente diversificación cultural es uno de los temas más importantes en esta tarea.¹²⁵

¹²⁵ En noviembre de 2010 se hicieron las siguientes sugerencias para la reforma constitucional en este sentido:

Que el artículo 9 estipulara que el Estado “deberá procurar la diversidad cultural” (CCANRC 2009). La reforma incluía también para el artículo 9 que el Estado “deberá proteger y cultivar esta cultura como necesaria para las vidas y los espíritus de los individuos” (ACLC 2006), y añadía la expresión de “origen étnico o racial” como un ejemplo de características, como las ya existentes “sexo, religión o estrato social” que no deberán ser adoptadas como estándar para propósitos de discriminación en el artículo 11, base de el derecho a la igualdad (ADC 2009).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

Si dejamos de lado algunas sugerencias para futuras reformas constitucionales, bajo la presente Constitución de la República de Corea, el Artículo 9 muestra una gran relevancia respecto al tema de la diversificación cultural.¹²⁶ Sin embargo, la Corte Constitucional de la República de Corea sostiene la postura de que el Artículo 9 sea interpretado para estipular que el Estado tiene una obligación de preservar el legado cultural y la tradición, sin obligarlo a rechazar, oponerse o combatir la diversidad cultural.¹²⁷ Bajo doctrinas constitucionales establecidas firmemente basadas en el texto y a través de la interpretación de la Corte Constitucional, los principios básicos de la Constitución de Corea del Sur están enraizados en el entendimiento de los seres humanos como entes libres y autónomos, y sobre el valor de la tolerancia democrática en la comunidad política, lo que se convierte en una condición necesaria para la apertura comercial, la diversidad y la tolerancia (2003 Hun-Ga 1, mayo 27, 2004, 16-1 KCCR 670, 679).

Así, al enfrentar el fenómeno de diversidad étnica, cultural y social, la Constitución debería implementarse de la manera más adecuada para alcanzar tales principios en todas las áreas de la legislación, administración y de fallos judiciales. Más allá, “la dignidad y el valor humanos” del Artículo 10 de la Constitución, como valores fundamentales de la Constitución de Corea del Sur sirven como una base convincente para imponer o rechazar una identidad cultural única sobre los valores extranjeros o la indiferencia a las diversas identidades culturales en Corea del Sur. De manera especial, en el área del derecho a la libertad, la Corte Constitucional de la República de Corea ha sostenido de manera consistente que la Constitución de Corea del Sur garantiza la libertad de conciencia y pensamiento, la libertad de religión y expresión, como elementos esenciales para la implementación del ideal de un Estado civilizado, y que la diversidad de ideas, valores y opiniones es una condición indispensable para tal estado (98 Hun Ga 16 2000)¹²⁸ (12-1 KCCR 427, 445, 446). Desde la perspectiva del derecho a la igualdad, el gobierno no debe discriminar de manera arbitraria o sin razón a los extranjeros. Si existe un tratamiento diferente basado en tal clasificación y es materia de relevancia para los derechos humanos, deberá estar sujeto a riguroso escrutinio.

La Corte Constitucional de la República de Corea sostiene la postura de que la estipulación constitucional de “todos los ciudadanos” como sujeto o como tenedores de derechos fundamentales, en muchas disposiciones que garantizan los derechos

¹²⁶ El artículo 9 de la Constitución de la Sexta República de Corea establece: “El Estado deberá hacer un esfuerzo para sostener y desarrollar el legado cultural y por fomentar la cultura nacional.”

¹²⁷ Ver 2006 Hun-Ba 109, mayo 28, 2009, 21-1(II) KCCR 545, 566-567; 2002 Hun-Ga 2, diciembre 18, 2003, 15-2(II) KCCR 367, 382.

¹²⁸ Que quedó consolidado en esta sentencia.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

fundamentales, es sólo para subrayar que tales derechos están garantizados de manera preliminar para los sudcoreanos nativos y no debe interpretarse para negar en general en su totalidad a los extranjeros el ser sujetos de derechos fundamentales (CCRC 1986). Esta posición se hace evidente a través de la convicción de la Corte Constitucional, de que en áreas como los derechos sociales referentes a empleo, salud y educación, al grado en que el derecho y el acceso a “calidad de vida humana” (artículo 34, sección 1 de la Constitución), se presupone como “una vida digna y de valor” (artículo 10 de la Constitución). Tales derechos sociales, requerimientos mínimos para vivir, están garantizados para los extranjeros (2004 Hun-Ma 670, agosto 30) (2007 19-2 KCCR 297, 305), (2001 Hun-Ba 50, noviembre 28), (2002, 14-2 KCCR 668, 678); (98 Hun-Ga 16, abril 27), (2000, 12-1 KCCR 427, 445, 446).¹²⁹ Los esfuerzos legislativos posteriores se deben, entonces, a los cambios étnicos y de diversificación cultural para la implementación de la Constitución a la luz de los valores fundamentales y el espíritu más arraigado del artículo 10 de la Constitución, en especial para fomentar la participación más allá y la representación de minorías no representadas que incluyen a las minorías étnicas y culturales en crecimiento, en el proceso político general.

Corea del Sur tiene una experiencia importante al hacer un cambio tangible y sustancial en su realidad política constitucional a través de las reformas legislativas y la reestructuración institucional para la representación de las mujeres, quienes, como grupo, han sido minorías políticas, sociales y culturales en Corea del Sur, a través del sistema de representación proporcional, como parte de su sistema electoral. La tarea que deberá desarrollarse, en este sentido, es encontrar una forma de conducir y canalizar la mayor representación de las mujeres en las legislaturas nacionales y locales, en el proceso político general para la legislación y la hechura de políticas para una equidad de género real y substantiva. Tal experiencia puede aplicarse productivamente a la situación de la creciente diversificación étnica y cultural en la que Corea del Sur debe encontrar una manera de fomentar e incrementar la inclusión, participación y representación de minorías sociales y culturales en procesos de representación política. Un diagnóstico posterior y una reforma del sistema de elecciones públicas, en el nivel de la doctrina y la práctica constitucionales, darán consistencia y estructura para la legislatura y los esfuerzos de diseño de políticas que deberán seguirse.

¹²⁹ Sentencias.

V. FUENTES CONSULTADAS

- 2000 Hun-Ma91, July 19, 2001, 13-2 KCCR 77.
- Ahn , Soon-Chul. 2000. *A Comparison of Electoral Systems: Institutional Impact and Political Influence*. Bobmun Sa Publishing Co.
- Ahn, Wan-Ki. 1998. Relationship between Electoral System and Political Party Structure in Korea en *7 Korea North East Association Journal* 23. Korea North East Association.
- Ahn,Kyong Whan. 1995. Law and Legal Reasoning for Minority Protection, *2 Law & Society* 114. Korean Law & Society Association.
- Ahn,Kyong Whan. 1995. Rule of Law and Minority Protection, *12 Law & Society* 6 Korean Law & Society Association.
- ACL. Asociación Constitucional de Leyes Coreanas, Reporte Final del Comité de Reforma Constitucional. 2006
- ADC. Academia del Diálogo en Corea, borrador para la Reforma Constitucional. 2009
- Casals, Nues Torbisco. 2006. *Group Rights As Human Rights*. Springer.
- CCANRC. Comité de Consulta de la Asamblea Nacional para la Reforma Constitucional. 2009
- CCRC. Corte Constitucional de la República de Corea. 1986. "Sujetos de Derechos Fundamentales bajo la Constitución de la República de Corea" en *Constitutional Adjudication*, Vol. 20, pág. 86
- Cho, Jung-Kwan. To Improve the Quality of Korean Democracy. *7-1 Korean Journal of Legislative Studies* 6. Korean Legislative Studies Institute.
- Choi, Han-Soo. 1998. An Analysis of the Outcome of 1998 Local Elections, *47 Local Autonomy* 25. Korean Autonomous Local Government Society.
- Chong, Jong-Sup. 2010. *Constitutional Law* (5ª edición). Pakyoung Publishing Co.
- Chung, Young-Kook & Shin, Myungsoon. 1994. National District Proportional Representation System and National Assembly, en *Korean Legislative Studies Institute 1992-1993 Research Project Paper*. Korean Legislative Studies Institute.
- Chung, Young-Kook. 1995. Analysis of Standing Committee Activities of the Proportional Representatives in National Assembly, *11-1 Korea and World Politics* 53. Institute for Far Eastern Studies, Kyungnam University.
- CSRK. Constitution of the Sixth Republic of Korea (revisión más reciente en Octubre 29, 1987, efectiva Febrero 25, 1988).
- Farrell, David M. 2001. *Electoral Systems: A Comparative Introduction*. Palgrave Macmillan.
- Gutmann, Amy & Thompson, Dennis. 1998. *Democracy and Disagreement* Belknap Press of Harvard University Press.
- Gutmann, Amy & Thompson, Dennis. 2004. *Why Deliberative Democracy?* Princeton University Press.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

- Han, In Sup. 2000. Why Human Rights for Minorities and the Weak? *Human Rights of Minorities*. Korea Human Rights Foundation.
- Hwang, Ah Ran. 2002. Suggestions for the National Assembly Electoral District Reform en *Youngjae Jin (ed.), Election in Korea (IV)*. Korean Social Science Data Center.
- Hwang, Ah Ran. 2006. Introduction of One Person Two Votes System in the 17th General Election, *12-2 National Strategies* 61.
- Hwang, Ah Ran. 2006. The Impact of Political Parties on Women's Representation in Local Councils: An Analysis of the 2006 Local Election in Korea, *20-3 Local Administration Journal* 51. Korea Research Institute for Local Administration.
- ICIAH. Instituto Coreano de Investigación sobre los Asentamientos Humanos. 2009. *Grand Vision 2050*
- Ka, Sang-Joon, Son, Byung-Kwon, Yoon, Jong-Bin & Choi Jun-Young. 2007. *A Comparison of Characteristics and Outcome of Legislative Activities between Electoral District Representatives and Proportional Representatives in National Assembly*. Korean Legislative Studies Institute Research Paper.
- Ka, Sang-Joon. A Comparative Study of Ideological Differences between Proportional Representatives and District Representatives, *14-1 Legislative Studies* 109. Korean Legislative Studies Institute.
- KALGS. 2009. Korean Autonomous Local Government Society, August
- Kim Yoo-Hwan. 2006. The Expected Roles and Problems of NGO/NPO in the 21st Century's New Governance, en *15 ADMINISTRATIVE LAW JOURNAL* 169-185. Korea: Administrative Law and Practice Association.
- Kim, Gwang-Soo. *Election and Political Parties*. Pakyoung Publishing Co.
- Kim, Meen-Geon & Shim, Ji-Yeon. 2002. Strategic Intentions in Changes in Electoral System in Korea, *36-1 Korean Political Science Association Journal* 139. Korean Political Science Association.
- Kim, Yong-Ho. 1993. Changes in General Election and Their Political Effects, en Nam-Young Lee, *Election in Korea (Nanam, 1993)*.
- KRILA. Korea Research Institute for Local Administration. 2006
- LAA. Local Autonomy Act (as most recently revised by Law Number 9577, effective April 1, 2009)
- Lee, BaI-Rae. 2003. Minority Protection System under Human Rights Laws and Judicial Scrutiny on Discrimination, *9-1 Constitutional Law* 337. Korean Constitutional Law Association.
- Lee, Joon-II. 2002. Minority and the Principle of Equality, *8-4 Constitutional Law* 219. Korean Constitutional Law Association.
- LAN. Ley de la Asamblea Nacional
- Manin, Bernard. 1997. *The Principles of Representative Government*. Cambridge University Press.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

- McElwain, M. Kenneth. 2008. Manipulating Electoral Rules to Manufacture Single-Party Dominance, *52-1 American Journal of Political Science* 32.
- MOPAS. Ministerio de Administración Pública y Seguridad. www.mopas.go.kr, y particularmente en <http://rcps.egov.go.kr>.
- Mutz, Diana C. 2006. *Hearing the Other Side: Deliberative versus Participatory Democracy*. Cambridge University Press.
- National Assembly Act (as most recently revised by Law Number 10047, effective March 12, 2010).
- Oficina de Estadísticas Nacionales del Reino Unido. <http://www.statistics.gov.uk>.
- Park, Chae-Bok. 2002. Solution For Political Parties To Increase Female Representation At Local Elections, *18 World Regional Studies Journal* 37. Korean World Regional Studies Institute.
- Park, Chan-Wook. *Proportional Representation System*. Pakyoung Publishing Co.
- Park, Jin-Wan. 2000. Equality and Diversity, *6-1 Constitutional Law* 182. Korean Constitutional Law Association.
- Pitkin, Hanna F. 1972. *The Concept of Representation*. University of California Press.
- POEA. Public Official Election Act. 2010. (revisada recientemente por Law Number 10067, en marzo 12)
- Przeworski, Adam, Stoke, Susan C. & Manin, Bernard. *Democracy, Accountability, and Representation*. Cambridge University Press.
- Ryden, David K. 1996. *Representation in Crisis: The Constitution, Interest Groups, and Political Parties*. State University of New York Press.
- Ryu, Jin-Sun. 2006. Participation of Women in National Assembly General Election in Korea, *Doctoral Dissertation*. College of Law, Chosun University.
- Shin, Myungsoon. 1994. A Critical Analysis of the National District Electoral System in Korea, *28-2 Korean Political Science Association Journal* 239. Korean Political Science Association.
- Song, Eun-Hee. 1996. The Past And Present Of The National Assembly And Women In Korea: On Women's Sharing Of The Assembly Seats, *30-3 Korean Political Science Association Journal* 61. Korean Political Science Association.
- Sung, Nak-In. *Constitutional Law* (10ª edición). Bobmun Sa Publishing Co.
- Taagepera, Rein & Shugart, Matthew. 1989. *Seats and Votes: The Effects and Determinants of Electoral Systems*. Yale University Press.
- Urbinati, Nadia. 2008. *Representative Democracy: Principles and Genealogy*. University of Chicago Press
- www.assembly.go.kr (the official URL of National Assembly of the Republic of Korea).
- www.nec.go.kr .- Sitio oficial en Internet de la Comisión Nacional Electoral de la República de Corea (en inglés).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Sistema electoral de Corea del Sur desde la perspectiva de la democracia constitucional

Yoon, Ehwa. 2009. Analysis of the Gender Quota for Proportional Representation System in Korea, *11-2 Korean Autonomous Local Government Society Journal* 69. Korean Autonomous Local Government Society, August.

Yoon, Hyung-Sup. 1992. *Politics in Korea*. Pakyoung Publishing Co.

Yoon, Jong-Bin. *Election and Democracy in Korea* (Jipmoondang, 2007).

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales (consideraciones en la República Checa)*

Jaroslav Sovinsky**

* Traducido por Antonio Márquez Aguilar, profesor de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México y asesor del Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

** Palacky University en Olomouc, República Checa.

SUMARIO

I. Fundamentos generales; II. Elecciones parlamentarias en Checoslovaquia (1990-1992); III. Elecciones parlamentarias en la República Checa (1993-2010); IV. Elecciones parlamentarias en la República Eslovaca (1993-2010); V. Conclusiones; VI. Resumen, VII. Fuentes consultadas

I. FUNDAMENTOS GENERALES

Los principios constitucionales de las elecciones libres y justas, que son el instrumento para la creación de órganos estatales y órganos de la auto-administración local, son sin duda las partes integrales y esenciales del estado democrático moderno gobernado por el principio del estado de derecho. Estos principios abrazan el precepto del derecho al voto (y a ser votado) universal e igual con sufragio secreto y, a menudo, (como sucede en las elecciones parlamentarias) también el principio del derecho al voto directo. Al cumplimiento de los principios mencionados debe corresponder el sistema electoral. Las características del sistema electoral vigente pueden estar estipuladas en la Constitución y, a detalle, en la ley reglamentaria. Puede ser incluso que la existencia del orden legal esté en la ley reglamentaria cuando el sistema electoral no aparece en la Constitución (por lo tanto, es estipulada en un nivel subconstitucional) debido al hecho de que cada sistema electoral, de los votos emitidos por los votantes, cambiará la composición del órgano electoral. La pregunta al escoger y estipular el sistema electoral (y las fórmulas electorales) es altamente política y en algunas situaciones también puede estar sujeta a competencia política. Una tarea (especialmente) de los partidos políticos más fuertes para encontrar el sistema idóneo (y arreglarlo), que sea ventajoso para ellos (esta situación sucedió también en la República Checa).

Las exigencias básicas (sobre el respeto de los principios arriba mencionados) del sistema electoral son una aplicación bien balanceada de los preceptos de diferenciación e integración; la representación plural de los sujetos políticos en un cuerpo electo (más adelante nos referiremos solamente a los cuerpos parlamentarios); la protección de minorías; el derecho igual al voto y la estabilidad del sistema político. Las Repúblicas parlamentarias (incluyendo también la República Checa y la República Eslovaca),¹³⁰

¹³⁰ Ambas tienen la misma forma de gobierno y la raíz constitucional, por ello son adecuados para la comparación.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

donde típicamente los órganos ejecutivos colegiados (el gobierno) son responsables ante el órgano legislativo o una de sus partes (el parlamento como un todo o una de sus cámaras) y depende de la mayoría de los diputados del Parlamento en turno (o de una cámara)¹³¹; tal balance es especialmente importante con respecto a la necesidad de facilitar la formación de una mayoría parlamentaria. Esta mayoría es buscada por los partidos políticos después de las elecciones, de acuerdo con el resultado de éstas: un sistema electoral con más elementos de diferenciación asegura, con frecuencia, un espectro político más amplio en el Parlamento, pero aquí la legislatura vigente presenta problemas para la creación de la mayoría parlamentaria. Un sistema electoral con más elementos de integración, a menudo, conlleva a un espectro político de menor escala, pero asegura y ayuda más a la creación de una mayoría parlamentaria y, por lo tanto, a la estabilidad del gobierno y de la situación política en general.

La situación ideal en una República parlamentaria (para la estabilidad del gobierno) se da solamente cuando un partido político crea una mayoría y los demás partidos forman la oposición. El sistema electoral de mayoría es ideal para esta situación (casi siempre se forma con mayoría relativa). El sistema proporcional normalmente lleva a gobiernos de mayoría de coaliciones (incluyendo las así llamadas grandes coaliciones de los dos partidos políticos más fuertes) o a gobiernos de minoría (de una forma más precaria). La mayoría en el parlamento depende (sin tomar en cuenta el caso de la mayoría de un solo partido) del acuerdo político entre los partidos; tal acuerdo se puede alcanzar de manera rápida, aunque a menudo su búsqueda es un proceso complicado (acompañado por inestabilidad política). En caso de que el estado parlamentario no pueda crearse una coalición de mayoría de más de la mitad, existe la posibilidad de creación del así llamado gobierno de mayoría, en el que algunos partidos políticos (o diputados independientes) toleran al gobierno, pero no tienen ministros en el ejecutivo. Está tolerancia se puede dar de forma abierta (al votar a favor del gobierno en las sesiones del parlamento) o abandonando la sesión antes de votar (y por lo tanto reduciendo el número de diputados presentes en la votación). La tolerancia se puede dar también al abstenerse de votar por el veto de desconfianza al gobierno.

El tipo de gobierno de minoría mencionado estuvo en el poder público en la República Checa de 1998 a 2002: los dos partidos políticos más poderosos (socialdemócratas y conservadores) en la cámara baja del parlamento¹³² fueron capaces de crear la gran

¹³¹ El gobierno debe gozar de confianza por parte del Parlamento (o su Cámara) y éstos pueden expresar un veto de desconfianza con el resultado de la disolución del gobierno.

¹³² En la República Checa el gobierno es responsable ante la cámara baja del parlamento

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

coalición pero escogieron otra vía: firmaron el así llamado “pacto de oposición”, cuando los socialdemócratas formaron el gobierno de minoría de un partido, los diputados conservadores abandonaron la sesión antes de votar por el voto de confianza al gobierno (para este veto era suficiente el número de socialdemócratas) y para todo el término electoral los conservadores se retrajeron de la propuesta para expresar el veto de desconfianza hacia el gobierno a cambio de algunos cargos en entidades del Ejecutivo y la promesa de reforma de la ley electoral más adecuada para ambos partidos políticos. Debemos decir que durante ese periodo del pacto de “oposición” fue la última vez en la que hubo términos políticos estables en la República Checa.

Tanto en la República Checa como en la República Eslovaca se utiliza el sistema de representación proporcional para las elecciones de la cámara del parlamento,¹³³ quien es responsable del gobierno y de quien depende el apoyo (confianza). Este tipo de sistema electoral (en comparación con el sistema de mayoría) garantiza una representación legal de los sujetos políticos en el parlamento (y un espectro político de mayor amplitud en el parlamento), pero lleva a gobiernos de coalición a una estabilidad política débil. En la República Checa, en donde en la última elección hubo problemas de estabilidad política, provocada también por el sistema proporcional, a menudo se discute sobre las reformas al sistema electoral en favor de más estabilidad por parte del sistema (añadiendo más elementos de mayoría al modelo electoral proporcional). Más adelante se describirán, compararán y estudiarán las elecciones al Parlamento (en lo que respecta al uso del sistema proporcional) en la República Checa y en la República Eslovaca en los últimos 20 años, de acuerdo con las normas legales válidas, con la descripción del tipo utilizado de sistema electoral y su evolución, así como (para el caso de la República Checa) los intentos de reforma electoral. Se pondrá mayor atención a los elementos básicos usados por el sistema electoral, que tienen relaciones sinérgicas y conforman la composición del parlamento, por ejemplo, el método electoral utilizado, los distritos electorales, tipos de lista de candidatos y el umbral legal (el porcentaje de votos necesario para entrar al escrutinio).

¹³³ El parlamento de la República Checa es bicameral y el de Eslovaquia es unicameral.

II. ELECCIONES PARLAMENTARIAS EN CHECOSLOVAQUIA (1990-1992)

En junio de 1990 se llevaron a cabo en Checoslovaquia las primeras elecciones parlamentarias desde 1946, como resultado de las reformas democráticas tras la revolución de 1989, cuando se derrocó al antiguo régimen totalitarista anti-pluralista.¹³⁴ Desde 1969 Checoslovaquia fue una federación¹³⁵ comprendida por dos estados miembros, la República Checa y la República Eslovaca. El órgano legislativo (parlamento) de la Federación Checoslovaca fue la Asamblea Federal (AF) con dos cámaras: la Cámara del pueblo y la Cámara de la nación. En la primera había más diputados de la República Checa que de Eslovaquia, en función de la mayor población de la primera; en la segunda había un número igual de diputados de ambas repúblicas –este episodio significó una igualdad de las dos repúblicas–. Los órganos legislativos (parlamentos) de ambas Repúblicas eran consejos unicamerales nacionales (el Consejo Nacional Checo, CNC, y el Consejo Nacional Eslovaco, CNE). El estatus y competencias de los órganos estatales federales estaban consagrados en la Constitución federal. De ésta se crearon dos: la Constitución de 1960 y la Ley Constitucional de 1968 de la Federación Checoslovaca. Ninguna de las dos repúblicas tenía constitución propia hasta 1992. El estatus de los órganos y competencias se estableció en la Ley Constitucional de la Federación de 1968.

En febrero y marzo de 1990, como preparación para las elecciones libres antes mencionadas, se adoptaron las nuevas leyes electorales: la asamblea federal aprobó la normatividad sobre elecciones de diputados para ambas cámaras¹³⁶ y ambos consejos nacionales aprobaron las normas para la elección de sus diputados.¹³⁷ De acuerdo con estas normas las elecciones se llevaban a cabo el mismo día para todos los órganos legislativos mencionados.¹³⁸

¹³⁴ De 1948 a 1989 se realizaron elecciones parlamentarias no-libres, con sólo una lista de candidatos.

¹³⁵ De conformidad con la Ley constitucional No. 143/1968 C. I. en la Federación Checa, la cual, junto con la Constitución de 1960 formó la base del orden constitucional de 1968 a 1992. De 1918 a 1968, Checoslovaquia era un estado unitario. Después de 1945, con el estatuto de autonomía de Eslovaquia, se efectuaron elecciones parlamentarias libres en ambas cámaras (Cámara de Diputados y el Senado) de la Asamblea Nacional Checoslovaca (en 1920, 1925, 1929 y 1935) y a la Asamblea Nacional Constituyente de Checoslovaquia en 1946. En todas estas elecciones, de 1920 a 1946 se utilizó el sistema electoral proporcional.

¹³⁶ (LAF 1990) Esta ley se aplicó en las elecciones sólo en dos ocasiones, en 1990 y en 1992.

¹³⁷ (LCNC 1990) y (LCNE 1990). La primera fue aplicada sólo dos veces (en 1990 y 1992). La segunda ley fue aplicada para las elecciones en cinco ocasiones (en 1990, 1992, 1994, 1998 y 2002).

¹³⁸ El 8 y 9 de junio de 1990.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

Al principio, en cuanto a las elecciones de ambas cámaras de la AF, se eligieron 150 diputados de la Cámara del Pueblo (CP) y 150 diputados de la Cámara de Naciones (CN). De acuerdo con la Ley constitucional, la FA tenía 75 miembros electos de la República Checa y 75 de Eslovaquia. En lo que respecta a la CP, se hizo necesario distribuir los 150 miembros, de conformidad con la ley federal electoral, de acuerdo con el número de ciudadanos en cada república al 1 de enero del año electoral. A ello se le llamaba cuota de mandato del estado (CME) y se refería al número de ciudadanos de la Federación dividido entre el número de diputados (150). En cada república se elegía el número de diputados que correspondiera al número de veces que cabe la CME entre el número de ciudadanos de la república.¹³⁹ Los votantes fueron autorizados a emitir una lista de candidatos para la CP y una para la CN (para ambas cámaras los partidos sometían listas cerradas de candidatos); en cada una se permitía marcar preferencias de hasta cuatro candidatos.¹⁴⁰ Para la elección de ambas cámaras se utiliza el sistema electoral proporcional en distritos electorales específicos. En el territorio de la República Checa (RC) se crearon ocho distritos electorales y en la República Eslovaca cuatro distritos (éstos copiaron la estructura administrativa de la división de ambas repúblicas).¹⁴¹

Después de las elecciones, las administraciones se dividieron en distritos por Cuota de Mandato de República (en adelante CMR), que estaba estipulada como el número de votación válida de la RC y de Eslovaquia (independientemente para cada cámara) dividida por los mandatos de la República y de la cámara que se trate. El número de mandatos de cada distrito correspondía a cuantas veces cabía el CMR en el número de votos de un distrito dado.¹⁴² Para la distribución de los mandatos de los partidos políticos se usaban dos escrutinios: para comenzar el primer escrutinio era necesario por lo menos 5% de la votación del partido que se trate.¹⁴³ El primer escrutinio se efectuaba en distritos electorales con el método de cuota electoral de Hagenbach-Bischoff:

¹³⁹ En caso de que este método no distribuyera todos los mandatos, el restante se dará a la República que tenga el resto más alto. En las elecciones de la AF en 1990 la República Checa eligió a 101 miembros y de Eslovaquia se eligieron 49 miembros. En las elecciones a la AF en 1992, se eligieron 99 de la República Checa y 51 de Eslovaquia. Ver: <http://www.volby.cz/>.

¹⁴⁰ El mismo nivel de preferencias se pudo utilizar también en las elecciones a la AF de 1992.

¹⁴¹ Estos distritos no eran iguales en cuanto al número de habitantes. En la RC había en promedio alrededor de 9 mandatos en un distrito para la CN y 12 mandatos por distrito para la CO, en Eslovaquia 18 mandatos por distrito para la CN y 12 mandatos por distrito para la CP. La misma situación (además de los mismos distritos) se dio para la elección de la AF en 1992.

¹⁴² En caso de que por este método no se distribuyeran todos los mandatos, los restantes se darán en orden subsecuente a los distritos con el resto mayor. En caso de empate se decidirá por sorteo.

¹⁴³ En caso de que un partido presentara una lista de candidatos en ambas repúblicas, 5% en una república sería suficiente.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

Los mandatos se distribuían a los candidatos de acuerdo con la secuencia de la lista. Sólo en el caso de que al menos 1/10 de los votantes usaran voto priorizado, el primer mandato se otorgaba al candidato que tuviera más del 50% de tales preferencias. En caso de que tales candidatos fueran más, los mandatos obtenidos con la secuencia del número de preferencias (de mayor a menor). En el caso de empate en las preferencias se darían los mandatos de acuerdo con la secuencia de la lista de candidatos. Para las elecciones de la AF en 1992 se estipuló que en lugar de más del 50% de las preferencias sería de al menos 3%. Para las elecciones de 1992 se estableció de nuevo que, en caso de que el 1er escrutinio fuera dividido en un mandato más (de los que están estipulados), el mandato sobrante se le quitaría al partido con el resto menor. En caso de restos de empate en los restos obtenidos en los distritos con menor número de votos, se decidirá por sorteo.

En el segundo escrutinio se distribuían los cargos y los votos restantes de la RC y Eslovaquia de conformidad con las listas “técnicas” creadas por los partidos después del primer escrutinio.¹⁴⁴ También en el segundo escrutinio se utilizaba la cuota electoral de Hagenbach-Bischoff.¹⁴⁵ Los candidatos accedían a los asientos de acuerdo con el orden en la lista “técnica”.

Un sistema muy similar se utilizó también para las elecciones de la AF en 1992:¹⁴⁶ con los mismos distritos electorales y el mismo método electoral en ambos escrutinios. Como novedad se estipularon las cláusulas de cierre: para partidos con candidatos independientes se estipularon al menos 5% de los votos, para coaliciones de dos o tres partidos, 7%, y para coaliciones de cuatro o más partidos, 10%.¹⁴⁷

En lo concerniente a la elección del CNC (en la cual se elegían 200 miembros) en 1990 y 1992, de acuerdo con la mencionada ley sobre las elecciones al consejo nacional checo, se estipuló un sistema muy similar al de elecciones de la AF. También en estas elecciones se utilizaron las listas cerradas de candidatos (el votante tenía permitido

¹⁴⁴ Era posible registrar en dicha lista sólo a los candidatos de las listas distritales y aquellos que no habían sido ganadores en el primer escrutinio.

¹⁴⁵ En el caso de que por este método no se distribuyeran todos los mandatos, los restantes se darían en orden a los partidos con el resto mayor en el segundo escrutinio. En caso de empate se decidiría por sorteo. En el caso de que por dicho método se otorgue un mandato de más (de acuerdo con los estipulados), éste se quitará al partido político con el resto menor en el segundo escrutinio. (En caso de empate se tomaba en cuenta el resto menor en los distritos electorales de la república).

¹⁴⁶ Los mismos días (5 y 6 de junio de 1992) se eligieron ambas cámaras de la AF, la CNC y la CNE.

¹⁴⁷ En caso de que el partido (o coalición) presente la lista de candidatos en ambas repúblicas, era suficiente ganar un porcentaje estipulado en una de ellas.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

utilizar solamente una lista con un máximo de cuatro preferencias), y se utilizaron los mismos ocho distritos electorales (sólo RC),¹⁴⁸ con el mismo método de CMR y con el mismo procedimiento utilizado en el primero y segundo escrutinio. Para las elecciones de 1990, se estableció la cláusula de cierre de los partidos en al menos 5% de los votos; para las elecciones de 1992 esta cláusula de cierre fue nuevamente estipulada: para un partido que postula un candidato se acordó al menos 5% de los votos, para coaliciones de los partidos, 7%; para coaliciones de tres partidos, 9%, y para coaliciones de cuatro o más partidos, 11%. Para aplicar las preferencias se utilizó el mismo arreglo que para la elección de la AF, siendo necesarias más de 50% de las preferencias en 1990 y al menos 15% en 1992.

En las elecciones al CNE, en 1990 y 1992, se elegían 150 miembros y en éstas se utilizó un sistema muy parecido al de las elecciones para la AF. También se utilizaron las listas cerradas de candidatos (el votante tenía permitido utilizar sólo una lista con un máximo de cuatro preferencias), y se utilizaba la misma división (sólo Eslovaquia) de cuatro distritos electorales¹⁴⁹ (con el mismo método de CMR). En 1990 se llevó a cabo el mismo escrutinio utilizando la cuota electoral de Hare y en el segundo escrutinio la de Hagenbach-Bischoff.¹⁵⁰ En las elecciones de 1992, en ambos escrutinios, se utilizó sólo la cuota de Hagenbach-Bischoff.¹⁵¹ Para las elecciones de 1990 se estipuló la cláusula de cierre de los partidos en al menos 3% de los votos. Para las elecciones de 1992 se estipularon nuevamente las cláusulas de cierre para un partido con un candidato de al menos 5% de los votos; para coaliciones de dos o tres partidos, 7%; para coaliciones de cuatro o más partidos, 10%. Para la aplicación de preferencias se utilizó el mismo arreglo que para el caso de las elecciones a la AF, con más de 50% necesario de preferencias en 1990 y al menos 10% en 1992.

Al comparar los datos mencionados arriba podemos llegar a la conclusión de que la composición de los sistemas electorales para la AF, CNC y CNE eran muy similares (usaban varios distritos electorales, usaban cuotas electorales y umbrales legales de igual manera). Había diferencias en algunos detalles, en especial en lo que respecta a la cantidad de

¹⁴⁸ Para las elecciones del CNC (200 mandatos y 8 distritos) eran en promedio 25 mandatos para un distrito.

¹⁴⁹ Para las elecciones del CNE (150 mandatos y 4 distritos) eran en promedio 37 miembros por distrito.

¹⁵⁰ Este sistema electoral, cuota de Hare en el primer escrutinio y cuota de Hagenbach-Bischoff en el segundo escrutinio, se aplicó, de conformidad con la ley electoral, también para elecciones al Parlamento en Checoslovaquia en 1920, 1925, 1929 y 1935 para ambas cámaras de la Asamblea Nacional Checoslovaca.

¹⁵¹ La cuota Hare tiene la desventaja de que en el segundo escrutinio se transfieren todos los votos restantes en comparación con la cuota de Hagenbach-Bischoff, en la que el número de votos restantes transferidos disminuye.

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

preferencias necesaria para obtener el mandato; una cláusula de cierre igual a la de 1990 fue sustituida en 1992 por una cláusula de cierre variable (progresiva). La diferencia más grande fue utilizar la fórmula de Hare para el primer escrutinio en Eslovaquia, que fue después suplido para las elecciones de 1992 por la cuota de Hagenbach-Bischoff, que sería más adelante utilizado en ambos escrutinios. El tipo y características del sistema electoral usado para elecciones plurales en la federación checoslovaca se utilizaron después de 1993 por las independientes República Checa y República Eslovaca.¹⁵²

Ambos gobiernos adoptaron sus propias constituciones en el segundo semestre de 1992. La Constitución Eslovaca (CRE 1992) fue aprobada por el CNE, electo en junio de 1992, y entró en vigor a partir del 1 de enero de 1993. De acuerdo con esta Constitución, el CNE “desempeña sus competencias como Consejo Nacional de la República de Eslovaquia de conformidad con esta constitución” y su periodo electoral se calculaba desde el día de las elecciones del CNE. El Consejo Nacional de la República Eslovaca (en adelante CNRE) es un órgano legislativo unicameral.

La Constitución de la República Checa fue aprobada por el CNC, electo en junio de 1992, y entró en vigor el 1 de enero de 1993. De acuerdo con esta constitución: “El día que está constitución entre en vigor el Consejo Nacional Checo deberá constituirse en la Cámara de Diputados y su término de gestión concluirá el 6 de junio de 1996”.¹⁵³ La Cámara de Diputados mencionada (en adelante CD) es una de las cámaras del órgano legislativo bicameral de la República Checa, el parlamento de la República Checa. La segunda Cámara es el Senado, que fue creado en las elecciones del otoño de 1996 y sus competencias fueron llevadas a cabo por la CD hasta su elección.

III. ELECCIONES PARLAMENTARIAS EN LA REPÚBLICA CHECA (1993-2010)

1. Antecedentes constitucionales

De acuerdo con la Constitución de la República Checa “el poder legislativo en la República Checa está depositado en el Parlamento”, que se conforma “de dos cámaras, la

¹⁵² En 31 de diciembre de 1992, de acuerdo con la ley constitucional de la AF No. 542/1992 C. I. sobre la extinción de la República Federativa Checa y Eslovaca, se disolvió la Federación Checoslovaca, y el 1 de enero de 1993 sus antiguos miembros continuaron sus existencias como estados independientes.

¹⁵³ Cuatro años de las elecciones del CNC. (LC 1993).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

Cámara de Diputados y el Senado”. La CD tiene 200 miembros que son electos para un periodo de cuatro años. El Senado tiene 81 senadores que son electos para un periodo de seis años. “Cada dos años se elegirá un tercio de los senadores”.¹⁵⁴ Las elecciones para ambas cámaras “se llevaran a cabo a través del sufragio secreto sobre la base del derecho al voto universal, igual y directo”. Para las elecciones a la CD, en la Constitución de la República Checa se estipula el sistema de representación proporcional y para el Senado el sistema de mayoría. Los detalles sobre el tipo de sistema electoral y otros arreglos de las elecciones serían provistos por la ley; para su implementación se aprobó la Ley Parlamentaria para las elecciones del Parlamento de la República Checa.¹⁵⁵ Esta ley organiza las elecciones para ambas cámaras del parlamento.¹⁵⁶ Más adelante pondremos atención sólo a las elecciones para CD, pues este ensayo se ocupa sólo de las elecciones que utilizan el sistema proporcional.¹⁵⁷

2. Elecciones parlamentarias en 1996-1998 (con ocho distritos multimandato)

Las primeras elecciones a la CD, según la mencionada Ley sobre las Elecciones del Parlamento de la República Checa, se efectuaron en 1996.¹⁵⁸ El sistema electoral que se estipuló para estas elecciones (y también para las elecciones de 1998)¹⁵⁹ fue muy similar al sistema utilizado para las elecciones a la AF (lo que significó una continuidad marcada con la conformación legal anterior). Para las dos elecciones mencionadas (1996 y 1998) de nuevo se estipularon listas cerradas de candidatos (con un máximo de cuatro preferencias), los mismos distritos electorales (con la misma CNR) y el mismo método

¹⁵⁴ Para el cumplimiento de este ordenamiento en las primeras elecciones para el Senado (1996), era una tercera parte de senadores electos para dos años, una tercera para cuatro años y una tercera parte para seis años.

¹⁵⁵ Ley No. 247/1995 C. I. que abolía la ley de la CNC sobre las elecciones al CNC en 1990.

¹⁵⁶ Esta ley sólo podía cambiarse con el consenso de ambas cámaras.

¹⁵⁷ De acuerdo con la mencionada ley, se estipula para el Senado un sistema de mayoría absoluta en 81 distritos con un mandato. En caso de que uno de los candidatos obtenga más de la mitad de todos los votos, en el distrito, él tendrá el mandato. En caso de que ningún candidato alcance la mayoría, se llevará a cabo una segunda vuelta con los dos candidatos que en la primera hubieran obtenido la mayor cantidad de votos. El mandato lo logra el candidato que obtenga más votos. En caso de empate se decidiría por sorteo.

¹⁵⁸ El 31 de mayo y el 1 de junio de 1996.

¹⁵⁹ El 19 y 20 de junio de 1998; estas elecciones fueron adelantadas. Por ley constitucional en 1998 se recortó el periodo regular de cuatro años a dos años.

electoral usado en el primero y segundo escrutinios,¹⁶⁰ así como las mismas cláusulas de las elecciones de la CNC de 1992 (5, 7, 9,11%). Para la aplicación de preferencias se utilizó el mismo sistema que para el caso de las elecciones de la AF, con 10% de las preferencias.

3. El intento de reforma del sistema electoral en 2000 y sus resultados.

Uno de los resultados de las elecciones de 1998 fue también la firma del mencionado “pacto de oposición” entre los dos partidos más fuertes en estas elecciones (socialdemócratas y conservadores).¹⁶¹ Los socialdemócratas formaron el gobierno conforme con el pacto tolerado por los conservadores. Ambos partidos también acordaron hacer cambios al sistema electoral de la CD, que aportaría a éste más elementos de mayoría de manera que fuera más fácil crear un gobierno de mayoría (como resultado del principio de integración de elecciones). A la CD accederían un número reducido de partidos (todo esto era posible en un principio para los dos partidos mencionados).

La reforma se hizo a través de una enmienda (LE 2000) de la ley electoral vigente. A esta enmienda el presidente le aplicó el veto suspensivo, aunque éste fue revocado por mayoría en la CD, por lo que la ley fue publicada y puesta en vigor. De acuerdo con esta enmienda, las elecciones se deberían llevar como elecciones ordinarias en 2002. La reforma consistió en una recomposición del método electoral, los distritos electorales y las cláusulas de cierre. La cuota electoral válida de doble escrutinio fue sustituida por el divisor electoral, es decir, el número de distritos electorales aumentó (aunque redujo su tamaño con respecto a los habitantes y los mandatos) y las cláusulas de cierre aumentaron.

Las listas cerradas de candidatos quedaron sin cambios pero el número de preferencias posibles usado por un votante se redujo de cuatro a dos; también se abolió el número necesario de uso de preferencias (1/10) por los votos para la aplicación de preferencias; 10% de preferencia necesaria para el candidato en turno quedó sin cambios.

¹⁶⁰ Para ambas elecciones se estipuló de nuevo la regulación para el caso de que un partido político o coalición no tuviera una lista para el segundo escrutinio. En tal situación se creaba, por la comisión electoral, una lista técnica de candidatos para el partido o coalición de acuerdo con las preferencias.

¹⁶¹ En las elecciones de 1998 los social-demócratas ganaron 71 mandatos; los conservadores, 60; los comunistas, 20, y los dos partidos más pequeños, 17 cada uno.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

Para las elecciones se crearon 35 distritos electorales¹⁶² (el lugar de los ocho anteriores) y las cláusulas de cierre para las coaliciones aumentaron de 7, 9, 11% a 10, 15 y 20%. Para la distribución de los mandatos de los distritos la CMR quedó sin cambios, pero se añadió la estipulación de que “el número más bajo de mandatos en el distrito es cuatro. En el caso de que el distrito obtuviera menos de cuatro mandatos, los mandatos faltantes serán aportados subsecuentemente de las regiones con el menor divisor restantes. En el caso de empate de los restantes se utiliza el sorteo”. Para la distribución de mandatos a los partidos y coaliciones se estipuló el método de divisor electoral D’Hont modificado (con la línea de divisores 1.42, 2, 3, 4, 5, etcétera. Seguido por números naturales)¹⁶³ en un escrutinio. Al usar el primer divisor 1.42 en lugar de 1 (D’Hont sin modificar debería reducir las posibilidades de que partidos pequeños ganen en el primer mandato).

Todos los cambios mencionados antes, sin excluir los cambios en lo referente a las preferencias, fueron controvertidos por el presidente y por un grupo de Senadores ante la Corte Constitucional (en adelante CC), argumentando que estos cambios no eran acordes con la norma constitucional, principalmente para proteger el principio de pluralismo y libre competencia de partidos políticos y el sistema proporcional estipulado en la Constitución para las elecciones de la CD y proponiendo su abolición.

La CC examinó el caso y todos los cambios controvertidos (con excepción del aumento a las cláusulas de cierre) por decisión (CC, decisión 64/2001) tomada el 24 de enero de 2001, por su inconstitucionalidad (en especial con su inconformidad con los principios constitucionales antes mencionados). La Corte CC examinó en especial hasta qué punto el nuevo arreglo corresponde con el sistema electoral proporcional. En su decisión, la CC resolvió, entre otras cosas lo que sigue: el sistema proporcional “hace posible la representación máxima de todas las opiniones e intereses en un parlamento, aleja a las mayorías excesivas, aporta la creación de mayorías sobre las bases de discusiones y compromiso”. El sistema proporcional es típico por su sistema de diferenciación, pero “alguna limitación de diferenciación al distribuir los mandatos se hace necesaria y por lo tanto posible”. En el escrutinio es la interferencia del principio de diferenciación con el “principio de integración lo que permite hacer a la mayoría política capaz de crear al gobierno y de aportar la competencia legislativa, pues de estas elecciones se constituye

¹⁶² Ello significó que hasta este cambio eran en promedio 25 mandatos por distrito (200/8) y después del cambio había cinco mandatos por distrito (200/35).

¹⁶³ El método D’Hont no modificado de divisor electoral tiene sólo números naturales, empezando con el uno.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

la cámara”. Esto significa que el sistema proporcional¹⁶⁴ necesita algunos elementos de integración, aunque su base proporcional deba ser asegurada. En la opinión de la CC en un caso examinado el número creciente de distritos a 35, la estipulación del número más bajo de mandatos en un distrito a cuatro¹⁶⁵ y utilizando el método D’Hont modificado forman en suma tal concentración de elementos de integración que en su resultado lleva a abandonar las características del sistema proporcional.

La CC también notó (sobre el resultados de las elecciones de 1998) que los distritos electorales crecientes son capaces de aumentar significativamente. Al pasar la barrera para ganar al menos un mandato, puede incrementarse (a excepción de la cláusula de cierre estipulada legalmente) la “cláusula de cierre natural” hasta 10.5% en algunos distritos y aun si fuera de 19% en otros distritos (la cláusula de cierre natural promedio es en todos los distritos alrededor del 14.7%) en lo que respecta al sistema proporcional para la CD en la constitución también es necesario “con respecto a los estímulos de integración y a la insistencia puesta sobre la función habilidad del sistema político democrático simultáneamente, seguir la necesidad de reflexión sobre la voluntad preferentemente de un máximo número de votantes”. El nuevo arreglo atiende a una hipertrofia “no funciona y es inadmisibles en elementos de integración en el sistema proporcional”.¹⁶⁶

Las cláusulas de cierre con mayores porcentajes no fueron abolidas por la CC, porque, de acuerdo con su opinión, las razones para el arreglo de la cláusula de cierre son varios, de manera que esta cláusula está en la discreción de un legislador, quien se encuentra “de manera natural mínimamente atado al porcentaje a la cláusula de cierre para un partido político”.¹⁶⁷

4. Elecciones parlamentarias en 2002, 2006 y 2010 (14 distritos multimandato)

Como resultado de la decisión tomada por la CC, la cual había abolido partes de la ley electoral, existía una necesidad de “reparar” tales “lagunas” con la actividad legislativa

¹⁶⁴ Este sistema está basado, como se sabe, en el principio de amplia representación de los sujetos políticos en el cuerpo electo y proporción directa entre votos y mandatos.

¹⁶⁵ Tal ordenamiento es inconsistente con el principio de igualdad en el derecho al voto.

¹⁶⁶ “Las tendencias integracionales se multiplican y se modifican significativamente con el sistema Hare, que utiliza en este caso el divisor electoral 1.42. El tamaño de los distritos electorales es un elemento determinante en el sistema proporcional, de manera que por un lado está el distrito más grande —el mismo resultado proporcional, y por otro, el distrito más pequeño— resultado que está lejos del principio de proporcionalidad” (CC Decisión 64/2001).

¹⁶⁷ (CC Decisión 64/2001).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

del Parlamento para que las elecciones próximas se pudieran llevar a cabo. Por la ley del parlamento aprobada para esas elecciones (2002)¹⁶⁸ se estableció un nuevo arreglo que también comprendía algunos elementos de mayoría y que en principio es utilizada para la elección de la CD hasta el día de hoy.

Las listas de candidatos cerradas permanecieron sin cambios en la mencionada Ley de las Elecciones del Parlamento de la República Checa (ver más adelante) así como un máximo de dos preferencias que puede hacer un votante en una lista, y se abolió el número necesario de utilización de preferencia (1/10) de los votantes para la aplicación de presencias. El 10% de las preferencias necesarias para un candidato se redujo de nuevo a 7%. En lo que respecta a los distritos electorales se estipuló un nuevo arreglo, según el cual los distritos electorales son iguales a las administraciones regionales (creadas en 1997 y en vigor desde el 1 de enero de 2000 y con un número de 14).¹⁶⁹ Estos distritos (como los ocho anteriores) no son iguales en lo que respecta a la cantidad de habitantes. El uso de la CMR para determinar el monto de mandatos para los distritos quedó sin cambio alguno. El sistema electoral quedó organizado por un escrutinio con método D'Hont de divisor electoral (con divisores 1, 2, 3 etcétera, seguido de números naturales) la cláusula de cierre permaneció sin cambios en la mencionada enmienda a la Ley de Elecciones al Parlamento de la República Checa, esto es 5, 10, 15 y 20%. El mismo sistema se utilizó en las elecciones de 2006¹⁷⁰ y para las elecciones de 2010.¹⁷¹ Para las elecciones de 2010 aumentó el número de preferencias utilizadas por el votante a cuatro y el número de preferencias necesarias para un candidato se redujo de nuevo a 5%.

El arreglo legal que siguió la mencionada decisión 64/2001 se puede considerar como un arreglo que estabilizaba el sistema electoral en la República Checa (con algunos cambios pequeños ha sido utilizada por más de ocho años). Este acuerdo comprendía, en comparación con el que se utilizó en 1998, más elementos de mayoría: mayor número de distritos electorales, usualmente con un número menor de mandatos, utilizaba el método D'Hont como divisor electoral, abolía el número necesario de votantes, que usaban la preferencia de votación, y finalmente reducía el porcentaje de preferencias por candidato. El arreglo final mencionado sobre la votación preferente jugó un papel importante en las elecciones de 2010, en las que muchos candidatos accedieron a la CD

¹⁶⁸ Estas elecciones se efectuaron el 14 y 15 de junio de 2002.

¹⁶⁹ Esto significa en promedio alrededor de 14 mandatos por distrito.

¹⁷⁰ Estas elecciones se efectuaron el 2 y 3 de junio de 2006.

¹⁷¹ Estas elecciones (las últimas elecciones para el CD hasta ahora) se efectuaron el 28 y 29 de mayo de 2010.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

por preferencias. De esta manera se puede llegar a la conclusión de que el porcentaje reducido de preferencias necesarias por candidato de 5% (en conexión con el número acordado finalmente de preferencias posibles utilizadas por un votante —4—) es un fuerte factor de motivación para la participación de los votantes para las elecciones:

De 2006 a 2010 se presentaron algunas propuestas para cambiar las preferencias: una de ellas sugería el aumento de preferencias posibles por el votante de hasta 5 y una reducción necesaria del porcentaje de preferencias por un candidato del 2%: esto significaba aumentar la importancia de las preferencias y elevar la personalización del voto, así como aumentar los elementos de mayoría en el sistema electoral y aumentar la motivación de los votantes a participar en las elecciones (Chamber of Deputies, Propuesta No. 1029).

Otra propuesta, por el contrario, era la reducción a dos de las posibles preferencias de los votantes y aumentar el porcentaje necesario para una candidatura de 7% (y regresar al acuerdo de 2002). Esta propuesta estaba apuntalada con el argumento de que la alta preferencia de un votante y el bajo porcentaje de preferencias necesario para un candidato es una ventaja peligrosa para los candidatos de las grandes ciudades, en donde no es un problema para ellos alcanzar tal porcentaje, en comparación con los municipios medianos y pequeños. Esto causaría que la CD se conformara especialmente con diputados de las grandes ciudades. El importante papel de las preferencias (a favor de las ciudades) podría ser una desmotivación para los votantes de los municipios medianos y pequeños para votar (por la composición de la CD con diputados de las grandes ciudades). Este papel también podría degradar la cultura política, pues antes de las elecciones algunos diputados podrían hacer todo por aparecer en los medios para obtener más preferencias; lo que podría acarrear rebeliones y la obstrucción de programas electorales. (CD, propuesta No. 998) sin embargo, ninguna de estas dos propuestas fue adoptada.

A pesar de estos elementos de mayoría (además de un umbral de acceso al escrutinio más alto) el sistema político en la República Checa no fue siempre estable en el pasado (así hubo un problema para formar una mayoría estable en la CD, en especial de 2006 a 2010, cuando se planearon también las elecciones anticipadas) y además se utilizaron distritos (que no eran iguales respecto a la cantidad de sus habitantes) que originaron desproporciones no compatibles con el principio del derecho igual al voto (este derecho también incluye la igualdad de los distritos electorales), este acuerdo legal de elecciones es la parte sobreviviente del “pacto de oposición”, en el que los intentos anteriores de reforma fueron abolidos por la CC y después de ello era aceptable un modelo de mayoría del sistema proporcional.

5. El intento de reforma del sistema electoral de 2009 y su resultado

En el periodo electoral anterior para la CD (2006-2010, el quinto periodo electoral) se buscó un sistema electoral que pudiera resolver los problemas mencionados del sistema presente (desproporciones, inequidad entre los distritos y problemas con la creación de una mayoría estable en la CD). El gobierno asumió la tarea de resolver estos problemas y estudió los sistemas electorales en otros países (Grecia, Italia, Holanda, Polonia y Escocia). Elaboró diversas variantes de reforma para al final escoger una de ellas y presentarla al legislador (CD, propuesta No. 758) el 3 de marzo de 2009.

En el reporte que acompañaba esta propuesta se mencionaba que el sistema electoral actual no crea suficientes condiciones para la formación de un gobierno estable. De manera relativamente igual da fuerza a los dos partidos más grandes (conservadores y socialdemócratas) que obtienen ganancias desproporcionales de los mandatos a costa de los partidos pequeños con alto potencial de coalición. Le da al ganador dos posibilidades: una gran coalición (o pacto de oposición) o una coalición muy frágil con partidos pequeños sub-representados proporcionalmente. Por ejemplo, uno de los partidos políticos pequeños, Los Verdes (partido ambientalista), debería obtener en las elecciones de 2006 (por proporcionalidad matemáticamente pura) alrededor de 13 mandatos, pero obtuvo solamente seis.

El divisor D'Hont utilizado no tiene un efecto proporcional por sí mismo, pero su comportamiento depende del número de distritos electorales. El sistema de divisor D'Hont en 14 distritos puede considerarse como el elemento que contribuye a la desproporcionalidad. En su papel en tanto distribución proporcional de los votos también es importante el tamaño de los distritos electorales. (CD, Propuesta No. 758).

La tabla de abajo (CD, Propuesta No. 758) muestra cuántos votos válidos fueron necesarios para ganar un mandato por partido político individual en las elecciones a la CD en 2006:

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

TABLA I
VOTOS PARA GANAR MANDATO POR PARTIDO POLÍTICO INDIVIDUAL

Partido político	Total de votos válidos ganados	Total de mandatos ganados	Cantidad de votos necesaria para ganar un mandato
Conservadores	1,892,475	81	23,364
Socialdemócratas	1,728,827	74	23,363
Comunistas	685,328	26	26,359
Democrata-cristianos	386,706	13	29,747
Verdes	336,487	6	56,081

La desproporcionalidad del sistema en cuanto a los votos válidos necesarios para ganar un mandato es producto del tamaño considerablemente diferente de los distritos (entre los 14 distritos existen algunos con alta densidad proporcional y algunos con muy pocos habitantes) respectivamente por el número de votantes, quienes participaron en elecciones. Esto implica un número marcadamente diferente de mandatos distribuidos en cada distrito. Por ejemplo, en 2006 el número de mandatos era entre 5 y 25 (los dos distritos más pequeños tenían 5 y 8 mandatos y los distritos más grandes tenían 23 y 25 mandatos). El resultado en grandes distritos mostró cierta desproporcionalidad, en distritos pequeños y medianos (que son la mayoría) son altamente desproporcionales. En los distritos en los que el número de mandatos es mayor, también es mayor la posibilidad de que los partidos pequeños ganen un mandato.

Este estado en alguna medida, levanta dudas sobre la igualdad del derecho al voto activo (desde el punto de vista de los votantes, ya que un voto en diferentes distritos tiene considerablemente diferente peso y con respecto al cumplimiento del principio de representación proporcional (desde el punto de vista de los partidos electorales y los candidatos individuales) (CD, Propuesta No. 758).

Para resolver los problemas mencionados se planearon, a través de la Propuesta 758, importantes cambios en la ley electoral. La listas de candidatos se debían presentar para 14 distritos electorales, ya que los partidos políticos están organizados territorialmente de acuerdo con la división de autoadministración del estado (14 distritos electorales corresponden a las regiones administrativas), pero estos 14 distritos electorales están de nuevo relacionados con los así llamados “distritos conjuntos” (con un número

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

de 8),¹⁷² de manera de que habría distritos con un número igual de habitantes en principio. Algunos de los distritos conjuntos debería comprender sólo un distrito electoral, algunos de ellos, dos distritos electorales y un distrito conjunto debería comprender tres distritos electorales.

Después de las votaciones se distribuyen los mandatos de CMR entre los distritos. De nuevo se deberán estipular dos escrutinios, la cláusula de cierre permaneció intacta (5, 10, 15, 20%). En el primer escrutinio se debían distribuir los mandatos en distritos conjuntos a los partidos políticos (coaliciones por la cuota electoral de Hagenbach-Bischoff).¹⁷³ Los mandatos deberían entonces ser distribuidos en lista de candidatos en distritos electorales (esto es no aplicada a distritos conjuntos, que sólo comprenden un distrito electoral) por el método divisor D'Hont. Los mandatos debían distribuirse a los candidatos de acuerdo a la secuencia de la lista o (en principio) de acuerdo a las preferencias (este sistema no cambió; en caso de que la reforma se aplicara, el monto de preferencia posible usado por un votante sería de cuatro y el monto de preferencia necesaria para un candidato sería cinco).¹⁷⁴

Todos los mandatos que no hayan sido distribuidos en el primer escrutinio deben darse (en el segundo escrutinio) como un bono electoral (para el beneficio de la posibilidad de crear una mayoría estable en la CD), a un partido político (o coalición) que obtuviera el número más alto de votos válidos en todos los distritos electorales. En el caso de que más partidos (coaliciones) tengan el mismo número de votos en todos los distritos, estos partidos (coaliciones) obtendrían los mandatos igualmente. En el caso de que no sea posible distribuir todos los mandatos, los mandatos restantes se distribuirán por sorteo:

Para los propósitos del Segundo escrutinio, cada partido político (o coalición) que haya registrado una lista de candidatos en al menos un distrito electoral, debe presentar al menos 20 días antes de la elección a la oficina de estadística Checa (la oficina encargada de llevar a cabo los cálculos de los escrutinios) su lista a nivel nacional. En dicha lista deben aparecer todos los candidatos de las listas de los distritos electorales en el orden que establezca el partido (o coalición). En el segundo

¹⁷² Estos distritos conjuntos no debían ser iguales a los ocho distritos usados en 1998.

¹⁷³ En caso de que por este método se distribuya un mandato de más (de los estipulados para ese distrito), ese mandato se retira al partido en el que el distrito conjunto tenga el resto más pequeño. En caso de empate de restos, el mandato se le retira al partido que haya obtenido el menor número de votos del distrito conjunto. Si aún hubiera empate, se decidirá por sorteo.

¹⁷⁴ Estos números fueron dados a la ley electoral antes de presentar la propuesta mencionada.

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

escrutinio los mandatos se deben distribuir de acuerdo con el orden de candidatos en la lista. Antes de la distribución, serán removidos de las listas los candidatos que obtuvieron un mandato en el primer escrutinio.

La aplicación del sistema electoral de acuerdo con la propuesta número 758, en caso de su adopción fue planeada para su uso en las elecciones de 2010; esta iniciativa, sin embargo, no fue aceptada. Tres semanas después de presentar el proyecto a la CD fue que ésta proclamó el veto de desconfianza al gobierno. Se conformó un nuevo gobierno (de transición), y el mencionado proyecto fue rechazado por la CD (el 10 de junio de 2009).

IV. ELECCIONES PARLAMENTARIAS EN LA REPÚBLICA ESLOVACA (1993-2010)

De acuerdo con la Constitución de la República Eslovaca “el único órgano legislativo de la República Eslovaca” es la NCRE, que tiene 150 miembros electos para un término de cuatro años “los diputados son electos en elecciones directas iguales y universales por sufragio secreto”. Los detalles, en cuanto a las elecciones, deben ser provistos por la ley: como se mencionó, la ley reglamentaria sirvió hasta 2004 con la Ley de Elecciones para el Consejo Nacional Eslovaco (desde 1993 para las elecciones del NCRE).

Las primeras elecciones al NCRE se llevaron a cabo (como elecciones anticipadas) en 1994.¹⁷⁵ El primer sistema electoral organizado para esto fue muy similar al sistema para elegir a la AF. También en estas elecciones se utilizaron las listas cerradas de candidatos, el votante tenía permitido utilizar una lista con hasta cuatro preferencias, y también utilizó los mismos (cuatro) distritos electorales (con el mismo método de CMR). Como en las elecciones de la CNE en 1992 en ambos escrutinios se utilizaba la cuota electoral Hagenbach-Bischoff; las cláusulas de cierre eran las mismas que en las elecciones del CNE en 1992 (5, 7, 10%). Para la aplicación de preferencias, se utilizó el mismo arreglo que para el caso de las elecciones de la AF, con 10% de las preferencias.

Las siguientes elecciones de conformidad con la Ley de Elecciones del Consejo Nacional Eslovaco se llevaron a cabo en 1998.¹⁷⁶ En comparación con el sistema usado en 1994 había de nuevo listas de candidatos cerradas con máximo de cuatro preferencias,

¹⁷⁵ El 30 de septiembre y el 1 de octubre de 1994.

¹⁷⁶ El 25 y 26 de septiembre de 1998.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

pero se habían hecho cambios importantes. Los cuatros distritos electorales anteriores fueron suplantados por un solo distrito electoral nacional (por eso el uso del CME fue abolido); la cláusula de cierre fue una solamente (de 5%) y eran necesario alcanzarla por un solo partido y también por todos los miembros –partidos– de la coalición (si había una coalición); en un escrutinio (debido solamente a un distrito electoral) se usaba la fórmula Hagenbach-Bischoff:

En caso de que, por este método no se distribuyeran todos los mandatos, los restantes se otorgarán subsecuentemente a los partidos con el más alto divisor remanente; en caso de empate de restos se tomará en cuenta el número de votos por el partido; si aun hubiese empate, se hará por sorteo. En caso de que por tal método se distribuya un mandato más (de lo que se había estipulado), este mandato es retirado del partido con el menor divisor restante; en caso de empate de los restos, se tomará en cuenta el número de votos; si hay empate de nuevo, se hará por sorteo. Estos métodos se aplicaron en 2002, 2006 y 2010 (en 2006 y 2010 de conformidad con la nueva Ley Electoral).

Para la aplicación de preferencias se utilizaba el mismo arreglo que en el caso de las elecciones de la AF, con 10% de preferencias (lo mismo aplicó en 2002).

Las últimas elecciones de conformidad de la Ley de Elecciones del Consejo Nacional Eslovaco se realizaron en 2002.¹⁷⁷ En comparación con las elecciones de 1998 se utilizaron de nuevo listas cerradas de candidatos con un máximo de cuatro preferencias, un distrito electoral y un escrutinio con la formula Hagenbach-Bischoff. Las cláusulas de cierre regresaron a como estaban en 1992 y 1994.

En 2004, la NCR aprobó la nueva ley electoral (LE 2004) que está vigente hasta este momento y que fue utilizada para las elecciones de 2006 y 2010.¹⁷⁸ En lo que corresponde al método electoral utilizado, esta ley estuvo en principio inspirada por el acuerdo legal previo. Las elecciones de 2006 y 2010 se llevaron a cabo sobre los mismos principios de 2002 (ver más arriba). Sólo en lo que se refiere en la aplicación de preferencias no es necesario alcanzar un número de votantes que hayan utilizado el voto de preferencia (como en la AF de al menos 1/10). El número de votantes que usaron el voto de preferencia no era relevante. Lo relevante era el porcentaje de preferencias por un candidato (al menos tres puntos porcentuales de todos los votos válidos para su candidato) esto (el

¹⁷⁷ Del 20 al 21 de septiembre de 2002.

¹⁷⁸ El 17 de junio de 2006 (elecciones adelantadas) y el 12 junio de 2010.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

remover el número necesario de uso de preferencias y el reducir el porcentaje de preferencias para un candidato) da a las elecciones del “partido” más elementos personales (y también elementos de mayoría al sistema proporcional) y más atención a la voluntad de los votantes, en lo que se refiere a los candidatos de un cuerpo electo.

Del análisis de las elecciones en Eslovaquia se puede concluir que el arreglo legal muestra una fuerte continuidad. En todas las elecciones en Eslovaquia se usó el sistema electoral proporcional de cuota electoral (en su mayoría de Hagenbach-Bischoff). Los eslovacos no hicieron ningún intento por cambiarlo, por ejemplo, al de divisor electoral (en comparación con la República Checa). El principio de integración se salva por una cláusula de cierre variable y progresivo (para un partido con un candidato y más dependiendo de la cantidad de miembros de la coalición –5,7,10%–). El principal elemento reformador en la evolución de la legislatura electoral eslovaca es su transición del sistema de doble escrutinio con más distritos electorales (a un distrito electoral con un escrutinio). También es típica la cada vez mayor apertura al voto preferente (también al abolir el número necesario de votantes que utilizó el voto preferente por última vez). Lo importante es sólo el porcentaje de preferencias por un candidato. Tal sistema corresponde realmente a los principios de diferenciación en su sistema proporcional y al derecho universal al voto (con la aplicación necesaria de elementos de integración).¹⁷⁹ También se puede mencionar que este sistema presenta una estabilidad relativa actualmente en Eslovaquia.

V. CONCLUSIONES

Como conclusión del análisis y comparación de los institutos electorales en la República Checa y en la República Eslovaca, se puede establecer que el arreglo legal vigente en Eslovaquia para elecciones parlamentarias está estabilizado, especialmente después del importante cambio de sustituir los cuatro distritos electorales anteriores, por un distrito electoral nacional, y que no muestra problemas con la proporcionalidad e igual al derecho al voto. Una mayor apertura al uso de las preferencias asegura a los votantes la posibilidad de llevar a cabo su voluntad, como es el caso de la composición personal del cuerpo electo (lo mismo puede decirse sobre la República Checa). Los elementos de integración adecuados (cláusulas de cierre) aseguran sobre todo el sólido nivel de estabilidad del sistema político.

¹⁷⁹ Por el uso de la cláusula de cierre.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

El acuerdo legal en la República Checa muestra cierta discontinuidad con el arreglo en la anterior Checoslovaquia: la cuota electoral se sustituyó por el divisor electoral (contrario a Eslovaquia, en donde es, en principio, una continuidad –todo el tiempo se utiliza la cuota electoral–). Las tareas de la República Checa para dar mayores elementos de integración al sistema electoral (con el propósito de mayor estabilidad) fueron exitosos sólo parcialmente: el intento de cambio de 2000 (sistema D'Hont modificado en 35 distritos) fue vetado por decisión de la Corte Constitucional, debido a la incompatibilidad de sus principios de un sistema electoral proporcional; otro intento de cambio en 2009 (cuota Hagenbach-Bischoff en ochos distritos conjuntos con el bono electoral en el segundo escrutinio fue rechazada por la CD); y el arreglo válido actualmente (divisor electoral D'Hont en 14 distritos) es problemático, debido a la desigualdad de los distritos anexados con el método electoral utilizado y ha causado desproporcionalidad en cuanto hace a los partidos políticos más pequeños (lo que choca con el principio del voto universal). Los elementos de integración también implementados (además de las cláusulas de cierre) no aseguran en ningún momento la estabilidad del sistema político. Todo lo antes mencionado significa que el sistema electoral en la República Checa requiere mayores reformas para erradicar los problemas mencionados. Esto se puede lograr creando más distritos iguales (o solamente un distrito electoral nacional) en conjunto con el método electoral (Eslovaquia puede ser un modelo en este tema), y también con algunas variantes del voto electoral (en favor de la estabilidad del sistema político).

VI. RESUMEN

Este ensayo analiza y compara las instituciones electorales de la República Checa y Eslovaca de acuerdo con su arreglo legal, así como una comparación a lo largo del tiempo (de 1990 a 2010), en sistemas electorales proporcionales, en especial en lo que se refiere al método electoral utilizado, los distritos electorales utilizados y cláusula de cierre en cada caso, así como los principios fundamentales para elecciones justas (incluyendo los principios de diferenciación e integración). Todo esto se estudia en lo concerniente a la Cámara de Diputados (Cámara baja del Parlamento bicameral de la República Checa) y el consejo nacional de la República Eslovaca (Parlamento Eslovaco unicameral). En este contexto, este estudio propone reformas a la legislación electoral y sus resultados.

VII. FUENTES CONSULTADAS

- Act on the elections to Czech National Council. 1990. No 54. Czech Republic: Collection of laws. Czech National Council.
- Act on the elections to Federal Assembly. 1990. No. 47. Czech and Slovak Federative Republic: Collection of laws. Federal Assembly of Czech and Slovak Federative Republic.
- Act on the elections to National Council of the Slovak Republic. 2004. No. 333. Slovak Republic: Collection of laws. National Council of the Slovak Republic.
- Act on the elections to Parliament of the Czech Republic. 1995. No. 247. Czech Republic: Collection of laws. Parliament of Czech Republic.
- Act on the elections to Slovak National Council. 1990. No. 80. Slovak Republic: Collection of laws. Slovak National Council.
- Amendment of act on the elections to Parliament of the Czech Republic. 2000 No. 204. Czech Republic: Collection of laws. Parliament of Czech Republic.
- CRC. Constitución de la República Checa. 1993. No. 1 (constitutional act). Czech Republic: Collection of laws. Czech National Council.
- CRC. Constitución de la República Checa. 1993. *Ley Constitucional de CNC No. 1/1993 C .I.*
- CRE. Constitución de la República Eslovaca 1992. No. 460. Slovak Republic: Collection of laws. Slovak National Council.
- Constitutional act on Czechoslovak federation. 1968. No. 143. Czechoslovak Socialist Republic: Collection of laws. National Assembly of Czechoslovak Socialist Republic.
- Constitution from 1960: Constitution of Czechoslovak Socialist Republic. 1960. No. 100 (constitutional act). Czechoslovak Republic: Collection of laws. National Assembly of Czechoslovak Republic.
- cc. Corte Constitucional. Decisión No. 64/2001 C. I.
- Decision 64/2001. Czech Republic: Collection of laws. Constitutional Court of Czech Republic.
- LAF. Ley de la Asamblea Federal No. 47/1990 C. I. sobre las elecciones a la Asamblea Federal.
- LCNC. Ley del Consejo Nacional Checo No. 54/1990 C. I. sobre las elecciones al Consejo Nacional Checo.
- LCNE. Ley del Consejo Nacional Eslovaco No. 80/1990 C. I. sobre las elecciones al Consejo Nacional Eslovaco.
- LE. Ley Electoral. 2000. Ley No. 204/2000
- LE. Ley Electoral. 2004 Ley No. 333/2004 C. I.
- Proposal No. 758. Server of Chamber of Deputies of Parliament of Czech Republic. <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=758&CT1=0> (consulted on Nov. 2nd, 2010).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las reformas del sistema electoral en el espejo de los principios constitucionales

Proposal No. 998. Server of Chamber of Deputies of Parliament of Czech Republic. <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=998&CT1=0> (consulted on Nov. 2nd, 2010).

Proposal No. 1029. Server of Chamber of Deputies of Parliament of Czech Republic. <http://www.psp.cz/sqw/text/tiskt.sqw?O=5&CT=1029&CT1=0> (consulted on Nov. 2nd, 2010).

Volby.cz. Electoral server of Czech statistic office. <http://www.volby.cz/> (consulted on Nov. 2nd, 2010).

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral y sus consecuencias democráticas*

Dr. Ron Levy**

* Traducido por Antonio Márquez Aguilar, profesor de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México y asesor del Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

** Escuela de Derecho, Universidad de Griffith, Australia. ron.levy@griffith.edu.au Graem Orr y Honni van Rijswijk ofrecieron su ayuda dando lecturas cuidadosas y comentarios a este artículo.

SUMARIO

I. Introducción: un final escurridizo; II. Conceptos de justicia; III. Cartografía electoral justa en Australia y más allá de las fronteras: justicia negativa contra justicia positiva, IV. Fuentes consultadas

Este capítulo delinea tres concepciones de igualdad en la ley electoral utilizando el ejemplo del trazado de linderos. Una tradición de igualdad “positiva” en Australia y Canadá –aunque cambió recientemente– parece ser más democráticamente representativa y coherente que los conceptos “negativos” y “perfeccionistas” dominantes en el cuerpo legal norteamericano.

La creciente eficiencia de la distritación partidista ha dañado el proceso democrático a un grado que nuestros predecesores apenas imaginaban.

David Souter,
juez retirado de la Suprema Corte de los Estados Unidos¹⁸⁰

I. INTRODUCCIÓN: UN FINAL ESCURRIDIZO

La igualdad en la gobernanza es escurridiza en la mejor de las ocasiones, pero asegurar la igualdad de la regulación electoral significa otro tipo de problema. Aquí la desigualdad tiene efectos multiplicadores.

Cuando los políticos escriben las bases de la democracia –trazando las condiciones de su propio poder– se enfrentan a iniciativas para ayudarse a sí mismos a permanecer más tiempo en el gobierno, contrario a las “presencias de sus votantes” (Klarman 1997) y cuando las facciones en el gobierno regulan las elecciones inequitativamente, regresando así al poder prácticamente sin oposición, pueden regular ampliamente y sin rendir cuentas a nadie en muchas otras áreas del sector público.

¹⁸⁰ En Estados Unidos se le llama “redistribución” al proceso de trazado de linderos electorales y en Canadá prefieren el término “reajuste”. Utilizaré el término “redistribución”. Asimismo, el término “electorado” es equivalente al término estadounidense de “distritos” o a los “ridings” en Canadá (Vieth vs. Jubelirer 2004).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral y sus consecuencias democráticas

El complejo proceso de trazar los linderos para los electorados parlamentarios es propenso a la manipulación partidista. Dos técnicas de manipulación básica son la desproporcionalidad y el *gerrymandering*.¹⁸¹ Ambos ayudan a suprimir el número de asientos de sus oponentes y ambos aparecen en las historias de la cartografía electoral del mundo. Los partidarios a cargo del proceso pueden causar desproporcionalidad al sobrecargar con muchos votantes electorados en donde los oponentes tienen buena aceptación. El valor de cada voto en electorados sobredimensionados se reduce comparado con aquellos con tamaños más modestos.

En la práctica de la cartografía electoral moderna, sin embargo, la mayoría de las jurisdicciones impone una regla legal de “un voto, un valor” (“1 v-1 v”), lo que ayuda a mantener números más o menos iguales de votantes entre distritos. Aun así, esta regla deja espacio a los partidistas para hacer *gerrymandering*. Un mapa electoral con *gerrymandering* es un producto más indirecto de acomodo de los números demográficos. Al hacerlo, se dibujan asociaciones entre, por ejemplo, el voto obrero y la clase trabajadora o los ciudadanos con educación universitaria de posgrado, cuya ubicación en el mapa puede ser conocida por los datos del censo. Los programas especializados en computadora dispararon estas posibilidades desde la década de 1980. Con el clic de un mouse, los funcionarios a cargo (si ellos controlan la cartografía electoral) pueden redistribuir los linderos para dividir a los oponentes en números de su mayoría en los diferentes distritos (“quebrados”), o concentrarlos en mayorías sobre proporcionadas en muy pocos (“empacados”) (Lublin y McDonald 2006). Los resultados han representado las manifestaciones más excéntricas de la democracia de decisiones partidistas que producen figuras exóticas en los mapas electorales. Dedos largos y afilados siguen los caminos del país para unir enclaves distanciados de votantes (Brenna 2003). Los linderos rodean bloques demográficos, sirviendo como formas de Rorschach para los estudiosos de la democracia que observan narices (Coaldrake 1978), orejas¹⁸² y, desde luego, salamandras (Anon 2004).

Para responder a estos problemas en el siglo xx, las comisiones independientes normalmente quitaron la redistribución de linderos de las manos de los legisladores. La Commonwealth australiana adoptó primero el nuevo modelo de regulación independiente basada en una comisión a principios de ese siglo. Aunque muchas jurisdicciones, incluyendo Bretaña y Canadá, más adelante siguieron su ejemplo, algunas de las ex-

¹⁸¹ *Gerrymandering* es un vocablo de uso frecuente en la ciencia política. Se refiere a un “término técnico tomado del inglés norteamericano para la distribución de las circunscripciones electorales (...) de acuerdo a criterios partidistas” (Nohlen 2006).

¹⁸² *Ibidem*.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral y sus consecuencias democráticas

cepciones más notables incluyen un número de estados norteamericanos en donde el *gerrymandering* permanece previsiblemente endémico.

Las comisiones normalmente reemplazan los enfoques partidistas de las legislaturas para la cartografía con algunas nociones de redistribución más equitativa. Más allá de esto, las soluciones de la comisión son notablemente diferentes de un lugar a otro. La idea de equidad implícita en cada jurisdicción varía notoriamente y, en su gran diversidad, no todas las soluciones han dejado atrás al partidismo. En este capítulo observo las distintas ideas de equidad que informan la redistribución electoral en el Commonwealth australiano, los estados australianos y más allá de las fronteras; conceptos que llaman al escrutinio como lo experimentan las jurisdicciones australianas con reformas a veces sorprendentes. Otras tipologías podrían organizar los conceptos de equidad de otra forma. Aún así, el lente analítico ofrecido en este capítulo es una manera útil de distinguir —y trazar las relaciones— entre las comisiones encargadas de establecer los linderos electorales.

En el contexto de la cartografía electoral, o cualquier regulación electoral, algunas cuestiones se derivan de este tipo de tipología de la equidad. Existen preguntas de aplicación: ¿En donde aparecen los tipos de equidad en las prácticas australianas y extranjeras de regulación electoral? Existen preguntas más difíciles y normativas sobre las virtudes de cada modelo. Por ejemplo: ¿Cuáles son las consecuencias electorales partidistas, si las hay, de los diferentes modelos de equidad aplicados? Además, ¿algunos modelos funcionan más sutilmente que otros estando en mejor posición para minimizar su defunción o para asegurar la confianza y credibilidad ante el público? De una u otra forma, tal cuestión aparece con frecuencia en la literatura (Hasen 2005), (Grofman, y Lijphart 2003). Éstos son importantes, de hecho, las consecuencias políticas de desigualdad o de disfunción endémica de la regulación electoral deberían de ser las preocupaciones claves del diseño electoral.

Sin embargo, este capítulo se enfoca en un asunto aún más fundamental y en ocasiones inadvertido: si los conceptos de justicia se adecuan a la democracia efectiva. Como el juez Souter, muchos observadores son críticos de los presuntos efectos antidemocráticos del *gerrymandering*. Éste es un capítulo de las consecuencias para la democracia de la no utilización del *gerrymandering* sino las soluciones a éstas. La elección del modelo para restaurar el trazado justo de linderos o fronteras resulta como reflejo de las preferencias de los votantes. Desde luego que existen visiones enfrentadas acerca de qué valores son deseables en un proceso democrático, y que debemos considerar tales incertidumbres básicas antes de juzgar los modelos de justicia por sus prospectos democráticos. A menos que la “democracia” sea una noción sin contenido, el diseño institucional debe

adoptar modelos de justicia contemplando un ideal coherente de práctica democrática en mente. Si efectivamente lo hace, es el asunto central de este capítulo.

II. CONCEPTOS DE JUSTICIA

Las leyes electorales construyen implícitamente la justicia en uno o más de las siguientes tres formas: perfeccionista, positiva y negativa.

1. Democracia perfeccionista

En este caso los jueces y las leyes imponen la justicia en la regulación electoral al dictar una serie de resultados adelantados. La justicia perfeccionista es una forma de justicia de “primer orden”. Las nociones de primer orden de justicia prescriben limitantes exclusivas y en ocasiones precisas sobre los resultados de la toma de decisiones (Gutmann y Thompson 1999). Por ejemplo, la justicia puede entenderse en un sentido rawlsiano, como un conjunto de principios que detallan cómo los bienes sociales escasos deben estar distribuidos (Rawls 1971). Una decisión que produce desviación sustancial es entonces injusta. En contraste, los conceptos de “segundo orden” de la justicia no prescriben los resultados sustantivos de la toma de decisiones justas, sino que sólo determinan formas particulares de un proceso justo.

Las sombras del pensamiento perfeccionista son evidentes en los juicios de la corte y la legislación que controla el trazado de las fronteras electorales. En el mapeo electoral para el Commonwealth, el perfeccionismo es evidente, sobre todo en la regla de 1v-1v como se ha desarrollado. Las tolerancias son ahora de más-menos 3.5%, de manera que cada electorado tendrá, “en la medida de lo posible”, un número de votantes dentro de 3.5% del promedio (CEA). Estos lineamientos estipulan un resultado en la toma de decisiones y dejan poco margen de tolerancia. La mejor referencia del perfeccionismo en el trazado de linderos, sin embargo, es el régimen federal electoral estadounidense que permite un 1 de variación en los distritos de la Cámara de Representantes (Karcher vs. Daggett 1983).¹⁸³ Por el contrario, en Australia existen cortes más tolerantes para los parlamentos estatales, normalmente en el rango de 10%, y, en algunos electorales rurales con gran extensión geográfica, dos estados –Queen Slan y Wester Australia– permiten variaciones más dramáticas de la media (Orr y Levy 2009). Las distintas versiones de la

¹⁸³ Al hablar sobre una regla de igualdad implícita en el artículo I, § 2 de la Constitución.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral y sus consecuencias democráticas

regla 1v-1v, entonces, son más o menos perfeccionistas. Generalmente la flexibilidad es antitética al perfeccionismo, en algunos casos –como en la tolerancia federal en Canadá de 25%– la regla 1v-1v es tan flexible que no es realmente perfeccionista. Una de las principales dificultades del perfeccionismo en la justicia es que existe a menudo poco consenso en cuanto a lo que es justo en un sentido de primer orden. Las diferentes perspectivas sobre el contenido de la ley están más en contra que de acuerdo sobre qué tipos de leyes son justas. Esto se refleja en la observación hecha con frecuencia de que un grupo del lado perdedor de una disputa sobre la hechura de una ley es más probable que vaya de acuerdo con una decisión que es resultado de un proceso que se entiende ampliamente como justo (Tyler 1998). Como lo veremos adelante, algunas reformas a la regulación del trazado de fronteras electorales en Australia ha asumido este precepto en favor de resultados más predeterminados y perfeccionistas.

2. Justicia positiva

Los conceptos de justicia positiva y negativa son de segundo orden. La justicia de segundo orden, como se ha observado, es una justicia de proceso más que de resultados. En este sentido, es más modesta que la justicia de primer orden. La justicia positiva en la legislación electoral describe sólo la capacidad y la apertura de mente necesarias de quien toma las decisiones para hacerlo justamente. La premisa es que no podemos determinar desde antes cual será un resultado justo, pero que podemos al menos tener alguna certidumbre de que el proceso asegurará un contenido justo. Para promover la justicia en un sentido positivo, entonces, la legislación que establece una comisión de redistribución podría especificar un conjunto de principios generales para quien toma las decisiones para el trazado o retrazado de los mapas electorales. La justicia positiva es una expectativa de que cuando ellos tengan los argumentos y los datos duros frente a sí de quiénes decidan, mantendrán adhesión a todo el rango y la profundidad de los principios de toma de decisiones concernientes al problema en mano.¹⁸⁴

Lo que realmente importa para un principio “relevante” depende del contexto en la arena de la regulación de los linderos electorales, una teoría limpia –aunque no de manera inevitable– de la representación democrática es puesta en marcha. Esta teoría, a cambio, modela todos o la mayoría de los principios que deberían regir la toma de decisiones de redistribución. El mandato clave en la legislación llama a mantener juntas

¹⁸⁴ Esta formulación y otras son comunes en la literatura de toma de decisiones. Ver ejemplos listados en (Levy 2007).

a las “comunidades de interés”.¹⁸⁵ Las líneas limítrofes no deberían dividir un enclave de votantes definido por una identidad discreta, como las comunidades indígenas. Otros principios sólo llenan los detalles del mandato de las comunidades de interés, por ejemplo. Las características geográficas como ríos, llanuras y líneas del tren deberían dividir a los electorales lo menos posible.¹⁸⁶ Además, no existe aún en el trazado de fronteras, en su lugar, los grupos de votantes duros dentro de un electorado permanecen casi estáticos, sin tomar en cuenta para establecer mejor una comunidad compartida.¹⁸⁷ Los comisionados entonces siguen la regla de la inercia histórica, actualizando los electorados sólo en sus márgenes y de manera gradual. En algunas jurisdicciones las reglas de colindancias y densidad también indican que los electorados no deben conectar comunidades distantes y diferentes, como es el caso de los suburbios internos y las zonas de baja densidad poblacional (Gelman y King 1996).¹⁸⁸ El trazado de los límites electorales, en general, es una herramienta que ayuda a los miembros del parlamento a servir en una función representativa en particular. Al hacer que los electores voten juntos como comunidades de interés unidas, el mapeo electoral presupone –pero también asegura– que los electores comparten un conjunto de interés e identidades coherentes.

Las instituciones y leyes electorales diseñados con la justicia positiva en mente no se apartan de la definición de principios que informan la toma de decisiones para un contexto en particular.

3. Justicia negativa

Una serie de objeciones a la justicia positiva se hacen inmediatamente obvias. Los principios que guían a quienes toman las decisiones en este trabajo son vagos. La teoría en que la democracia a la que esos principios dan efectos es aún más vaga. El establecer un consenso sobre las teorías fundacionales aplicables (o que deberían aplicar) puede ser problemático, porque la búsqueda por un sentimiento unificado al respecto puede resultar evasiva. Presupone de manera cuestionable la confiabilidad de quienes toman las decisiones. Nos muestra un cuadro de decisores con la capacidad intelectual y el

¹⁸⁵ CEA s 66(3)(b)(i). No es seguro que los ciudadanos de esa comunidad votarán de nuevo por los mismos candidatos, pero tampoco es ese el punto. Lo más importante es promover que los candidatos electorales a que reconozcan intereses comunes de los ciudadanos y la competencia por su apoyo.

¹⁸⁶ CEA s 66(3)(b)(iv).

¹⁸⁷ CEA s 66(3)(b)(v).

¹⁸⁸ En Estados Unidos, la “protección a minorías” es también un criterio recurrente, impuesto en parte por las secciones 2 y 5 del *Voting Rights Act 1965* 42 U.S.C. 1973c (2000).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral y sus consecuencias democráticas

compromiso normativo de ayudar a su democracia a alcanzar un conjunto de fines últimos al aplicar principios y teorías relevantes.¹⁸⁹ Para los escépticos del poder de la ley, establecer estándares de comportamiento social y político, la justicia positiva, es un modelo insuficiente.

La justicia negativa atiende a estas preocupaciones al tomar una ruta más fácil, menos abierta a las objeciones obvias. El concepto negativo es de hecho el más modesto de los tres: en lo posible, la justicia negativa sale de las definiciones afirmativas de justicia, sin decirnos lo que es la justicia sino solamente lo que no es. Lo más importante, en el concepto negativo, la toma de decisiones justas, no puede ser sustancialmente partidista (Landau, Reid y Yershov 2009). No debe de forma primaria servir los intereses de un grupo de identidad o un grupo de poder. Si se trata de ser un decisor no partidista debe, desde luego, ver hacia otras cosas. Sin embargo, no está claro que un contenido positivo pueda suplir la ausencia de motivación partidista. La justicia negativa podría dejarnos con poco sentido de cómo se deben de tomar las decisiones, sino es de manera partidista.

La justicia negativa lleva a cierta forma de regulación institucional, a la que llamó el modelo “balanceado” (Levy 2008). En los Estados Unidos, el enfoque para redistribución de límites electorales tanto federales como estatales, es definido a menudo por una comisión “bipartidista” (Lublin y McDonald).

Esta estrategia de equilibrio precisa una negociación entre partidos, de los cuales los dos suponen maximizados sus propios resultados en la próxima elección. El objetivo del balance es equilibrar partidismo contra partidismo para minimizar el desvío partidista. No es posible eliminar el partidismo por una definición legal sustantiva, se piensa, porque el acto de definición del contenido no partidista en la toma de decisiones de la ley será también sujeto de manipulación partidista.¹⁹⁰ El enfoque del equilibrio es entonces un asunto procesal dejando a los partidos la tarea de determinar por sí mismos qué es justo y qué es injusto.

El balance hace uso de los partidismos en competencia, promoviendo que los contendientes se enfrenten y contrapesen de manera que la polarización se neutralice. El proceso es normalmente litigado y casi siempre contenido. Como lo apuntaron Helman y King, la regulación de fronteras electorales es “una de las formas más conflictivas de regular la política en los Estados Unidos” (Gelman y King).

¹⁸⁹ Yo comento este criterio en Levy, *Judicial Selections*.

¹⁹⁰ El modelo de equilibrio es una forma de “hoja de balance” de los partidos políticos y no entre ramas del gobierno, y generalmente carece de una forma legal de evaluación de la toma de decisiones.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral y sus consecuencias democráticas

Los enfoques negativos y de balance son populares entre los teóricos y los reformadores impresionados por ciertas supuestas realidades de la ley y en el ejercicio del poder público. Estos enfoques reflejan algún desgaste sobre el establecimiento de principios electorales afirmativos en la ley. En el corazón del concepto original existe duda sobre la posibilidad de que quienes toman las decisiones puedan siempre resistirse a la tentación de actuar de manera partidista. El partidismo infecta todas las etapas de hechura de la ley y del establecimiento de estándares, nos dice el argumento, de manera que la política más sabia es, en la medida de lo posible, evitar el definir estándares sustantivos. Por ejemplo, Landau, Reid y Yershov, al proponer un sistema de redistribución de balance equitativo entre los “dos partidos” de la política estadounidense “remarca que la ‘justicia’ de la propuesta no se basa en una noción fija de lo que es deseable, sino más bien en las preferencias de los participantes” (Landau).

En resumen, el modelo de justicia negativa, expresado institucionalmente mediante el balance, en un proceso de contienda política y legal los partidos se enfrentan a la tarea de definir el contenido de la justicia en lugar de dejar ese contenido a lo preestablecido en la ley.¹⁹¹

III CARTOGRAFÍA ELECTORAL JUSTA EN AUSTRALIA Y MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS: JUSTICIA NEGATIVA CONTRA JUSTICIA POSITIVA

El principio fundamental que gobierna —o debería gobernar— los asuntos humanos, si quisiéramos evitar los malos entendidos, los conflictos o las utopías sin sentido, es la negociación. El modelo de negociación es un bazar oriental: el vendedor te pide 10, tú ofreces 3, él te dice 9; tú, 4; él se baja a 8, tú te subes a 5, y los dos quedan en 6. Al final, si estás interesado en estos bienes y él está interesado en venderlos, los dos quedan satisfechos (Eco 1997).

Como herramientas de democracia efectiva, la justicia negativa y el equilibrio, aunque son conceptos simples, a menudo fallan, justo debido a esta simplicidad. La justicia positiva es más compleja pero también potencialmente más robusta. Aunque es difícil de determinar y están abiertos a las consideraciones hechas arriba, los intentos afirmativos

¹⁹¹ Para asegurarse, los sistemas que partieron de supuestos de justicia negativa también ordenaban que quienes toman decisiones deberían rendir cuentas a las comunidades de interés y a otros factores (de poder). Combinaciones de justicia positiva, negativa y perfeccionista son comunes, pero un enfoque predominantemente negativo o perfeccionista puede dejar “sin dientes” a los principios de justicia positiva.

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral y sus consecuencias democráticas

por definir a la justicia valen la pena el riesgo. Podríamos, después de todo, elevar un conjunto de críticas diversas en contra del concepto negativo del trazado de fronteras. Esta sección se enfoca en una de estas críticas. La justicia negativa ayuda a lograr uno de los principales propósitos de las elecciones –reflejar las preferencias del público–. La justicia negativa es antidemocrática en la medida en que confunde a la democracia con los partidos políticos; es básicamente una forma de justicia entre partidos políticos en lugar de entre votantes. Permite a los partidos establecer los términos y límites de la expresión democrática pública, en lugar de que suceda al revés.

Para ilustrar algunos de estos problemas, primero consideremos algunos casos de justicia negativa en el proceso estadounidense descentralizado. La Constitución de los Estados Unidos, como es interpretada, confiere a los estados la tarea de trazar los límites federales dentro de sus territorios.¹⁹² La mayoría de las legislaturas estatales redistribuyen las fronteras federales a través de actos normales de legislación. Sin embargo, de acuerdo con Lublin y McDonald, “diecinueve estados usan una comisión en algún punto del proceso de redistribución, ya sea como autoridad primaria o como un refuerzo para el proceso legislativo si ocurre un *impasse*” (Lublin y McDonald). En algunos estados, las comisiones permanecen aparentemente apartidistas¹⁹³ –al sugerir que el partidismo es producto del diseño institucional más que de la cultura política nacional–. Sin embargo, el partidismo de la comisión es en otros casos la regla general para las comisiones de redistribución en los EU. Los comisionados del modelo de equilibrio no son propiamente “independientes”, sino que más bien representan uno de los dos principales partidos políticos y se orientan en favor de resultados para sus intereses electorales (McDonald).

Para un modelo de equilibrio, los resultados negociados con base en la competencia partidista pueden ser apropiados en algunos contextos. Existen casos en que los partidos pueden empatar en la mitad de sus posturas opuestas, como si regatearan en un tianguis. La política fiscal es un ejemplo oportuno. Los contendientes de dos doctrinas enfrentadas y razonablemente válidas –de rectitud fiscal y de un fondeo generoso para servicios sociales, por ejemplo– pueden sensiblemente allanar sus diferencias. Aun así, existen casos en los que la negociación y el empate a la mitad pueden ser métodos inapropiados para romper un *impasse* partidista. El escribir reglas básicas democráticas justas puede ser el caso. El trazado de los límites electorales a través de un proceso de equilibrio apunta a garantizar, tanto como sea posible, que los partidos más grandes

¹⁹² En la Constitución de los Estados Unidos, el Art. I, § 2, cl. 3 llama a la “Enumeración... dentro de cada... término de diez años, de manera que lo dirigirá [el Congreso]”. Aunque la Constitución no lo dispone explícitamente, los sistemas para trazar los límites de distritos cambian de estado a estado.

¹⁹³ *Ibidem*.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral y sus consecuencias democráticas

terminan acumulando un “equilibrio” de asientos después de las elecciones. En las jurisdicciones en las que una comisión bipartidista lleva a cabo el proceso de trazado de linderos, sus miembros se mueven de los niveles de partidismo ya sea en números iguales o en proporción con la membresía partidista actual en la legislatura. No es de sorprender que en muchos estados de Estados Unidos el anterior enfoque recoja una cuenta de asientos dividida equitativamente, mientras que en ejercicios posteriores, por diseño, se favorece al partido mayoritario con un desequilibrio en los asientos —en otras palabras, un *gerrymandering*—. ¹⁹⁴ Cualquiera de estos dos resultados está lejos de los objetivos claves de la democracia. Una arena negociada predetermina la elección. No ayuda que las elecciones estén balanceadas equitativamente sobre bases bipartidistas, las elecciones siguen estando sustancialmente predeterminadas por la línea de los partidos. El valor del voto popular disminuye en la medida en que los resultados de las elecciones están preordenados por un acuerdo partidista. El sistema democrático equilibrado trastoca una de las principales funciones de la democracia: la de medir las preferencias del público (Landau).

En Estados Unidos, entonces, el sistema federal, sobre la premisa del equilibrio comprende —con notables excepciones— algunos distritos en los que la legislatura estatal trazó un *gerrymandering* y otros en los que las comisiones trazaron los *gerrymanderings* o impusieron asientos legislativos igualmente para ambos partidos. Ya sea que el modelo de equilibrio sea entonces antidemocrático, depende en parte de si el *gerrymandering* compromete la gobernanza democrática —un punto muy debatido—. Algunos analistas aportan soporte empírico al contar el número de asientos legislativos asegurados desde antes de las elecciones. De acuerdo con Pildes, existen “cuatrocientos asientos seguros en el congreso”, ¹⁹⁵ al sugerir que votar puede ser ocioso para la mayoría de los ciudadanos estadounidenses. Si Pildes tiene razón, el mapa electoral con *gerrymandering* en Estados Unidos deja los votos efectivos sólo para los ciudadanos que residen en los 35 distritos restantes de la casa de representantes. En su propio estudio, Lublin y McDonald discurren sobre la utilidad y la fácil medición de estándares empíricos de “competitividad” y “oposición”, y concurren con Pildes sobre los efectos del *gerrymandering* (Lublin y McDonald 1977).

Aún existe duda de qué tanto es el *gerrymandering* por sí mismo lo que produce asientos seguros. La demografía simple podría fijar las elecciones para algunos parti-

¹⁹⁴ *Ibidem*. Todas las comisiones canadienses con base partidista en el nivel provincial han obtenido resultados similares: Courtney, John, *Commissioned Ridings: Designing Canada's Electoral Districts*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 2001, pp. 107-112, 293.

¹⁹⁵ Citado en (Toobin 2003). Ver también (Backstrom 2006).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral y sus consecuencias democráticas

dos sin tener conciencia de ello, por ejemplo, para los partidos progresistas en la zona urbana del sur de Chicago multicultural y la zona urbana de Sidney, o para los partidos conservadores en la Nebraska rural o la provincia de Queensland. De hecho, autores como Grofman y Jacobson, Gelman y King, y Persily sugieren que el *gerrymandering* no ha afectado significativamente la competencia por los asientos del congreso (Grofman y Gary 2003), (Grofman 2003), (Gelman y King 2002).¹⁹⁶ Algunos señalan lo estrechamente dividida de la Cámara en los tiempos modernos. ¿Qué tanto puede el *gerrymandering* ser negativo si no otorga preferencia clara de ninguno de los dos partidos sobre el otro? Por otra parte, a la luz del fenómeno de “triangulación” presente desde 1990 en adelante, las elecciones cerradas no son el único dato relevante. Un partido que pierde elecciones emite sus mensajes políticos de conformidad, prefiriendo utilizar políticas de sus oponentes en lugar de seguir perdiendo (Arts y Verschuren 1999).

Pero más allá de las ganancias perdidas de los partidos, existe un problema democrático más intrínseco si el equilibrio produce normalmente *gerrymandering*. En enfoque sobre el equilibrio partidista detiene lo que debería ser uno de los principales objetivos de la democracia: la expresión robusta de preferencias públicas. Persily y otros que son escépticos sobre los efectos antidemocráticos del *gerrymandering* están conformes con ver a las facciones pasarse el poder de vez en vez (Tushnet 2004). En un sistema de equilibrio un partido político controla transitoriamente las ramas del gobierno y por ello es capaz de promover su propia agenda política sin mayor oposición. Sin embargo, tal arreglo puede ser autolimitante: los regímenes se mantienen en su lugar preservados por mapas electorales con *gerrymandering* hasta que la oposición popular hacia ellos se levanta a un punto suficiente para dislocar al partido gobernante.¹⁹⁷ La justicia negativa y el modelo de equilibrio anticipan la regularidad de la negociación del poder, sin permanencia de ninguna de las dos partes, a pesar de los mejores esfuerzos de los líderes de partido (Rove 2006). Lowenstein y Steinberg entonces minimizan la severidad del *gerrymandering*; a la luz de la capacidad de la autocorrección, argumentan que las cortes y la constitución deberían quedarse fuera del juego de reajustes (Lowenstein y Steinberg 1985). Citan el ejemplo de Arizona, en donde un referéndum hecho por iniciativa ciudadana ordenó la creación de una comisión independiente y término aparentemente con una

¹⁹⁶ Gelman y King, en *Advantages of Conflictual Redistricting*, sugieren que aunque la polarización partidista en la redistribución reduce la responsabilidad de los votantes, algunas polarizaciones tienen costos aceptables de asegurar la responsabilidad en general a través de la redistribución. Como muchos autores, no intentan reinventar el trazado de fronteras para mejorar la responsabilidad sin aumentar sustancialmente la polarización.

¹⁹⁷ Para un ejemplo australiano, ver (Orr y Levy).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral y sus consecuencias democráticas

serie de redistribuciones controladas por la mayoría. La perspectiva de “autocorrección” también tiene apoyo judicial: el juez O’Connor, en el juicio Davis vs. Bandemer, aludió el papel de los gobernadores estatales, quienes pueden vetar mapas partidistas trazados por las legislaturas estatales de la Cámara de representantes de Estados Unidos (Davis vs. Bandemer 1986).

En efecto, la expectativa de vaivenes dependientes del péndulo electoral puede no reflejar la realidad. Aunque los demócratas comenzaron a retomar el Congreso en 2006, un congreso menos consolidado y con *gerrymandering* habría elegido a uno más demócrata. Más allá de estas quejas empíricas, la noción de equilibrio está abierta a una crítica más fundamental. La asimilación general en Estados Unidos del equilibrio en una ley electoral refleja la racionalidad popular clásica antitiranía. Esto se expresa, por ejemplo, en los documentos del federalista y trabajos anteriores, en los que la práctica política estadounidense antitiranía existe desde el principio en la Constitución postrevolucionaria y, de hecho, permanece como un punto clave de referencia legal (Olmstead vs. US 1928), (INS vs. Chadha 1983), (New York vs. US 1992). El diseño institucional estadounidense permanece atrapado de alguna forma en una trampa de tiempo, reducido a reproducir una batalla del siglo XVIII con un monarca despótico. Desde luego no podemos hacer a un lado esta corriente del pensamiento por anacrónica: los gobiernos aún son despóticos. Pero la comprensión moderna más vasta de la democracia se enfoca no solamente al limitar el poder, sino al valor de dar poder al discurso político de los ciudadanos e influencia pública como un fin en sí mismo. Puede de hecho ser el caso que ningún *gerrymandering* dure para siempre. Aun así, un modelo de poder que da expectativas de cambiar de gobierno entre partidos, permitiendo a cada uno dominar de vez en vez, no refleja la complejidad de las preferencias populares. Los altos niveles de consenso popular en contra de quien ocupa el poder son necesarios antes de que un partido con *gerrymandering* es removido del poder, por ejemplo, al terminar la reciente dominación de los republicanos en la Cámara de los Representantes estadounidense y transformando el Queensland de Bjelke-Petersen.¹⁹⁸ Tal intensidad en el sentir podría enraizarse en la vasta y profunda desaprobación de un partido incompetente que permanece más tiempo de lo debido. Mientras tanto, sin embargo, la democracia por equilibrio deja poco espacio para el amplio rango de sentimientos populares y falla al mostrar la indignación en contra del gobierno en turno. “Así, las jurisdicciones australianas conforman las comisiones de redistribución con funcionarios sin partido, en especial, funcionarios públicos y jueces” (Hughes y Jaensch 1979).

¹⁹⁸ (Orr and Levy)

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral y sus consecuencias democráticas

Cualquier proceso de trazado de linderos comienza con la designación del personal que delinearán los mapas electorales. Esta designación ayuda a establecer el tenor de la redistribución quizás más que cualquier otro factor. Los procesos australianos expresan implícitamente la confianza en la independencia e imparcialidad de los comisionados de la redistribución. A diferencia de la normatividad estadounidense, no existe siquiera la sugerencia de cuál sería el papel que podrían jugar los funcionarios de los partidos políticos en Australia. Al nivel del Commonwealth, cuatro funcionarios seleccionan los Comités de Redistribución para cada estado: el comisionado electoral australiano y el oficial electoral para el Estado, junto con dos oficiales del gobierno estatal, el contralor general (o equivalente) y el auditor general (Orr 2010).¹⁹⁹ El uso de los jueces en el proceso también refleja la presunta necesidad de imparcialidad e independencia. El proceso en el Commonwealth incluye la silla judicial en la Comisión Electoral, a quien el gobierno escoge de una lista de tres candidatos nominados por el juez en jefe de la Corte Federal.²⁰⁰ De manera similar, los jueces dirigen la mayoría de las comisiones de redistribución estatales.

Existe, entonces, un involucramiento oblicuo de las ramas políticas el seleccionar a los miembros. Una pared de separación, aun más general, divide el proceso de redistribución de los actores políticos que pueden ganar o perder de él. Esta norma de independencia se consolidó cuando en Australia se conformaron por primera vez las comisiones de redistribución. Otros siguieron el liderazgo de Australia, como los parlamentos de Gran Bretaña y Canadá. Las tres jurisdicciones delegaron la redistribución a comisiones independientes con el objetivo expreso de traer justicia a un proceso manifiestamente injusto (Lyons 1969). De hecho, durante la última mitad del siglo, en especial Canadá y Australia –dos democracias federales, poco pobladas y derivadas del sistema de Westminster que han evolucionado sustantivamente en su práctica de redistribución– se observan la una a la otra. No obstante, las comisiones federales de Canadá trataron de rescatar la visión de la redistribución apolítica un paso más allá, al incluir académicos y algunos miembros de otras profesiones no relacionadas –la policía, trabajadores sociales, entre otros–. En general,²⁰¹ el concepto de justicia positiva funciona: los funcionarios de partidos no pueden jugar un papel determinante y los comisionados independientes cuentan con la confianza de aplicar los principios de las comunidades de interés sustancialmente sin poner atención a las consecuencias políticas.

¹⁹⁹ CEA s 60.

²⁰⁰ CEA ss 6(4), 70.

²⁰¹ Véase Courtney, *Commissioned Ridings*, pp. 107-112, 293.

IV. JUSTICIA PERFECCIONISTA CONTRA JUSTICIA POSITIVA

El concepto positivo de justicia prevalece en Australia, aunque existen excepciones importantes. El ejemplo más dramático es un paso hacia el perfeccionismo que en Sudaustralia se acercó demasiado a la brecha entre la distribución y sus consecuencias políticas. Ahora la constitución estatal ordena a los comisionados predecir los asientos por partido después de la elección. En la sección 83 comienza la provisión de “justicia electoral y otros criterios”:

Al hacer la redistribución electoral, la Comisión debe asegurarse de que, en la medida de lo posible, la redistribución electoral es justa con los potenciales candidatos y grupos de candidatos, de manera que, si los candidatos de un grupo en particular atraen más del 50% del voto popular... serían electos en número suficiente para permitir la formación del gobierno.²⁰²

La justicia se concibe en términos de candidatos y “grupos” (partidos), no de votantes. De manera interesante, la subsección posterior reafirma el papel de los factores tradicionales, tales como la geografía, la topografía y las comunidades de interés, aunque éstas están implícitas en “otros criterios” apuntados al principio de esa sección.

Ya establecimos que el equilibrio es un intento por asegurar la justicia entre partidos al ponerlos en conjunto a cargo del proceso de redistribución. De la misma manera, el modo de perfeccionismo electoral en Sudaustralia establece los resultados de las redistribuciones –y de las elecciones– con el interés de los partidos en mente. La regla de 50% de la sección 83 fue promovida como una herramienta para corregir la terrible distorsión de la votación de un distrito con un solo miembro, el cual de vez en cuando mantiene a los partidos fuera del gobierno, aun cuando estos aseguren las mayorías del voto popular.²⁰³ En efecto, antes de la nueva disposición de justicia electoral, las elecciones bajo el principio 1v-1v se desviaron hacia el Partido Laborista (Jaensch 2002). Vale la pena preguntarse, sin embargo, en dónde los desarrollos perfeccionistas dejan votantes, si como individuos o en sus otras alianzas más políticas, como miembros de interés y grupos de identidad no definidos directamente por una membresía de partido. ¿Puede la justicia entre partidos conseguir una posición adecuada para todos estos otros aspectos de la vida pública de los ciudadanos que ellos quisieran traer al proceso político?

²⁰² Constitution Act 1934 (SA) s 83.

²⁰³ Para una evaluación favourable de el s 83 como una garantía de justicia, ver (Newton-Farrelly, 2009).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral y sus consecuencias democráticas

La innovación en Sudaustralia no es solamente la incursión perfeccionista en la justicia australiana. Lo más común es la elevación del principio 1v-1v como un requisito de exactitud al trazar linderos. En el pasado este precepto fue un factor para considerar entre varios. Pero las reglas perfeccionistas del 1v-1v permitieron una tolerancia de, digamos, 5% o menos, partiendo de la justicia positiva al limitar los otros principios que quienes toman las decisiones son libres de aplicar. Un 1v-1v más estricto ensombreció los principios de comunidades de interés, la categoría conceptual tradicional en Australia y otras democracias derivadas del sistema de Westminster que eligen a sus parlamentarios en electorados de un solo miembro para promover la representación local con base en cada circunscripción.

El caso Raiche, un episodio raro en el que una corte canadiense revocó las decisiones de una comisión al trazar linderos, nos ayuda a aclarar los potenciales retrocesos de nivelar el 1v-1v sobre las comunidades de interés (Raiche vs. Canadá 2004). La corte echó atrás una regla auto-impuesta de 10% de tolerancia, en donde la legislación había permitido un margen de 25%. Esta regla más estricta tuvo el resultado específico de expulsar una comunidad distinta (New Brunswick Acadians) de una posición dominante en el electorado. Al aplicar el 1v-1v de forma estricta, la comisión se vio forzada a dividir a la comunidad y distribuir sus partes en electorados de mayoría inglesa. En un país en el que el francés está consagrado en la Constitución, era difícil negar que los acadianos —que se establecieron en 1604, exiliados de Francia desde mediados del siglo XVIII, y restablecidos de nuevo— constituyen un grupo históricamente consistente y discreto. Este ejemplo nos demuestra, en muchos casos, que las comunidades de interés podrían no encajar perfectamente dentro de los límites de los electorados cuando los números son inflexibles.

Las decisiones en Australia y Canadá han evitado por mucho el perfeccionismo, expresando dudas acerca del trazado de linderos 1v-1v como una característica *sine qua non*. Las cortes podrían entrar a revertir la desviación del trazado de linderos injusto. Pero en los casos McKinlay (Attorney 1975),²⁰⁴ McGinty (McGinty vs. Western, Australia 1996) y (en Canadá) Carter (RREBCA), las cortes suscribieron de manera directa u oblicua la importancia de las comunidades de interés y por ello rechazaron echar abajo puntos de partidas más modestos que el 1v-1v.²⁰⁵ La posición judicial de no involucrarse de confianza a los comisionados con la discreción típica de la justicia positiva, y significó

²⁰⁴ *Attorney-General (Cth); ex rel McKinlay v Commonwealth* (1975) 135 CLR 1.

²⁰⁵ For a defence of the flexible approach, see Creighton, Peter 'Apportioning Electoral Districts in a Representative Democracy', *UWA Law Review*, 1994, vol. 24, pp. 78-101.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral y sus consecuencias democráticas

un voto de fe en el proceso que ha demostrado por largo tiempo estar bien cimentado —aunque no siempre— en el pasado. A principios de la década de 1970, en el tiempo de McKinlay, los electorados desproporcionados (“zonas” o “áreas” de electorados múltiples puestos juntos) eran aún la norma en Sudaustralia, Queensland, Australia Occidental y Tasmania.²⁰⁶ Pero al final de cuentas, las jurisdicciones australianas no trazaron linderos justos, sino con excepciones menores discutibles.

Por otro lado, existen signos de cambios en Australia y Canadá hacia restricciones más cerradas del 1v-1v, tal vez en línea con la tendencia más general de declinar la confianza en la gobernanza desde la década de 1960. El mandato legislativo del 1v-1v en Australia, mencionado con anterioridad, y que apunta a 3.5% de tolerancia es especialmente estrecho. Además, la falta de garantías individuales podría explicar la resistencia de la Suprema Corte hacia el 1v-1v; sin embargo, en más de una década desde McGinty, con el fallo Roach, que desde entonces descubrió nuevos derechos constitucionales de participación igual en la arena electoral Roach v (*Electoral Commissioner*), la corte podría prepararse para ceder parte de su reserva. Y en Canadá las cortes en casos recientes estuvieron sujetas a seguir el enfoque flexible de Carter, aunque no de buen modo (RREBCA). Si existe una lección en el caso canadiense es que los jueces están listos para empezar un reajuste disciplinario bajo fórmulas de mayor exactitud, si el tema regresa a la Suprema Corte canadiense.

¿Cuál podría ser la consecuencia democrática de una tendencia hacia una justicia proteccionista más estricta? Tal como lo notó una comisión de linderos en Sudaustralia, antes de los tiempos de la sección 83, mantener la justicia entre las fortunas de los partidos es algo parecido a la quiromancia —la interpretación de los sueños para predecir el futuro—, (*City vs. Prince, Edwards Island 1998*), (*East York vs. Ontario 1997*). De hecho, por un lado, tal vez no podamos hacer las predicciones electorales necesarias. Puede no ser de utilidad el adivinar si los votantes apoyarán a cualquier partido con más de 50%, tal como incluso las encuestas más cercanas al día de la elección que dejan dudas.

Estas dudas empíricas no perciben discrepancias más profundas sustentadas en los propósitos democráticos del trazado de linderos. Tal vez no deberíamos apresurar las comisiones de linderos al adivinar los resultados de las votaciones, si el sobrepasar los principios de justicia positiva en el trazado de linderos significa saltar un paso importante en el proceso electoral. Bajo el esquema sudaustraliano u otros sistemas perfeccionistas,

²⁰⁶ Orr & Levy, ‘Electoral Malapportionment’; Williams, George, ‘Sounding the Core of Representative Democracy: Implied Freedoms and Electoral Reform’, *Melbourne University Law Review*, 1995, vol. 20, pp. 848-870, at p. 856; Stokes, Michael ‘A Tangled Web: Redistributing Electoral Boundaries for Tasmania’s Legislative Council’, *University of Tasmania Law Review*, 1996, vol. 15, pp. 143-195.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral y sus consecuencias democráticas

los comisionados de linderos añaden votantes a los electorados de acuerdo con el apoyo partidista presupuesto. Como se percibe, otros criterios para añadir votantes también están a la mano, tales como intereses o identidades, factores mucho más diversos que el apoyo partidista. En efecto, el amplio grupo del Partido Laborista incluye, por ejemplo, votantes urbanos con educación de posgrados, enclaves étnicos, minorías religiosas, grupos indígenas, trabajadores en algunos sectores organizados, etcétera. De manera tradicional, las comunidades del modelo de interés de representación ayudan a añadir votantes a tales grupos distintivos, para presentar sus diversas y a menudo conflictivas preocupaciones ante el parlamento. Aún cuando normalmente votan por el mismo partido, los grupos de apoyo laborista en ocasiones discurren en temas sustantivos de política. La construcción perfeccionista de partidos políticos está comparativamente vacía de contenido político sustantivo. Conjunta a votantes con poco más en común que sus presuntas intenciones de voto. Esto ubica al carro adelante del caballo al darle a los partidos prioridad sobre grupos moderados de gente que, bajo el modelo tradicional de representación, llevó a sus partidos en direcciones diferentes –y contradictorias–.

El pensamiento que privilegia los partidos sobre los votantes es lamentable en la medida en que se ve a la política representativa local como prioridad. Desde luego, la opción siempre está abierta a adoptar un sistema de representación proporcional, con su propio conjunto de debilidades y fortalezas democráticas. Aunque los sistemas proporcionales que explícitamente ponen primero a los partidos pueden compensarse con una democracia intrapartidista fuerte para dar cabida a diversas perspectivas. Si el sistema electoral se mantiene con la forma de un solo miembro, pero está cada vez más basado en el partido, podría retener los peores elementos de cada sistema. Primero, los sistemas de un solo miembro vigentes ahora en Australia no disponen de manera especial el involucramiento ciudadano robusto al formular la política partidista. De hecho, el involucramiento popular en los partidos australianos ha tenido una larga tendencia hacia la baja.

Segundo, al observar el ejemplo estadounidense, la pérdida de un margen de justicia positiva entre las decisiones y los resultados normalmente lleva a quien toma las decisiones a enfocarse primero a los consecuencias partidistas de los mapas electorales (Levy). Así, al retener la forma de gobierno de un solo miembro, se mantiene la posibilidad. Lo mismo sería verdad bajo un sistema de representación proporcional absoluto.

Y, finalmente, si las circunscripciones se pueden organizar con apoyo partidista, como en la enmienda sudaustraliana, o están sujetas a reglas 1v-1v cada vez más estrictas, el resultado podría simplemente derribar el principal propósito de una democracia de un solo miembro. Estas dos medidas perfeccionistas apuntalan una representación con mayor base local de gente agregada de acuerdo con su identidad común. Aunque el

agregar comunidades de interés basadas en grupos de identidad local es determinante, y un punto de partida de la democracia representativa con base en la circunscripción.

V. CONCLUSIÓN

Puede ser difícil predecir el futuro de la justicia en Australia. Por ejemplo, la innovación en Australia es un intento que parece superficial de suavizar los excesos de la democracia de distritos de un solo miembro, pero que puede ser crítico: una idea que puede influenciar el diseño institucional en otras partes. De manera alternativa, puede ser un ejemplo interesante de variación democrática en una federación, pero un callejón sin salida para la institución. El objetivo de este capítulo no fue, sin embargo, hacer predicciones, sino más bien desenredar las perspectivas conceptuales para el trazado justo de los linderos electorales y considerar las consecuencias democráticas de cada uno.

El modelo positivo clásico en Australia, Canadá y Gran Bretaña daba poder a las comisiones independientes de manera indirecta con poderes que aplicaban los principios de las comunidades de interés. No obstante, las comisiones pueden no haber escapado de un clima generalizado de pérdida de confianza en el gobierno, lo que refuerza la sospecha de que tal comisión retenía poder. El trazado de linderos sobre bases negativas y perfeccionistas ofrece, entonces, alternativas llamativas.

Aun así, la ironía de las reformas modernas es que ambas alternativas delegan poder a elementos en el gobierno que pueden ser los menos confiables (y dignos de confianza) de todos: los partidos políticos. Los conceptos en evolución de la justicia deben mantener una coherencia básica mínima y en este sentido las alternativas enfocadas a los partidos son problemáticas. Los granjeros estadounidenses organizaron la Cámara de Representantes en distritos con la esperanza de que, tal como en Westminster, los miembros representarían a las comunidades locales. Pero, como hemos visto, la justicia negativa –cuyas semillas teóricas también plantaron los granjeros– rechaza las nociones de términos coherentes establecidos de justicia y le da a los partidos en confrontación a definir las reglas básicas justas en una democracia. Reglas que están siempre en flujo y que pueden ser incapaces de sostener la representación teórica de las comunidades de interés de democracia, o, de hecho, cualquier enfoque coherente. Por otra parte, la incoherencia del perfeccionismo es un producto más sutil de objetivos contradictorios. Si una teoría de la representación democrática basada en partidos surge, ésta deberá definir y guiar la justicia a través del proceso electoral, no solamente como un fin o como un ideal. Los experimentos en el perfeccionismo han dejado casi intocadas las viejas formas de representación basada en las circunscripciones al partir de las nociones de

las comunidades de interés, y a menudo insinuando calladamente la dominación de un partido en el lugar.

Nota del traductor:

En este caso, la palabra *fairness* en inglés equivale a dos vocablos en español: *justicia* e *imparcialidad*. En este texto se traduce como la primera, aunque se asume que en español justicia tiene un significado mucho más amplio que *fairness* en inglés.

VI. FUENTES CONSULTADAS

- Adams, Bruce. 1977 "A Model State Reapportionment Process: The Continuing Quest for Fair and Effective Representation" *Harvard Journal on Legislation*, vol. 14, pp. 825-904.
- Arts, Bas and Verschuren, Piet. 1999. "Assessing Political Influence in Complex Decision-Making: An Instrument Based on Triangulation", *International Political Science Review*, 1999, vol. 20.
- Brennan, Timothy. 2003. 'Cleaning Out the Augean Stables: Pennsylvania's Most Recent Redistricting and a Call to Clean up This Messy Process', *Widener Law Journal*, 2003, vol. 13, pp. 235-349.
- Charles Backstrom, Samuel Krislov, and Leonard Robins. 2006. "Desperately Seeking Standards: The Court's Frustrating Attempts to Limit Political Gerrymandering", *Political Science and Politics*, 2006, vol. 39, pp. 409-415.
- Charlottetown (City) v Prince Edward Island* (1998), 168 DLR (4th) 79.
- Coaldrake, Peter. 1978. *Working the System: Government in Queensland*, UQ Press, Brisbane.
- CEA. *Commonwealth Electoral Act 1902* (Cth) ('CEA').
- (City) v Prince Edward Island* (1998), 168 DLR (4th) 79
- Constitution Act 1934 (SA).
- Constitution Act, 1982* (Canada) ss 16-23.
- Courtney, John. 2001. *Commissioned Ridings: Designing Canada's Electoral Districts*. Montreal: McGill-Queen's University Press.
- Creighton, Peter. 1994. "Apportioning Electoral Districts in a Representative Democracy", *UWA Law Review*, vol. 24, pp. 78-101.
- Davis v Bandemer* 478 US 109 (1986).
- East York (Borough) vs. Ontario* (1997), 36 OR (3d) 733.
- Eco, Umberto. 2007. *Turning Back the Clock*, Harvill Secker, New York.
- Ex rel McKinlay v Commonwealth*. 1975. 135 CLR 1.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral y sus consecuencias democráticas

- Fitzgerald, Thomas. 2006. "Democratic Victory Owes Much to Moderate Voters", *The Philadelphia Inquirer*, 8 November, p. A1.
- Friends of Democracy* [1999] NWTJ No. 28.
- Gelman, Andrew and King, Gary. 1996. "Advantages of Conflictual Redistricting" in D. Butler and I. McLean (eds), *Fixing the Boundaries: Defining and Redefining Single-Member Electoral Districts*, Dartmouth Publishing, Aldershot, pp. 207-17.
- Grofman, Bernard and Jacobson, Gary. 2003. *Vieth v Jubelirer*, Brief as *Amici Curiae* in Support of Neither Party, No. 02-1580 (August 2003).
- Grofman, Bernard and Lijphart, Arendt. 2003. *Electoral Laws and their Political Consequences*, Agora, New York.
- Gutmann, Amy and Thompson, Dennis. 1999. "Democratic Disagreement", in Stephen Macedo (ed.), *Deliberative Politics: Essays on Democracy and Disagreement*, Oxford University Press, New York.
- Hasen, Richard. 2005. "Beyond the Margin of Litigation: Reforming U.S. Election Administration to Avoid Electoral Meltdowns", *Washington & Lee Law Review*, vol. 62, pp. 937-999;
- Hughes, Colin and Jaensch, Dean. 1979. "Judicialisation of Electoral Redistributions: the Commonwealth and South Australia", *Politics*, vol. 14 Mayo.
- INS vs. Chadha* 462 us 919/1983
- Issacharoff, Samuel. 2002. "Gerrymandering and Political Cartels", *Harvard Law Review*, vol. 116, pp. 593-648.
- Jaensch, Dean. 2002. *Community Access to the Parliamentary Electoral Process in South Australia since 1850*, State Electoral Office, South Australia.
- Karcher v Daggett* 462 US 725/1983
- Klarman, Michael. 1997. "Majoritarian Judicial Review: The Entrenchment Problem", *Georgetown Law Review*, vol. 85, pp. 491-553.
- Landau, Z., Reid, O. and Yershov, I. 2009. "A Fair Division Solution to the Problem of Redistricting". *Social Choice and Welfare*, vol. 32, pp. 479-92.
- Levy, Ron. 2007. "Judicial Selections: Trust and Reform", *UBC Law Review*, 2007, vol. 40, pp. 195-249.
- Levy, Ron. 2008. "Regulating Impartiality: Electoral Boundary Politics in the Administrative Arena", *McGill Law Journal*, vol. 53, pp. 1-57.
- Lowenstein, Daniel, and Steinberg, Jonathan. 1985. "The Quest for Legislative Districting in the Public Interest: Elusive or Illusory?" *UCLA Law Review*, vol. 33, pp. 1-75.
- Lublin, David and McDonald, Michael. 2009. "Is it Time to Draw the Line? The Impact of Redistricting on Competition in State House Elections", *Election Law Journal*, 2006, vol. 5, pp. 144-157.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Dibujando fronteras: igualdad de la ley electoral y sus consecuencias democráticas

- Lyons, W.E. 1969. "Legislative Redistricting by Independent Commissions: Operationalizing the One Man-One Vote Doctrine in Canada", *Polity*, 1969, vol. 1, pp. 428-459.
- McDonald, Michael. 2004. "A Comparative Analysis of Redistricting Institutions in the United States", *State Politics and Policy Quarterly*, 2004, vol. 4, pp. 371-395.
- McGinty vs. Western Australia* (1996) 134 ALR 289.
- New York vs. US* 505 US 144 (1992).
- Newton-Farrelly, Jenni. 2009. "From Gerry-Built to Purpose-Built: Drawing Electoral Boundaries for Unbiased Election Outcomes", *Representation*, vol. 45(4), pp. 471-484.
- Nohlen, Dieter. 2006. Et al; *Diccionario de Ciencia Política; Traducción de Romano*, 642. México: Editorial Porrúa México.
- Olmstead v US* 277 US 348 (1928).
- Orr, Graeme and Levy, Ron. 2009. "Electoral Malapportionment: Partisanship, Rhetoric and Reform in the Shadow of the Agrarian Strongman", *Griffith Law Review*, vol. 18, pp. 638-655.
- Persily, Nathaniel. 2002. "In Defence of Foxes Guarding Henhouses: The Case for Judicial Acquiescence to Incumbent-Protecting Gerrymanders", *Harvard Law Review*, vol. 116, pp. 649-683.
- Raïche v. Canada (Attorney General)*. 2004. FC 679.
- Rawls, John, *A Theory of Justice*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1971.
- RREBCA. *Reference re Electoral Boundaries Commission Act (Saskatchewan)* [1991] 2 SCR 158.
- RREBCA. *Reference re Electoral Boundaries Commission Act [Alberta]*. 1992. 1 WWR 481.
- Roach v Electoral Commissioner*. 2007 HCA 43.
- Stokes, Michael 'A. 1996. Tangled Web: Redistributing Electoral Boundaries for Tasmania's Legislative Council', *University of Tasmania Law Review*, vol. 15, pp. 143-195.
- Toobin, Jeffrey. 2003. "The Great Election Grab: When Does Gerrymandering Become a Threat to Democracy?" *The New Yorker*, 8 December, p. 63.
- Tushnet, Mark. 2004. "Constitutional Hardball", *John Marshall Law Review*, vol. 37, pp. 523-553 at 533-34
- Tyler, Tom. 1988. "What is Procedural Justice?: Criteria Used By Citizens to Assess the Fairness of Legal Procedures", *Law & Society Review*, 1988, vol. 22, pp. 103-135.
- US Constitution.
- Vieth v Jubelirer* 541 US 267. 2004.
- Voting Rights Act 1965* 42 U.S.C. 1973c. 2000.
- Wald, Patricia. 1999. "A Response to Tiller and Cross", *Columbia Law Review*, vol. 99, pp. 235-261.
- Williams, George. 1995. "Sounding the Core of Representative Democracy: Implied Freedoms and Electoral Reform", *Melbourne University Law Review*, vol. 20, pp. 848-870.

¿AV o no AV? Lecciones de Australia

Graeme Orr y K D Ewing*

* Profesor asociado respectivo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Queensland y profesor de la Facultad de Derecho del King's College, Londres.

SUMARIO

- I. Introducción; II. Voto alternativo;
- III. Implicaciones de AV para votantes;
- IV. El impacto de AV sobre partidos políticos;
- V. El impacto de AV sobre la regulación,
- VI. Fuentes consultadas

I. INTRODUCCIÓN

El Reino Unido, desde hace mucho tiempo, ha sido un bastión del método de votación *first past the post* (en adelante, FPP), y ahora ha considerado una medida hacia al Voto Alternativo (en adelante, AV) o preferencial, como se usa en Australia. El referéndum fue previsto para el 5 de mayo 2011 con fines de considerar la adopción del AV para las elecciones al Parlamento de Westminster (sistema de votación parlamentaria y ley constituyente 2010). El referéndum es el resultado de las negociaciones de coalición entre los partidos Conservador y Liberal Demócrata. Irónicamente, el sistema AV no es la “preferencia” de cualquiera de estos partidos. La política del Partido Conservador ha sido la de mantener el *first past the post* y la política del Partido Liberal Demócrata, hasta ahora, la de impulsar la representación proporcional. El interés en el sistema AV en el Reino Unido ha sido, históricamente, más asociado con elementos del Partido Laborista. Por ejemplo, el Partido Laborista propuso una reforma a las leyes bajo AV ya en 1930 (Ley de Representación del Pueblo 1930) y se comprometió en su manifiesto de 2010 a celebrar un referéndum sobre el tema. El sistema AV ha despertado el interés en otras partes del mundo, incluyendo Estados Unidos, donde es conocido como *instant run-off voting* (votación de segunda vuelta inmediata).

En este trabajo consideramos (i) la naturaleza del voto alternativo (¿qué es?) y (ii) sus implicaciones en los votantes, así como candidatos y reguladores (¿cómo opera AV en la práctica?).

Las implicaciones prácticas –no del AV sino de la segunda vuelta para la cual el AV es un sustituto– fueron desgastadas una vez por Ramsay MacDonald, por haber dado lugar a la “degradante oferta, al soborno y otras formas de mendigar por las mayorías que siguen al anuncio de los resultados de la primera elección” (MacDonald 1909). Se puede considerar si las preocupaciones de esta naturaleza son legítimas o justificadas en vista de la gran experiencia australiana con el AV. Australia ha utilizado durante mucho tiempo el sistema AV no sólo en sus elecciones nacionales de cada tres años, sino

también para las elecciones estatales, donde todas menos una implementan AV.²⁰⁷ Más de 73% de los parlamentarios de Australia son elegidos por este sistema de votación. El resto, la mayoría en las cámaras altas, también es elegido por el voto preferencial, pero proporcionalmente a través del voto único transferible o STV (Mackerras 1996).²⁰⁸

Mientras que el voto preferencial puede dar libertad a la elección electoral, también tiene un costo: la eliminación del electorado que comete errores. La experiencia australiana también enseña que en el concurso por las preferencias motiva a los *apparatchiks*²⁰⁹ del partido al trueque y a hacer campaña por las preferencias –que se han convertido en un nuevo tipo de moneda–, de tal manera que forman parte de las preocupaciones de Ramsay McDonald. Este documento analiza estos costos y consecuencias, así como las leyes de medidas regulatorias cuando se aplica el AV que tendrían que hacer frente a consecuencias no intencionadas e intentos de burlarse del sistema.

II. VOTO ALTERNATIVO

El “voto alternativo” o AV, para abreviar, es un término de la ciencia política que define una forma de votación en la cual los electores clasifican a los candidatos por orden de preferencia. El AV tiene varios nombres, como *instant run-off voting* (voto de segunda vuelta instantánea), el voto preferencial, en Estados Unidos y en Australia. Cada elector tiene un solo voto, pero este mismo puede ser transferido entre los candidatos durante el recuento, según el orden de preferencia del elector. La invención de votación preferencial desde la década de 1850 en la forma de elección de varios miembros utilizando la representación proporcional bajo STV es mayormente asociado con Thomas Hare. Fue promovida sobre todo por John Stuart Mill. Luego, en la década de 1870, un profesor de arquitectura del MIT, William Robert Ware, ideó el AV como una simplificación mayoritaria, uninominal, de STV (Reilly 1997). Por lo tanto, ingenio británico y estadounidense fueron combinados al crear el concepto de AV.

Australia se acredita a menudo ser el origen de las ideas electorales, cuando le quedaría mejor la descripción de adoptadora y refinadora. Australia, en efecto, merece su reputación como un “huerto de experimentación”, pero las semillas a menudo “han

²⁰⁷ El pequeño estado de Tasmania no utiliza AV en su Cámara Baja.

²⁰⁸ Papua Nueva Guinea, un ex territorio australiano, es otro país único con una gran experiencia con AV: (Reilly 1997). Fuera de Australia, el STV se utiliza sobre todo en Irlanda y Malta: (Mackerras y Maley 1998).

²⁰⁹ Término que proviene del ruso y que define a un funcionario que trabaja para el “aparato” aunque las funciones que se le designen no sean las de su competencia.

venido de fuera” (Hancock 1947).²¹⁰ Curiosamente entonces, mientras que el AV es hoy como un préstamo australiano lejos de un propio descubrimiento de ese país, los “debates británicos acerca del sistema electoral preferencial han tenido la mayor influencia en eventos en Australia” (Farrel y McAllister 2005). El AV es más evidentemente el contraste con el voto *first past the post* o, para abreviar, FPP, la forma sencilla y tradicional de votación para las elecciones de Westminster. Se deriva del método simple de votación temprana donde sólo los electores tuvieron que declarar públicamente el nombre de su candidato favorito; éste maduró en la era de la papeleta, convirtiéndose en un método donde los electores sólo tienen que poner una cruz en la casilla al lado del nombre de su candidato favorito. (Para ilustrar la complejidad adicional de elección bajo AV véase una papeleta muestra de la Casa de los Representantes de Australia en Apéndice 1).

¿Cómo trabaja el AV cuando se abren las urnas? Primero se ponen aparte los votos nulos o informales. Después se cuentan los votos “primarios” (o de primera preferencia). Si ningún candidato obtiene 50% de votos primarios, el recuento procede a eliminar a los candidatos menos populares, a su vez, y a transferir a cada uno de sus votos al candidato de proximidad en preferencia que queda en la lista de acuerdo con la intención de cada elector. Esto continúa hasta que un candidato tenga la mayoría.²¹¹ Por el contrario, el FPP a menudo falla en obtener un ganador con mayoría de voto, sobre todo en las elecciones de tres vías o donde aparecen muchos partidos menores en la boleta electoral. (Los candidatos que ganan en FPP con menos de 50% de los votos se conocen en la jerga como “ganadores por pluralidad”). El atractivo principal institucional del AV es la legitimidad adicional que puede dar a parlamentarios exitosos y a la formación de gobierno. Tiene una segunda atracción democrática de dar más opciones al electorado. (De hecho, los partidos pueden ser alentados a que presenten candidatos para competir en elecciones que no pueden ganar). Similarmente, bajo el sistema AV los electores no tienen que votar por trueque (Watt 2006) o votar estratégicamente y los partidos no necesitan retirar a los candidatos de manera estratégica. Simpatizantes de los partidos de tercera o peor, no sienten que su voto sea en vano. Se logran estas ventajas al evitar la división o separación de votos. Ése es el efecto, conocido tanto en el Reino Unido como en los Estados Unidos, donde los candidatos con atractivos ideológicos o políticos similares

²¹⁰ Compara “Australia ha sido la fuente más fértil de experimentación constitucional, tanto federal como estatal” (Farrel y McAllister 2005).

²¹¹ El recuento oficial continúa, a título indicativo, para generar “dos partidos preferidos” o “dos candidatos preferidos” como resultado final. Esto ayuda a estimar cambios necesarios para ganar las elecciones. En un sistema en gran medida de dos partidos como Australia se puede hacer esto en todo el país, así como también de comunidad en comunidad: un resultado nacional es menos sensible en sistemas multipartidistas auténticos.

dividen el voto y así se permite la victoria a un rival cuyas posiciones no son apoyadas por la mayoría para ganar. Por ejemplo, la progresiva candidatura presidencial de Ralph Nader en 2000 tal vez privó al demócrata Al Gore de la victoria sobre el republicano George W. Bush. Asimismo, durante algunos periodos de gobierno conservador en el Reino Unido, había existido efectivamente una oposición Lib-Lab²¹² en virtud del apoyo de mayoría electoral, obstaculizada por el FPP y en aquel entonces todavía no dispuesta a formar una coalición electoral con el fin de minimizar el voto dividido.

El propósito de AV es asegurar un resultado mayoritario en cada elección. Sin embargo, el AV *no* garantiza que un partido gobernante haya ganado la mayoría de votos siquiera de los dos partidos más preferidos en la votación (es decir, de los votos finalmente contados como si todas las competencias se hubieran resumido en una batalla entre los dos partidos dominantes). Este no es un defecto exclusivo del AV: se puede ver aún más claramente en los resultados del FPP y es el resultado de naturaleza “el ganador se lo lleva todo”, de las elecciones uninominales. Tales distorsiones en cuanto a proporcionalidad tienden a agravarse accidentalmente en los límites electorales y el apoyo al partido concentrándose en unos pocos curules seguros o, por el contrario, por la sumamente escasa dispersión en el país. En resumen, mientras que la familia de los sistemas STV empleados dentro de las elecciones plurinominales logra la representación proporcional, el hijo AV dentro de elecciones uninominales logra mayor posibilidad de representación mayoritaria que proporcional. A menos que haya concentración en el apoyo a partidos minoritarios, ellos tendrán probablemente una representación baja. Sin embargo, los resultados tienden a reflejar el voto de “los dos partidos de preferencia”. Por ejemplo, en Australia en 2010 el Partido del Trabajo obtuvo 50.1% de los votos sobre 49.9% de la oposición conservadora: cada uno de los principales partidos ganó 72 escaños.

Dicho esto, el AV tiene que pagar algunos precios sumamente significativos. Uno de ellos es que la votación se hace más compleja. Si se emplea en las primeras elecciones, el número de votos informales no intencionados aumentará inevitablemente. Tales votos perdidos serán más altos en número si estuvieran bajo el sistema FPP. Otro de ellos, y más profundo, es que quitando algunas de las desalienaciones para partidarios de partidos terceros y minoritarios, el sistema AV reconfigura opciones de elección tanto para los electores como para los militantes haciendo campaña. Bajo el sistema AV, a los electores no sólo se les invita a votar por el partido o candidato predilectos, sino también a clasificar en orden de preferencia a los partidos por los que tengan poca simpatía. Para algunos esto puede transformar las elecciones en una selección del menos

²¹² Lib-Lab: así se nombra a las alianzas entre el Partido Liberal y el Partido Laborista.

disgustado más que del más gustado. Se les anima a los partidos, a su vez, que luchen por las preferencias tanto como por los votos primarios, especialmente en el electorado marginal clave.

III. IMPLICACIONES DE AV PARA VOTANTES

1. Las variaciones del AV

Si pensamos en el AV desde el punto de vista de las consideraciones democráticas, entonces es correcto si nos enfocamos primero en sus efectos sobre los electores, aunque, como veremos, los efectos sobre los partidos políticos podrían ser de la misma magnitud. A estas alturas, es necesario entender que hay variaciones de AV y que mucho dependerá de la variación que se adopte. La ley puede obligar al electorado que elabore un listado completo de sus preferencias o puede permitir que los electores clasifiquen las preferencias en orden tanto como lo desean: a esto se le llama voto preferencial opcional u OPV.²¹³ Preferencias completas son obligatorias en la mayoría de las jurisdicciones de Australia y han existido desde 1918 en las elecciones nacionales, pero en los últimos dos años Estados Unidos han utilizado OPV.²¹⁴ Preferencias totales hacen la vida más fácil para los partidos, limitando así el miedo al voto dividido mientras que la obligación de las preferencias completas ejerce una carga más pesada sobre los electores. Si los electores desean votar formalmente deben de clasificar a todos los candidatos puestos en la lista. (Esto sólo tiene fines de ahorro: un elector que por error repite un número en su voto podría ser tratado como si hubiera votado válidamente hasta ese momento).²¹⁵ Exigiendo preferencias absolutas también pueden funcionar para garantizar la legitimidad, al obligar a los electores a elegir entre los partidos con más probabilidad de gobernar, por decir, conservadores y laboristas, o por lo menos entre los dos partidos más competitivos en cualquier electorado en particular. Pero se hace incluso en casos donde electores ven su selección decisiva entre uno u otro.

²¹³ O incluso como más variaciones se puede mandar a los electores a hacer escoger dos preferencias; o se puede permitir a los electores a hacer dos preferencias, como en el caso de la Ley de Representación del Pueblo (2) de 1930 (Reino Unido).

²¹⁴ En Nueva Gales del Sur, OPV es consagrado en la constitución y se requiere un referéndum para modificarlo: (CNSW 1902). Véase también Ley Electoral de 1992 (Queensland) s 113. Una opción intermedia es exigir un número mínimo de preferencias que no sea uno: pero esto tiene poco sentido en miembro único electorados en contraste a múltiple-miembro electorados.

²¹⁵ Compare la Ley Electoral de Commonwealth 1918 (Cth) s 270 (ahorrando ciertas boletas para el Senado).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

¿AV o no AV? Lecciones de Australia

La Suprema Corte de Australia ha rechazado los retos a leyes que obligan a las preferencias absolutas en varias ocasiones, tanto antes como después de descubrir una libertad implícita de comunicación política en la Constitución de Australia.²¹⁶ A primera vista, el caso de AV para fuerza completa puede parecer ilógico. ¿Cómo puede un elector ser forzado a tener una preferencia sincera o real sobre candidatos, los cuales no conoce o le son indiferentes? La respuesta de la Corte ha sido que la cuestión pertenece en última instancia a la soberanía parlamentaria: el diseño de sistemas electorales corresponde al legislador, no a los tribunales.²¹⁷ AV (en sus diferentes formas) ha sido aceptado por los científicos de ciencia política como una opción razonable en una mezcla heterogénea de los sistemas de votación. Mientras la obligación a clasificar todas las opciones para votar puede ser una medida severa para los electores, la Suprema Corte ha dicho que efectivamente no es una medida irracional. Nos guste o no, los electores deben de tener políticos que los representen y gobiernen, por eso, ¿por qué no exigir a los electores, en fin, que voten por los partidos del gobierno? El Parlamento tiene derecho a esperar que, con el tiempo, incluso el elector más apático pueda, mediante la exigencia de expresar sus preferencias, llegar a pensar en cuanto a la política de partidos no como un conjunto de oposiciones binarias o como un voto de siempre para el partido de siempre, sino para que vea a los partidos en un contexto de política colectiva y que desarrolle preferencias genuinas.

En la teoría democrática, el OPV es preferible a la demanda de preferencias completas. Se evita el problema cuando se exige a los electores a encontrar un punto de diferenciación entre todos los candidatos. Según la observación del ex primer ministro australiano, Whitlam, OPV es “tal vez el único procedimiento electoral en el mundo que permite a los electores expresar su indiferencia hacia los candidatos” (Whitlam 1985). Un elector puede incluso poner números a todas las casillas pero dejar la última en blanco en un desaire para dejarlo como símbolo de odio hacia un partido como el BNP (sobre el cual hay más información en el tema siguiente). Sin embargo, aunque el OPV puede ser mejor desde el punto de vista de la libertad personal, también tiene sus problemas. Una de las preocupaciones institucionales con el OPV es que, en el peor de los casos, puede colapsar para formar de nuevo FPP, ya que permite a los electores elegir un sólo partido. Ya sea porque no tienen confianza en el sistema electoral (véase abajo) o no les importe abarcar múltiples partidos o candidatos, también algunos electores pueden ver las op-

²¹⁶ (CLR 380 1926. Judd vs. McKeon, 38), (CLR 271 1971. (Faderson vs, Bridger, 126) y (CLR 302 1996. Langer vs. Commonwealth, 186)

²¹⁷ Excepto en circunstancias extremas de un sistema abiertamente antidemocrático o partidista.

ciones adicionales que ofrece el AV como ineficaces. Un partido dominante con apoyo pluralista puede animar a los electores a elegir mediante la ejecución de una campaña de publicidad: “Sólo vote por el #1”. El Partido Laborista de Queensland empleó esta estrategia cuando sus rivales conservadores estaban divididos, en la década de 1990 y hasta principio de los 2000. Fue dirigido a alentar a partidarios conservadores a que votaran sólo por el partido de su preferencia, así, dividiendo el voto, al limitar el flujo de las preferencias por los conservadores.

Este tipo de trampas se puede manejar de dos maneras. Una de ellas es por asegurar que los electores comprendan cómo funciona el sistema opv y que siempre tienen opciones. En un país con los métodos de votación múltiple, como es el Reino Unido, la educación oficial, como siempre, será un reto. El otro sería la exigencia del voto preferencial completo. El modelo que se examinará en el referéndum de 2011 en el Reino Unido involucra opv. No es simplemente que el hecho de que la ley permita la opinión de los electores sólo por ser buenos ciudadanos suene liberal a los oídos británicos, una preocupación apenas aliviada es el hecho de que (a diferencia de Australia) los electores no están obligados a votar, y que en caso de que se exijan preferencias completas, el elector podría preferir echar a perder la boleta en lugar de expresar su preferencia entre fulano y zutano (Faderson vs. Bridger).²¹⁸ Bajo un sistema de clasificar en orden las preferencias, el elector tiene que elegir no votar con tal de no tener que expresar una preferencia entre, por ejemplo, el bnp y algunos otros partidos extremistas. Finalmente, la exigencia de preferencias completas involucra el requerimiento por parte del elector a expresar su preferencia entre partidos repugnantes para él. Sin embargo, sin alguna medida de obligación es probable que el av disminuya si algunos electores presentan una lista de candidatos completamente contestada, algunos más una lista parcialmente contestada y la mayoría sólo por un candidato único.

2. Complejidad y votos nulos

Bajo el sistema FPP, el problema de la boleta “echada a perder” es el problema de votos emitidos en favor de un partido que no tiene ninguna posibilidad de afectar el resultado. El AV previene ese problema, pero crea otro tipo de voto desperdiciado. Estos son los votos informales: boletas rechazadas durante el recuento por no incorporar un voto válido.

²¹⁸ Como lo es, menos de 2% de los australianos echa a perder su boleta electoral a propósito. De hecho, si demasiada gente votara de manera informal, la legitimidad electoral podría descreditar más que si los electores no participaran, ya que la informalidad a propósito es una protesta más clara que fallar en participar como la expresión de satisfacción, desinterés o protesta.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

¿AV o no AV? Lecciones de Australia

Éstos suelen ser emitidos por los electores que no entienden completamente el sistema o que cometen errores cuando rellenan la boleta. El FPP es el sistema más sencillo, ya que genera la más mínima información. Se pide a los electores votar por su partido o candidato favorito. En cambio, el AV provoca más información. Si las preferencias completas son necesarias, es posible que por disposiciones de ahorro requieran al elector clasificar en orden preferencial una docena o más de candidatos. El problema de complejidad con el AV puede ser especialmente grave en las elecciones parciales, que a menudo atraen campos de candidatos tan grandes que son comparables con los campos frente a los apostadores en las más grandes carreras de caballos.²¹⁹ Algunos de estos candidatos quieren atraer la atención, especialmente si la elección parcial recibe interés nacional. El problema de las boletas excesivamente largas se podría solucionar con aumentar el nivel del depósito requerido para nombrar, o elevar la casilla del registro de los partidos políticos.²²⁰ Pero tales “soluciones” en sí son problemáticas para la participación democrática y pueden ser contrarias a uno de los propósitos de AV de mejorar la elección. En términos más generales, el cambio mismo a un nuevo sistema electoral, en particular a uno más complejo, provocará la privación de derechos por confundir al electorado, sobre todo en el periodo inicial de transición.

La educación es vital, pero tiene un límite de alcance. Bajo obligación al voto preferencial, Australia tiene altos índices de votación informal según el estándar occidental: aunque obtuvo 3% en la década de 1990 superó 5% en 2004. Una encuesta oficial ubicó a Australia en el lugar 46 dentro de 146 naciones con un promedio de 3.7% en cuanto a informalidad. El Reino Unido bajo el sistema FPP se encontró en el mejor lugar de todos: el 146, con un promedio de voto informal de sólo 0.2% (CEA 2003). La preocupación sobre la votación informal inadvertida es de tal manera que la Comisión Electoral de Australia publica periódicamente estudios de todas las boletas informales. Esto sugiere que hay tasas de informalidad más altas entre los electores que no son de descendencia de habla inglesa en la forma que existe una correlación fuerte entre el electorado de lenguas extranjeras con densidad sobre el promedio y la votación informal.²²¹

²¹⁹ De ahí viene la frase “un campo de la Copa Melbourne”, aplicado a las boletas largas en Australia: “un campo de Epson Derby” podría ser el equivalente en el Reino Unido.

²²⁰ En elecciones nacionales de Australia, el depósito de una nominación para la Cámara Baja es de aproximadamente 250 libras; la mitad de la cantidad para las elecciones de los Comunes. Es algo más fácil de registrar un nuevo partido en el Reino Unido: una tarifa de 150 libras y la intención de presentar candidatos. En Australia, el costo es de alrededor de 250 libras más 500 miembros.

²²¹ *Ibidem*, páginas 14-15.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

¿AV o no AV? Lecciones de Australia

Una educación formal baja es secundario, pero al mismo tiempo un “valioso pronóstico” para una votación informal²²² y hay evidencia anecdótica de electores que echan a perder las boletas²²³ con mano temblorosa. Sólo un poco más de 1% de los votos parecen ser desperdiciados deliberadamente. En promedio, entonces, más de 3% de la participación en Australia es desperdiciada por informalidad accidental y las causas se pueden resumir como una interacción mixta entre el voto obligatorio, una población grande de migrantes y la complejidad del sistema electoral (McAllister y Makai 1993).²²⁴ Un argumento a favor del OPV es que al no ordenar las preferencias completas, menos electores cometen errores cuando rellenan una boleta larga.

Cualquier voto nulo es una vergüenza, ya que el punto de la democracia electoral en sí es la valoración de cada voz electoral con equidad. (La informalidad involuntaria es particularmente irónica en Australia, donde cada voto es tan sagrado que los electores son multados por no tomarse la molestia de votar). Más significativo desde un punto de vista sistémico es si el aumento de la informalidad —que seguramente se producirá en el Reino Unido— tendrá efectos partidarios capaces de afectar elecciones cerradas. La experiencia australiana menciona una leve afectación sobre el Partido Laborista Australiano, que goza de una ventaja electoral tanto en las comunidades de inmigrantes como en comunidades menos afluentes y con menos educación formal. Si esta preocupación se proyectara sobre el sistema británico, representaría un problema especial para el Partido Laborista Británico, ya que estas comunidades, por la ausencia de la obligatoriedad del voto, tienen una participación relativamente más baja que comunidades menos marginadas. El efecto podría ser una paralela de un problema que atrajo la atención internacional en la fallida elección presidencial de Estados Unidos en el año 2000, donde comunidades más pobres (y más negras) a menudo tenían la tecnología de votación más antigua o menos eficiente y, en consecuencia, las tasas más altas de votos desperdiciados (Ansolabehere 2002). En el peor de los casos, especialmente bajo AV, que exige preferencias completas, algunos activistas aún podrían poner boletas de votación en asientos destinados a candidatos poco educados para crear desperdicio

²²² *Ibidem*, páginas 15-16.

²²³ *Ibidem*, página 16. Algunos electores mayores inadvertidamente votan por eso de manera informal a pesar de tener una larga experiencia con av. (La Comisión Electoral de Australia no ha encontrado una correlación significativa entre el electorado con poblaciones por encima de promedio de los octogenarios y la informalidad, pero admite que las personas mayores son “vulnerables” a la informalidad).

²²⁴ Esta tesis se apoya en (Hill y Young 2007).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

¿AV o no AV? Lecciones de Australia

de voto (esto ocurrió en una elección al Senado australiano en 1975).²²⁵ OPV, que tiende a tener menos preferencia a las preferencias completas, haría menos atractiva tal estrategia. La votación computarizada también podría eliminar radicalmente votos informales por accidente, pero bajo el riesgo de levantar otras barreras a la votación en las comunidades más marginadas y más antiguas.

Sin embargo, a pesar de todos estos temores, el AV no es en sí confuso. Así como un consumidor, los electores toman decisiones a diario respecto a la compra de productos que suelen ser similares entre ellos. A un consumidor de refresco de cola le podría gustar un Dr. Pepper como primera elección, pero si no lo encuentra en su tiendita, le tendría que dar una “segunda preferencia” ya fuera a Coca-Cola o a Pepsi. Tales opciones no son desconocidas en elecciones bajo FPP, cuando un elector piensa que su partido favorito no tiene un candidato para su comunidad en campaña. Pero mientras AV por sí solo no puede ser terriblemente complejo, sigue siendo el caso que el riesgo de la informalidad sólo puede aumentar cuando se le pide a los electores utilizar dos o más sistemas diferentes el día de las elecciones (como han demostrado las elecciones de 2008 del Parlamento de Escocia). En Australia, los electores tienen un mayor riesgo de informalidad, porque en las votaciones por el Senado se permite un “*tick a box*” (marque una casilla) por partido, mientras que la Cámara de Representantes requiere preferencias completas bajo AV. Como resultado, la informalidad del voto en el Senado es baja, pero en la Cámara de Representantes (McAllister y Makai 1993)²²⁶ hay un costo de formalidad: un doble dilema, ya que los gobiernos se forman en la cámara de este último. Un efecto similar se podría esperar si el Reino Unido adopta AV para la Cámara de los Comunes pero un sistema de votación diferente para la Cámara Alta. Dada la complejidad del actual sistema electoral británico, estas consideraciones tienden a reforzar el caso en favor del sistema OVP, de modo que si algunos electores piensan equivocadamente que sólo se puede votar “1” en una elección de AV, su voto primario finalmente se tomará en cuenta. (Si la formalidad considera que es compatible con la integridad del proceso, será otro tema.)

²²⁵ Cuando activistas conservadores supuestamente inundaron la votación del Senado en el estado de New South Wales. Más recientemente, nueve candidatos del Partido Demócrata Cristiano fueron nominados para la elección adjunta de Bradfield de 2009: con 22 candidatos, la votación informal se disparó a 9%.

²²⁶ La situación es aún peor para el electorado de New South Wales y Queensland, que cambia, a veces, en el mismo año, entre el sistema opv, que es más sencillo para las elecciones estatales y los requisitos más exactos de votos completos preferenciales para elecciones nacionales.

IV. EL IMPACTO DE AV SOBRE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

1. ¿Reforzar alianzas de partidos?

¿Cuál es entonces el impacto del av sobre partidos políticos? Cada sistema de votación tiene diferentes efectos partidistas, aunque éstos pueden variar dependiendo de la forma del sistema del partido. La introducción del av en Australia fue impulsada por las preocupaciones partidistas para limitar el voto dividido cuando un “lado” de la política era menos unido que sus rivales. También en el Reino Unido el av está impulsado por preocupaciones partidistas (intereses por los demócratas liberales) y probablemente tenga consecuencias partidistas (probablemente por intereses del Partido Demócrata Liberal). En muchos escaños, donde demócratas liberales manejan un respetable segundo lugar, ellos pueden ser elegidos en las preferencias de seguidores del partido en el tercer lugar de preferencia. Su representación en el parlamento será más proporcional a su porcentaje de voto real y ya no serán los perdedores en términos de poder parlamentario. Su participación en los escaños les puede garantizar el equilibrio de poder, ya que se requerirá por parte del Partido Laborista y del Partido Conservador la negociación por un gobierno de coalición o un memorando de entendimiento para apoyar a un gobierno en minoría. La introducción del av por lo tanto podría hacer que el gobierno de coalición o de una minoría sea más bien una característica típica que una atípica de la política de Westminster, pasando así el liberal-demócrata de ser un partido perpetuo de oposición a uno gobernante perpetuo.

Sin embargo, el AV está lejos de ser una invitación al caos italiano. En la experiencia australiana, el AV ha exhibido las tendencias a la estabilidad y al gobierno de mayoría que son un sello distintivo de FPP (Bean 1996).²²⁷ Comparando el AV con los sistemas de votación proporcional, el AV no presenta algún incentivo positivo hacia la fractura del sistema de partidos (salvo excepciones oportunistas en discusión más adelante). Para un partido disidente o un partido pequeño es poco probable obtener algún escaño bajo AV, por lo menos hasta que forme apoyo primario, aunque puede haber circunstancias en las que fuertes flujos o manejos de preferencia podrían ayudar a los pequeños partidos, como el Partido Verde, para experimentar un avance más grande que bajo FPP, sobre todo si los dos partidos en un gobierno de coalición fueron sumamente impopulares. En su mayor parte, la experiencia de Australia es que el AV ha tenido la tendencia a reforzar

²²⁷ Esto es así porque, detrás de la representación proporcional, es la segunda opción, para muchos demócratas liberales.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

¿AV o no AV? Lecciones de Australia

el cartel de partido grande, que opera en muchos sistemas con el FPP. De hecho, el sistema de Australia ha sido el sistema de dos partidos más duradero y rígido de todas las democracias parlamentarias en el mundo. Elecciones para la Cámara de Representantes por lo general se reducen a una contienda entre las dos fuerzas principales, que son el partido Laborista Australiano y la Coalición Conservadora Liberal-Nacional. De acuerdo con el contexto británico, el AV contribuye a fortalecer la alianza que opera entre los principales partidos. Es poco probable romper dicha alianza, a pesar de que pueda facilitar un proceso en curso en el que se sustituya la alianza de los dos partidos por una de tres partidos.

Para reforzar este punto, es saludable observar la experiencia de las elecciones nacionales de Australia desde su adaptación del AV en 1918. Aparte de los efectos de las dos divisiones temporales en el Partido Laborista, sólo un candidato de un partido de minoría ha ganado un escaño en una elección general a la Cámara de Representantes de Australia desde 1919 (Jaensch y D Mathieson).²²⁸ La excepción es cuando un independiente popular local emerge: en esa situación, las preferencias pueden ser cruciales en la elección de aquel independiente o hacer que los simpatizantes de él o de ella decidan los resultados de la elección,²²⁹ (análogos de ésta, por supuesto, se han producido en el Reino Unido, incluso bajo FPP: por ejemplo, en la elección de Wyre Forest como independiente en asunto referente a un hospital local en 2001 y 2005.) Esto no quiere decir que los partidos pequeños son excluidos por completo de la representación en Australia. Tanto es así, que el papel parlamentario de partidos de minoría, tales como Demócrata Australiano, Verde y Nación Única, han surgido en las últimas décadas por medio del sistema proporcional, STV como sistema para el Senado de Australia y no por AV. Hay un equivalente en el Reino Unido, donde el sistema de listas empleado para las elecciones al Parlamento Europeo le ha permitido a partidos como el UKIP, los verdes y el BNP hacerse un hueco. Si la representatividad del tipo arcoíris fuera el objetivo, la representación proporcional (por ejemplo, para una segunda cámara) sería un camino mejor: no será logrado a través de AV. De hecho, donde partes pueden obtener un soporte regional significativo FPP no impide la representación parlamentaria como lo demuestran

²²⁸ Un diputado del Verde, en 2010. Las divisiones en el partido Laborista ocurrieron durante la Gran Depresión y la Guerra Fría. El registro en las elecciones parciales es casi insignificante, en tanto los verdes tomaron un escaño de los laboristas en 2002 por voto primario de sólo 23%. Acerca de la injerencia del factor institucional vease (Jaensch y Mathieson 1998, 173-182).

²²⁹ En las últimas décadas, los independientes han tenido éxito en elecciones regionales en Australia, ya que la política rural se ha vuelto más localizada y fragmentada por enfrentar sequía y disminución de población.

los registros de varios partidos nacionalistas o sindicalistas en Escocia, Gales e Irlanda del Norte.²³⁰

2. ¿Un papel amplificado para los partidos menores?

Si el AV pudiera reforzar la voz electoral de los partidos grandes, ¿cómo afectaría su comportamiento durante las elecciones? La experiencia de Australia sugiere que los principales partidos tratarán de hacer “acuerdos” con otros partidos, una práctica que puede ser aún más intensa en el sistema de tres partidos del Reino Unido que en el sistema de dos partidos de Australia. “Ofertas de preferencia” son los arreglos creados por medio de regatear sobre recomendaciones de preferencia. Recomendaciones de preferencias existen donde un partido advoca por sus miembros o seguidores o los guía para asignar sus preferencias de manera particular. Es evidente que ningún partido puede garantizar que miembros y simpatizantes se comporten conforme a lo solicitado.²³¹ Pero donde hay tanto la lealtad a un partido como la incertidumbre sobre los otros candidatos (o el sistema electoral en sí mismo) ésta suele tener mucha influencia. En Australia se proporciona a través de la tarjeta omnipresente “cómo votar”, un volante, por lo general, distribuido en la puerta de la cabina de votación, pero también anunciado a veces en periódicos. En el volante uno de los partidos replica una imagen de la boleta oficial y trata de instruir a sus simpatizantes sobre cómo asignar sus preferencias secundarias y posteriores. Dicha orientación tiene mayor efecto sobre los simpatizantes acérrimos de los partidos mayores: por ejemplo, las personas que habitualmente votan por el Partido Laborista o Liberal y probablemente no piensan mucho en cómo clasificar los partidos de minoría. Pero también puede tener mayor influencia en simpatizantes de partidos menores que, al contrario, pudieran ejercer un “voto de protesta”. (Tarjetas de muestra se encuentran en el Apéndice 2).

El contexto del Reino Unido es extremadamente complicado y fluido. En muchos escaños seguros uno de los tres partidos rompe casa con al menos 50% de la votación: este partido continuaría ganando 50% de la votación primaria bajo AV. En otros, un partido domina y los otros partidos son tan débiles que las preferencias posiblemente no pueden afectar el resultado. Sin embargo, en muchos escaños los votos se reparten de tres formas, de tal manera que las preferencias de los más débiles de los partidos grandes decidirán el resul-

²³⁰ A pesar de ser una Federación, no hay partidos subnacionales equivalentes en Australia.

²³¹ A menos que a los votantes se les haya dado la opción de votar sólo “1”, y que el partido esté canalizando aquellas preferencias en acuerdo con un flujo predeterminado, como suele ocurrir en las elecciones al Senado australiano.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

¿AV o no AV? Lecciones de Australia

tado. Además, el AV podría animar a más candidatos a recorrer muchos distritos electorales del Reino Unido con el fin de disminuir cualquier preocupación por la división del voto y de votos “desperdiciados”. En las elecciones de 2007 de Australia, por ejemplo, el promedio de los candidatos por circunscripción fue de un poco más de siete. El AV puede tratar a los partidos en la actualidad en los márgenes del proceso político: así como los verdes a la izquierda y BNP junto con UKIP a la derecha, (por el contrario, los tres principales partidos de Gran Bretaña pudieron ponerse de acuerdo tácitamente para no pactar algún acuerdo con el BNP y colocarlo simbólicamente al último lugar de preferencia de la boleta muestra del volante “como votar”).²³² El AV da probabilidad para aumentar la parte proporcional en votos colectivos en partidos menores, lo que en el FPP es nulo. En las elecciones de 2005 en la Cámara Baja, por ejemplo, la parte proporcional de voto por parte de los partidos menores fue sólo de 5.6%, mientras en la elección de 2010 en la Cámara de Representantes de Australia se obtuvo más de 18% (Kavanagh y Butler 2006). Aunque el AV pondría fin a la votación táctica en el Reino Unido,²³³ podría levantarse en su lugar un mercado sobre preferencias, el cual se ha convertido en un tipo de “moneda política” (Orr 2010, 230). Incluso si las preferencias son irrelevantes para el resultado en una mayoría de escaños seguros y medio seguros, el destino de los gobiernos rara vez se decide en tales elecciones. Las estrategias de “segunda preferencia” bajo un AV son cruciales para las estrategias de campaña de cada partido que tenga una oportunidad realista de ganar escaños.

Las ofertas de preferencia toman varias formas. Pueden ser en todos los ámbitos y abarcar todos los escaños; o es posible que solamente cubran escaños clave en particular con un partido que no haga recomendaciones a sus partidarios en otros escaños. Los partidos pueden hacer ofertas por preferencias *quid pro quo*: un partido como el de los verdes podría dar preferencia a partidos de centro izquierda en la Cámara Baja a cambio de apoyo a la preferencia en cualquier elección a la Cámara Alta. Aparte de tales “intercambios” de preferencia, las ofertas de ésta ofrecen dos beneficios a los partidos pequeños. El primero es la influencia política, que por medio de la oferta de preferencia, puede ejercerse sobre el pretendiente partido mayor. Por ejemplo, UKIP podría ir detrás de un manifiesto euro-escéptico mayor al de los conservadores.²³⁴ En ese escenario, uno de los partidos marginado bajo el FPP, de lo contrario, será sometido bajo la esfera

²³² Los partidos principales en Australia adoptaron esta propuesta para “hacer morir de hambre” al partido racista y nacionalista One Nation Party (Partido Nación Única) a principio de los 2000. El One Nation Party veía esto como una evidencia del trabajo en alianza.

²³³ Sobre lo cual puede consultar (Curtice y otros en Kavanagh y Butler, 238-245)

²³⁴ O los verdes podrían buscar un manifiesto con enfoque ambiental de partidos de centro izquierda.

de influencia.²³⁵ Puede llegar a ser un tipo de socio preelectoral del partido mayoritario, en la medida en que tenga interés en el partido mayoritario que las preferencias de ganar escaños y el gobierno. Querrá demostrar que sus recomendaciones de preferencia hacen una diferencia en el resultado de escaños claves. Aunque estos acuerdos no sean contratos comprometedores (Orr 2002), un partido mayoritario gobernante renegará los compromisos de política a costo de su credibilidad. Para partidos pequeños las preferencias bajo AV, por lo tanto, ofrecen una forma de influencia sin representación.

Por otro lado, el beneficio que un partido minoritario puede ganar por medio del trueque de preferencias es un apoyo tangible. El partido mayor en el acuerdo podrá ofrecer ayuda al partido menor en su campaña en caso de que tenga recursos (financieros u otros). Una forma típica de esto ocurre en Australia, cuando algunos partidos prestan voluntarios para distribuir la propaganda del partido minoritario, especialmente el día de la votación. A primera vista, parece contradictorio que uno de los partidos, que está en competencia con otro, ayude a otro de escasos recursos de propaganda, pero es el interés del partido mayoritario publicar las recomendaciones de preferencia del partido menor. Más adelante se discutirá cómo tal apoyo tangible saca a flote el problema casi olvidado de corrupción electoral, invocando así la gama de los temores de Ramsay McDonald citados al principio de este artículo. Por supuesto, los elementos de esos cálculos y la influencia no son desconocidos para la política de FPP. La amenaza de los partidos minoritarios de proponer candidatos y sangrar o fraccionar el voto de los partidos mayores podría inducir a los partidos grandes a una política de atraer al electorado que de otra forma hubiera sostenido a los partidos minoritarios.

Pero el voto preferencial bajo AV añade una nueva dimensión a la política de FPP por las preferencias que se convierten en una moneda y meten a partidos menores directamente al sistema.

V. EL IMPACTO DE AV SOBRE LA REGULACIÓN

1. Soborno

Por último, ¿qué hay de las implicaciones de AV para la regulación de las elecciones? Los comicios en Gran Bretaña se rigen por la representación del pueblo bajo la Ley 1883

²³⁵ Esto no quiere decir que un partido menor no tenga influencia bajo régimen FPP. Puede amenazar con ejecutar y dividir el voto.

(RPA), cuyo contenido generaciones de abogados públicos británicos han ignorado gozosamente, (el Derecho público británico tiene más preocupación por restringir los poderes de las instituciones representativas que por comprender su composición, el objetivo o cómo opera). Parte II de la RPA trata la campaña electoral y aborda una amplia gama de prácticas. Mucho de esto fue puesto en orden por la Ley sobre Prácticas Corruptas e Ilegales de 1883 (Reino Unido) en respuesta a la entonces costumbre local de comprar fríamente el voto (Orr 2006, 289). Desde entonces, las preocupaciones expresadas por la Ley 1883 están en aumento, ya que nuevas tecnologías e inventos (tales como el automóvil) se ingeniaron para cambiar el panorama en el cual se pelean las elecciones. La experiencia de Australia sugiere que la adopción del AV y el probable trueque de preferencias significan que algunas de las disposiciones de la Ley 1983 necesitan adopción y ampliación (tomando en cuenta que las prácticas de Australia probablemente no se reproduzcan pero que los diferentes problemas que dan entrada a diferentes necesidades puedan surgir).²³⁶ El problema principal, sin embargo, es que la negociación de preferencias bajo el *Alternative Vote* crea al fantasma del soborno electoral, un delito ampliamente en el olvido dentro de la mayoría de las democracias liberales.

La definición de soborno electoral en la actualidad en el Reino Unido es delgada y tiene fecha. Se dirige solamente a sobornos que pueden influir en alguien para que “vote o se abstenga del voto” (Ley de Representación de las Personas 1983). Si se adoptase el AV éste tendría que ser ampliado de dos formas. Primero, que se defina que sobornar a un elector para influir en cualquiera de sus preferencias es un delito, y, segundo, que se tenga claro que sobornar a otro partido para influir en sus recomendaciones hacia preferencias es un delito. Ambos tipos de soborno tienen cobertura en la legislación de Australia (Ley Electoral del Commonwealth). Sin embargo, tal aclaración no resuelve la cuestión en cuanto al tipo de influencias considerado ser de carácter corrupto. Si las preferencias necesariamente son una forma de moneda política bajo AV, entonces ciertas negociaciones dentro de ellas se deben de aceptar. Por lo tanto, el trueque sobre la política, para asegurar las preferencias de un partido minoritario es intachable: de hecho, es parte del punto del AV donde se reconoce el valor electoral de los partidos pequeños y de los votos que ganan. Del mismo modo, parece inobjetable que para ambos partidos simpatizantes se trata simplemente de acordar un intercambio de preferencias. ¿Pero qué hay de un partido importante prometiendo recursos –y, sobre todo, dinero– con fines de alentar a un partido menor para hacer una recomendación favorable de preferencia?

²³⁶ El régimen para la adaptación regulatoria se reconoce en la Ley de Representación de las personas (n° 2), cl 1(2).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

¿AV o no AV? Lecciones de Australia

Cualquier indicio de dinero o de su valor que influya en las recomendaciones de preferencia debe ser ilegal por las mismas razones que el soborno electoral estaba fuera de la ley original: permitir que la riqueza compre apoyo electoral ofende la equidad democrática y eleva el costo de participar en las elecciones.

El uso de la ley de soborno para hacer frente a este último tipo del caso no es, sin embargo, sencillo. Un pago o una provisión de recursos pueden tener propósitos múltiples. Uno de los propósitos, que la mayoría consideraría corruptos, sería premiar a partidos menores por la compra de su apoyo. Otro propósito, que no será corrupto, es ayudar a un partido con menos recursos en un esfuerzo conjunto, mediante la promoción de su perfil y recomendaciones de preferencia. Estas dificultades fueron destacadas en Australia en dos casos de alto perfil, en uno fue involucrado el ministro Vic Garland, del Partido Liberal, en 1976; en el otro, un prominente líder del Partido Laborista y ahora ministro de Hacienda, Wayne Swan, en 1993. Ambos hombres fueron obligados a permanecer al margen durante las investigaciones después de haber admitido que dieron dinero de modesta cantidad para ayudar a un partido menor en su campaña durante las negociaciones de preferencias. En el primer caso, un magistrado desestimó la acusación; en el segundo caso, la policía federal no recomendó su enjuiciamiento (Orr 2006, 230-233). En el caso Swan fue de ayuda que la decisión final en cuanto a las recomendaciones de preferencias se hubiese realizado en la oficina nacional del partido menor, por lo cual su pago fue comunitario.

Acuerdos o arreglos políticos no éticos raramente se hacen en público, e incluso cuando se hacen en público son difíciles de confirmar bajo cualquier estándar de prueba penal. La experiencia de Australia ha sido que, aunque los procesos legales sean muy escasos, la ley contra prácticas corruptas (especialmente soborno, negociaciones e influencia indebida) por lo menos ofrece un contexto en el que se puede discutir la ética de las prácticas de campaña e inhibir los excesos. Además de garantizar que la legislación actual del Reino Unido, que abarca el soborno electoral, aplica potencialmente en la votación de preferencia y en recomendaciones, no es claro de inmediato qué medidas institucionales o legislativas se podrían adoptar para evitar tratos corruptos sin sofocar la práctica política. Por ejemplo, en la centralización de la toma de decisiones acerca de las preferencias en manos del nivel público nacional un sector del partido puede ayudar a profesionalizar políticas en manos de aquellos que son más propensos a ser adversos al riesgo y aceptan asesoramiento jurídico. Pero tal centralización crea sus propios déficits para la democracia participativa. Una disposición legislativa simple puede ser elaborada y prohibir pagos o transferencias de recursos entre los partidos, que de otra forma serán rivales o candidatos, pero esto supondría una violación de la libertad de asociación de partidos que son simpatizantes o en coalición informal.

2. Material: ¿Cómo votar?

La aparición del intercambio de influencias en relación a las preferencias bajo AV, por lo tanto, plantea interrogantes sobre la adecuación de la legislación vigente, especialmente de la relacionada con el soborno. La votación preferencial afectará a la campaña de manera más amplia, de tal modo que también puede requerir atención regulatoria. Si la experiencia de Australia sirve de guía, un desarrollo inevitable será la aparición del material "¿Cómo votar?", mediante el cual los partidos tratan de influir en los electores en la forma como deben completar su boleta electoral. Las tarjetas ubicuas "¿Cómo votar?" distribuidas afuera de los puestos de votación forman el signo más visible de la naturaleza que es crucial de las preferencias bajo AV. Para algunos, esto es una práctica perfectamente legítima, y una actividad preciada de la jornada electoral mediante la cual los activistas pueden apoyar a su partido. Para otros observadores, sin embargo, estas tarjetas son una amenaza: pueden hacer que algunos electores piensen que para votar por el Partido Laborista, por ejemplo, se debe seguir el patrón de la tarjeta "¿Cómo votar?" del Partido Laborista. Esta percepción opaca uno de los propósitos democráticos del AV, es decir, pedir a los electores decidir por sí mismos a los principales partidos que deseen ganen en las elecciones. En el medio, otros ven las tarjetas "¿Cómo votar?" como algo en vano. Siempre que cada candidato tiene un nombre del partido o "independiente" al lado de su nombre, cualquier elector informado debe ser capaz de emitir su voto sin la ayuda de este tipo de tarjetas.²³⁷

En lo que se refiere a algunas de estas preocupaciones, dos jurisdicciones de Australia han legislado que se ponga una cinta de seguridad de 100 metros alrededor de las cabinas de votación, dentro del cual no puede haber distribución alguna de material electoral.²³⁸ Pero mientras por un lado impide la distribución del material con el mayor impacto, por el otro lado no imposibilita la distribución del material "¿Cómo votar?" por otros medios como, por ejemplo, a través de correo que llega al buzón del hogar o de anuncios en los periódicos. Los electores, por supuesto, tienen la libertad de traer tal material con ellos a la mesa de votación, incluso en estas jurisdicciones. Una alternativa menos restrictiva sería prohibir la distribución de los volantes "¿Cómo votar?" alrededor de los centros y cabinas de votación para los electores que deseen consultarlos. Esta solución reduce el costo ambiental y trata a todos los partidos, grandes o pequeños,

²³⁷ En Australia, las preferencias de los simpatizantes de los verdes tienden a no variar en las recomendaciones de su partido, probablemente, debido a los compromisos ideológicos fuertes de los electores.

²³⁸ Ley Electoral de 2004 (Tas) s 177, Ley Electoral de 1995 (ACT) s 303. Estas normas sólo se aplican a elecciones sub-nacionales.

con igualdad. No obstante, esto no ha sido probado como una opción en Australia, probablemente, porque priva a los partidos mayores de su ventaja natural de ser capaz de movilizar activistas en cada centro de votación.

Una preocupación aún más grande sobre las tarjetas “¿Cómo Votar?” existe no tanto en su forma de distribución, sino más bien en su contenido. En Australia surgen habitualmente problemas cuando los partidos mayores circulan este tipo de tarjetas para la “segunda preferencia”. Éstas no se distribuyen para guiar a los simpatizantes de los partidos grandes, sino para atraer a los simpatizantes de un partido pequeño en particular. La intención es la de ocultar la verdadera fuente de la tarjeta: el objetivo es ganar las preferencias al hacer creer a los simpatizantes de un partido pequeño en particular que las tarjetas representan la recomendación de aquel partido pequeño.

Las evasivas incluyen la autorización de la tarjeta bajo el nombre de un funcionario poco conocido de algún partido importante, sin hacer alguna mención clara del partido y bajo una presentación diferente a la imagen del partido grande. Para comparar un caso de Australia común al contexto del Reino Unido, los conservadores podrían publicar una carta titulada: “¿Está pensando en votar por los verdes? Dele su segunda preferencia a los conservadores”. Mientras el texto puede parecer inocente, lo sería menos si se publicara en papel verde, reciclado. En dos casos flagrantes de Australia, activistas de Australia del *Labor Party* trataron de engañar a los electores de forma verbal y por la forma de sus vestidos. En un caso, se entregaron tarjetas neutrales a la vista mientras se decía a los electores: “¿Votar por One Nation?” implicando de esta manera que la tarjeta es originaria de One Nation Party. En otro caso, los activistas del Partido Labour se pusieron camisetas de color azul claro con el lema: “*Put Your Family First*” (“¡Pon a tu familia en primer lugar!”), mientras entregaban tarjetas diseñadas para ganar simpatizantes del partido religioso Family First.

Materiales y prácticas tan engañosos en Australia han dado lugar a acciones de mandato judicial extemporáneo el día de la elección (*Goss vs. Swan* 1994)²³⁹ e incluso a una denuncia sobre la elección (*Carroll vs. ECQ* 2001). Engañar a un elector en la emisión de su voto es una práctica electoral ilegal en Australia (Ley Electoral del Commonwealth de 1918).²⁴⁰ Sin embargo, la intervención judicial es cara y carece de tiempo. Aplicaciones de la jornada electoral se apresuran a argumentar y la votación podría terminar incluso

²³⁹ La adopción de la prueba de elector crédulo.

²⁴⁰ La Corte Suprema Australiana en el caso de *Evans vs. Crichton-Browne* (1981) 147 CLR 169 sostuvo que este delito se aplica sólo al engaño de los votantes en cuanto a cómo transforman sus intenciones en un voto válido: esto incluye el engaño a un elector que desee seguir las recomendaciones de preferencia de un partido en particular.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

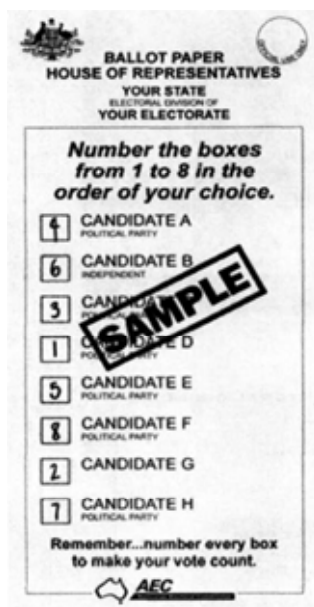
¿AV o no AV? Lecciones de Australia

antes que una orden judicial pudiera ser atendida. Peor aun, una denuncia sobre la elección no sólo es posfacto, sino también un despilfarro de dinero a menos que el margen de victoria fuera muy cerrado. Como resultado, algunos estados australianos han adoptado un bálsamo regulatorio y requieren el registro de todo el material “¿Cómo votar?” mucho antes del día de la elección. Esto le da tiempo a las autoridades electorales y los partidos rivales para oponerse al material potencialmente engañoso.²⁴¹ Para las elecciones nacionales de Australia, las nuevas leyes están exigiendo a los partidos que publiquen tarjetas con “segunda preferencia” que muestren su nombre en letra legible.²⁴² Tal regulación es poco prometedora para que acabe con todos los males y las malas prácticas, pero si el AV fuera adoptado en otros lugares, sería sabio que se legislen tales medidas. Esto es particularmente cierto, ya que en el Reino Unido no se tiene la costumbre de usar los tribunales durante la jornada electoral, y las peticiones posteriores a las elecciones, que proporcionan la forma tradicional de vigilar los engaños electorales, han caído en desuso.

APENDICE 1

ILUSTRACIÓN DE LA BOLETA AV (PREFERENCIAL POR COMPLETO)

(© AUSTRALIAN ELECTORAL COMMISSION)



241 Por ejemplo: Ley Electoral de 1992 (Qld) Pt 9 Div 2.

242 Enmienda a la Ley Electoral y al referéndum (Tarjetas “¿Como Votar?” y otras medidas) de 2010.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

¿AV o no AV? Lecciones de Australia

APENDICE 2

MUESTRA DE LA TARJETA “COMO VOTO”

VOTO PREFERENCIAL COMPLETO

Vote 1 Adele Carles

ADELE CARLES
A NEW FACE FOR FREMANTLE

How to vote for Adele Carles
Make your vote count, remember to number all the boxes.

Legislative Assembly Ballot Paper

7	VARGA, Nik Independent
9	TOTTEN, Rob CITIZENS ELECTORAL COUNCIL
3	TER HORST, Jan Independent
4	ZAGAMI, Carmelo Independent
6	BONI, Steve Independent
8	DU PLESSIS, Andriette WAFAMILYFIRST.COM
5	TAGLIAFERRI, Peter Australian Labor Party
11	HOLLETT, Julie Christian Democratic Party WA
10	LORRIMAR, Rosemary Anne Independent
1	CARLES, Adele Greens (WA)
2	WAINWRIGHT, Sam

Remember that this is just a suggestion
— you are always free to number the
candidates in the order of YOUR choice

THE GREENS
CHANGE BEGINS HERE

Vote 1 Adele Carles

Graeme Orr y K D Ewing

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

¿AV o no AV? Lecciones de Australia

TARJETA BAJO RÉGIMEN OPV

(PARTIDO LABOR OPTANDO POR UNA ESTRATEGIA DE VOTAR SOLO POR “VOTO 1”)

Peter Beattie & LABOR

Putting Queensland First

Steve Bredhauer
Labor for Cook

BALLOT PAPER

WEBB, A

HOLLINGSWORTH, L

Vote **1 BREDHAUER, STEVE (ALP)**

IMPORTANT: If you spoil your ballot paper, ask for another one.

Printed on 100% recycled Australian-made paper. PLEASE DISPOSE OF THOUGHTFULLY

Vote 1 LABOR in your electorate

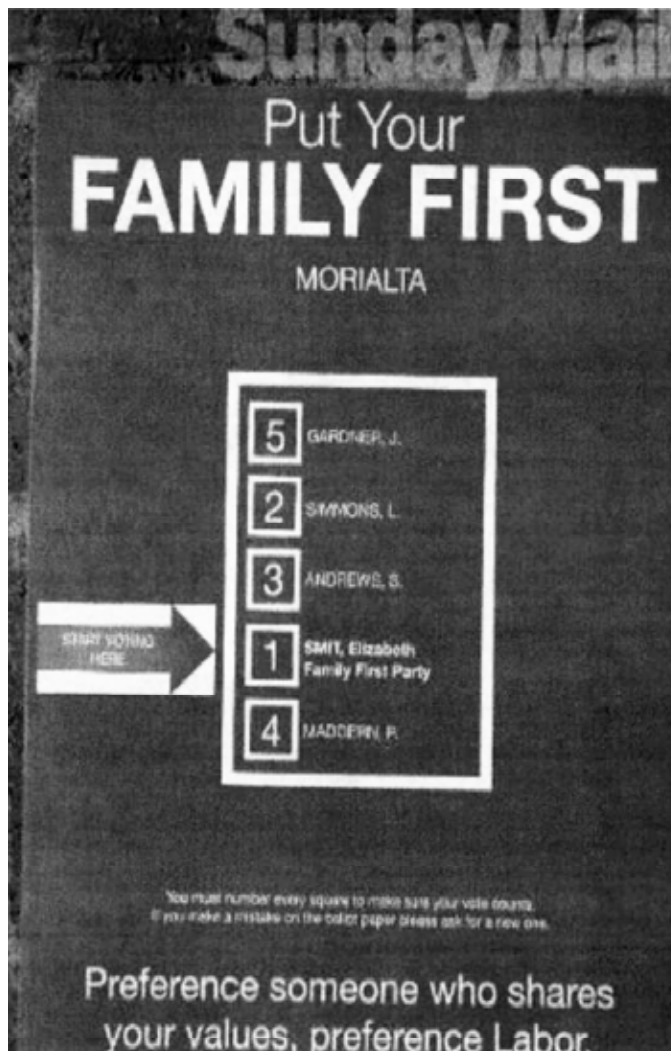
If you wish to distribute preferences, make sure that One Nation, CCAQ and like candidates are placed last.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

¿AV o no AV? Lecciones de Australia

TARJETA “SEGUNDA PREFERENCIA”

(EXPEDIDA POR EL PARTIDO LABOUR, DIRIGIDA A PARTIDARIOS DEL PARTIDO FAMILY FIRST,
AUNQUE LA POLÍTICA DEL PARTIDO FAMILY FIRST RECOMENDÓ NO DAR PREFERENCIA
AL PARTIDO LABOUR)



VI. FUENTES CONSULTADAS

- Ansolabehere, Stephen. 2002. "Voting Machines, Race, and Equal Protection". *Election Law Journal*. 1(1): 61-70.
- Australian Electoral Commission. 2003. *Informal Vote Survey: House of Representatives 2001 Election, Research Report Number 1 of 2003*. Australia: Australian Electoral Commission.
- Australian Electoral Commission. 2010. Virtual Tally Room. The Official Election Results, Election 2007. First Preference Votes by Party. <http://results.aec.gov.au/13745/Website/HouseState-FirstPrefsByParty-13745-NAT.htm> (Consultada 28 de junio de 2011).
- Bean, Clive. 1996. "Australia's Experience with the Alternative Vote". *Representation* 34(2): 103-110.
- Butler, David. 2001. "Australia's Contribution to Political Institutions". *The New Federalist* 7: 47-51.
- Carroll v Electoral Commission Queensland (No 1) (2001) 1 Queensland Reports 117
- CNGS. Constitución Nueva Gales del Sur. 1902
- Commonwealth Electoral Act 1918 (Commonwealth of Australia)
- Corrupt and Illegal Practices Act. 1883. UK
- Electoral Act .1992. Queensland
- Electoral Act .2004. Tasmania
- Electoral Act. 1995. Territorio de la Capital de Australia
- Electoral and Referendum Amendment (How-to-Vote Cards and Other Measures) Act 2010 (Commonwealth of Australia)
- Evans v Crichton-Browne. 1981 147 Commonwealth Law Reports 169.
- Faderson v Bridger. 1971. 126 Commonwealth Law Reports 271.
- Farrell, David y Ian McAllister. 2005. "1902 and the Origins of Preferential Electoral Systems in Australia". *Australian Journal of Politics and History* 51(2): 155-167.
- Goss v Swan. 1994. 1 Queensland Reports 40.
- Hill, Lisa y Sally Young. 2007. "Protest or Error? Informal Voting and Compulsory Voting". *Australian Journal of Political Science* 42(3): 515-521.
- House of Commons, Political and Constitutional Reform Committee. 2010-2011. *Parliamentary Voting System and Constituencies Bill, 3rd Report of Session 2010-11*. United Kingdom: House of Commons.
- Jaensch, Dean y David Mathieson, 1998. *A Plague on Both Your Houses: Minor Parties in Australia*. Australia: Allen & Unwin.
- Judd v McKeon. 1926. 38 Commonwealth Law Reports 380.
- Kavanagh, Dennis and David Butler, 2006, *The British General Election of 2005*. United Kingdom: Palgrave Macmillan.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

¿AV o no AV? Lecciones de Australia

- Langer v Commonwealth. 1996. 186 Commonwealth Law Reports 302.
- MacDonald, J Ramsay. 1909. *Socialism and Government, volume 1*. United Kingdom: Independent Labour Party.
- Mackerras, Malcolm y William Maley. 1998. "Preferential Voting in Australia, Malta and Ireland". *Griffith Law Review* 7(2): 225-248.
- Mackerras, Malcolm. 1996. "Single Transferable Vote Systems in Australia". *Representation* 34(1): 62-69.
- McAllister, Ian y Tony Makai. 1993. "Institutions or Protest? Explaining Invalid Votes in Australian Elections". *Electoral Studies* 12(1): 23-40.
- Orr, Graeme. 2002. "A Politician's Word: the Legal (Un)enforceability of Political Deals". *Constitutional Law and Policy Review* 5(1): 1-11.
- Orr, Graeme. 2006. "Suppressing Vote-Buying: the "War" on Electoral Bribery". *Journal of Legal History* 27(3): 289-314.
- Orr, Graeme. 2010. "The Australian Experience of Electoral Bribery: Dealing in Electoral Support". *Australian Journal of Politics and History* 56(2): 225-241.
- Parliamentary Voting System and Constituency Act. 2011. (UK).
- R v Rowe; ex parte Mainwaring. 1992. 1 Weekly Law Reports 1059.
- Reilly, Ben. 1997a. "Preferential Voting and Political Engineering: a Comparative Study". *Journal of Commonwealth and Comparative Politics* 35(1): 1-19.
- Reilly, Ben. 1997b. Preferential Voting and its Political Consequences. In *Elections: Full, Free and Fair*, edited. Marian Sawer, 78-95. Australia: The Federation Press.
- Representation of the People Act. 1983. UK.
- Representation of the People. 1930. (No 2) Bill. UK.
- Sharman, Campbell, Anthony M Sayers y Narelle Miragliotta. 2002. "Trading Preferences: the Australian Experience of Preferential Voting". *Electoral Studies* 21(4): 543-560.
- Watt, Bob. 2006. *UK Election Law: a Critical Examination*. United Kingdom: Glasshouse Press.
- Whitlam, Edward "Gough". 1985. *The Whitlam Government 1972-1975*. Australia: Viking.

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español: una perspectiva de derecho comparado europeo

Dr. Vicente J. Navarro Marchante*

* Universidad de La Laguna, España. vmarchan@ull.es

SUMARIO

- I. Breve referencia a la aplicación del principio de discriminación positiva por razón de sexo;
- II. Aproximación a las fórmulas de fomento de la paridad en los sistemas electorales de derecho comparado europeo;
- III. Los problemas de constitucionalidad de las cuotas electorales paritarias: un análisis desde la jurisprudencia constitucional española y europea comparada;
- IV. Los efectos de la imposición legal de cuotas en las elecciones en España (de 2007 a 2009);
- V. Conclusiones, VI. Fuentes consultadas

I. BREVE REFERENCIA A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA POR RAZÓN DE SEXO EN DERECHO COMPARADO E INTERNACIONAL

Al Estado liberal nacido con las constituciones tras las revoluciones liberales burguesas de finales del siglo XVIII le corresponde evitar la existencia de cualquier tipo de práctica que pudiera considerarse discriminatoria por razón de raza, sexo, religión, ideología, o cualquier otro tipo de circunstancia personal o social; es decir, debe garantizar la igualdad ante la ley. Más tarde, con su transformación en Estado social, tiene como uno de sus objetivos lograr la mejora de las condiciones de vida y la igualdad de oportunidades de sus ciudadanos. De ahí que el Estado asuma el papel de garante de la existencia de un sistema de educación pública gratuita, establezca políticas redistributivas de la riqueza con un sistema fiscal progresivo, vele por los intereses de los trabajadores y consumidores, desarrolle políticas de protección social, etcétera.

No obstante, el Estado social, que responde a unos determinados principios y valores culturales, está llamado a dar un paso más en la transformación social, debe lograr que el principio de igualdad sea real y efectivo; debe intervenir con iniciativas concretas que promuevan las condiciones de igualdad y que remuevan los obstáculos que impiden o dificultan su consecución.

Para ello, en ocasiones, deberá recurrir a medidas de fomento, de discriminación o acción positiva (*affirmative action*) de aquellos grupos que, por diferentes razones, no se

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

encuentran en condiciones de igualdad con el resto y cuya finalidad es lograr la igualdad real y efectiva,²⁴³ la igualdad en la ley.

Resulta obligada la mención de las primeras medidas de discriminación positiva llevadas a cabo en Estados Unidos en los años 70 del pasado siglo, y que tenían por finalidad lograr que los ciudadanos de razas minoritarias alcanzaran mayores cuotas de empleos cualificados,²⁴⁴ muy lejana a una equivalencia proporcional con la mayoría blanca, y para ellos establecieron unas cuotas de reserva de plazas en las universidades, como paso previo a la promoción laboral y social.²⁴⁵ La medida partía de la base de considerar que los miembros de esas minorías raciales, tradicionalmente discriminados (durante siglos esclavizados y segregados), no están en iguales condiciones reales para poder competir con los miembros de la mayoría blanca al partir de entornos familiares y sociales de diferente nivel económico y cultural. Estas medidas han tenido el respaldo de los tribunales que han enjuiciado su conformidad con la norma constitucional, al entender que dentro de las obligaciones del Estado social se encuentra promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y, en estos casos, se trataba de medidas justificadas y proporcionadas en virtud del objetivo pretendido. En todo caso, resulta evidente que, como decía Alexy (1985, 402) la “paradoja de la igualdad” implica que quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad *de iure*, puesto que promocionar a unos grupos supone tratar a otros desigualmente.

Las medidas de discriminación positiva pronto se extienden, preferentemente en al ámbito laboral, a miembros de otros grupos marginados por otro tipo de razones como discapacitados físicos y psíquicos, colectivos de jóvenes sin empleo anterior, trabajadores mayores de cierta edad con determinados años en situación de desempleo, etcétera. En estos casos las medidas de fomento iban desde subvenciones a las empresas contratantes, reserva de puestos en el empleo público, deducciones, reducción de costes

²⁴³ Alexy (1985) sostiene que junto a los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado, existen, como contrapartida, lo que denomina “derechos a acciones positivas del Estado”, que conformarían el estatus positivo. De ahí podría derivarse el fundamento genérico de los derechos de discriminación positiva dentro de los derechos de prestación. (Roca 1999) recuerda como Perelman señalaba que “lo que la igualdad veda es la presencia de desigualdades sin justificación posible y, en consecuencia, arbitrarias. La máxima *“equality needs no reason, only inequality does”*.”

²⁴⁴ También resulta obligado recordar que la Constitución de la India de 1950 ya establecía en su artículo 16.4 una reserva de puestos en la administración en favor de los miembros de los “intocables”, la casta habitualmente marginada.

²⁴⁵ Resulta evidente que en este trabajo no es posible hacer un estudio sobre la generalidad de las medidas de discriminación inversa, pero nos parece oportuno recordar el sugerente debate que aborda Dworkin (1989, 327 y ss.) al marcar “la distinción entre la igualdad como política y la igualdad como derecho”.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

extrasalariales para las empresas empleadoras, etcétera.²⁴⁶ En definitiva, se trataba de buscar que, por ejemplo, una persona con algún tipo de discapacidad física, que lo ha tenido más difícil que los demás para formarse y que encuentra más impedimentos que los demás para lograr que una empresa lo contrate, disfrute de algún tipo de ventaja que permita su inserción laboral; que implicaría tener en cuenta que no hay mayor desigualdad que tratar igual lo que no es igual.

En lo que respecta a las mujeres, también son beneficiarias de cierto trato favorable diferenciado en el ámbito laboral y de prestaciones sociales, con frecuencia por tener en cuenta las obligaciones y sacrificios de la maternidad (facilidades para la reinserción laboral tras la maternidad, presunción de despido nulo en caso de embarazo, disfrute de ciertas ventajas horarias en los turnos de trabajo, percepción de ayudas por el cuidado de hijos, etcétera).

En el caso de España, la parte dogmática de su Constitución de 1978 hace referencia en tres ocasiones a la igualdad. Por una parte, el Artículo 1.1 dice que España propugna como valor superior de su ordenamiento la igualdad. El Artículo 9.2 ordena a los poderes públicos que promuevan las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos sociales sea real y efectiva y remuevan los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud. Finalmente, el artículo 14 proclama la igualdad ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna. Desde los primeros años de funcionamiento

²⁴⁶ Las medidas de discriminación positiva en el ámbito laboral han tenido, en general, juicios favorables por parte de la jurisprudencias constitucionales estatales y de los tribunales internacionales de ámbito europeo como el TSJ de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, desde las pioneras Sentencias del 23 de julio de 1968, de 27 de octubre de 1975, a las más actuales, del 9 de abril de 2002, 13 de febrero de 2003, 19 de octubre de 2004, o, la más reciente, del 12 de enero de 2006, caso Mizzi). Para una selección de sentencias del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional españoles y del TSJ de las Comunidades Europeas puede verse la página web del Observatorio de Género de la Universidad Carlos III de Madrid www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/observatorio/conciliacion.html En estas resoluciones judiciales se pone de manifiesto que tales medidas suponen una desigualdad de trato en relación con situaciones de distinta naturaleza (expectativas o derechos), sin que ello suponga por sí una vulneración del derecho a la igualdad (siempre que se cumplan determinados exigencias), pero pueden también incidir en derechos o libertades de terceros, incluso de carácter fundamental, lo que exigirá una especial ponderación de los bienes y valores en juego. Así, sin llegar a cuestionarlas de forma clara, hemos visto que sí han recibido ciertas matizaciones, así la St. del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 1995, por ejemplo, el caso Kalanke vs. Freie Hansestadt Bremen, en relación a la preferencia de una mujer sobre un competidor masculino en un concurso de promoción laboral como ingeniero de jardines municipal en Bremen, Alemania (para un análisis de esa sentencia en clave constitucional véase Rey Fernández 1996). También, la más reciente en Estados Unidos, en el caso Ricci vs. De Stefano, del 29 de junio de 2009, 129 S.Ct. 2658 en relación con unas pruebas para el ascenso dentro del cuerpo de bomberos de la ciudad de New Haven donde no se seleccionó a ningún negro, en la que el TS Federal ha entendido que se había caído en el “racismo inverso” (puede verse un análisis de esta sentencia en [Fernández 2010, 409 y ss.]).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

del Tribunal Constitucional,²⁴⁷ este órgano, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Electoral de Derechos Humanos (TEDH), ha venido realizando una interpretación que puede resumirse en la aceptación del principio de discriminación positiva siempre que concurren los siguientes requisitos: que el trato diferenciado establecido por el legislador tenga un fin constitucionalmente protegido, que la diferenciación sea necesaria y adecuada para lograr la finalidad perseguida y que haya proporcionalidad entre los medios y la finalidad perseguida. Podríamos resumir la línea jurisprudencial en estos fragmentos de sentencias:

la STC 98/85, en su Fundamento Jurídico 9, dice que el principio de igualdad del Estado Social reconocido en el art.9.2 “puede actuar como principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art.14, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material”; o la STC 3/93 en su F.J.3: “en la perspectiva del art.9.2, de promoción de las condiciones de igualdad, no se considera discriminatorio, que a fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre, se adopten ciertas medidas de acción positiva en beneficio de la mujer”.

II. APROXIMACIÓN A LAS FÓRMULAS DE FOMENTO DE LA PARIDAD EN LOS SISTEMAS ELECTORALES DE DERECHO COMPARADO EUROPEO

Los frecuentes bajos índices de representación femenina en los órganos legislativos y ejecutivos han acabado en el convencimiento²⁴⁸ de buena parte de la sociedad europea de que esa situación es un auténtico déficit democrático de nuestros partidos²⁴⁹ y sistemas políticos.²⁵⁰

²⁴⁷ Un análisis detallado del “test de constitucionalidad” en este asunto puede verse en (Glük 1998).

²⁴⁸ A ese convencimiento de los partidos ha contribuido de forma innegable la presión y el trabajo de concienciación de las tesis feministas y de las propias mujeres presentes en esos partidos (Guerra 2007). Para Sevilla Merino (1999, 477) hay “ausencia de voluntad o convencimiento natural a compartir el poder con las mujeres” y, además, “las mujeres y los hombres tienen intereses diferentes y a veces contradictorios”.

²⁴⁹ Para el aspecto de democracia interna de los partidos en tanto que instrumentos del pluralismo político y canalizadores de la participación ciudadana. Véase (Navarro 1999).

²⁵⁰ La escasa participación de la mujer en la vida política es un fenómeno generalizado en los países europeos y en otros continentes, véase los datos proporcionados por la Unión Interparlamentaria www.ipu.org/wmn-e/classif.htm y por Naciones Unidas www.un.org/womenwatch/daw/cedaw.htm

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

La baja presencia de mujeres en las organizaciones sociales y políticas suele ser atribuida, tradicionalmente, al diferente rol de la mujer en nuestras sociedades, donde los hombres desempeñan un papel dominante y la mujer ha tenido que reivindicar, incluso hasta hace pocas décadas, su derecho al sufragio y a la igualdad. Además, no se puede obviar el factor económico-cultural, la pobreza coloca a la mujer en una situación de inferioridad social en tanto que queda vinculada a su exclusivo papel de madre, sin acceso a la formación básica y mucho menos a la enseñanza superior.²⁵¹

Por otra parte, están las aún persistentes discriminaciones en diversas áreas del ordenamiento jurídico; sólo es desde hace pocos años y, mayoritariamente en los países de cultura occidental, cuando ya hemos dejado de detectar discriminaciones normativas en perjuicio de las mujeres.²⁵² No obstante, la igualdad en el mundo real, incluso en sociedades política, cultural y económicamente avanzadas es, cuando menos, discutible.

Un ejemplo de esa desigualdad real en los países desarrollados se sigue dando en el escaso protagonismo femenino en partidos políticos, sindicatos y movimientos sociales, no siempre relacionado cuantitativamente con su militancia. El movimiento feminista achaca esta marginación a la existencia de estándares dominantes que delimitan las modalidades participativas y a la vigencia de un paradigma hegemónico que impone la naturaleza de las cualidades propias del liderazgo político, basado, fundamentalmente, en una concepción jerárquica y carismática. Sin embargo, las cualidades participativas de las mujeres difieren de estos estándares dominantes y, en consecuencia, son desvalorizadas como no funcionales, e igual suerte corren las cualidades de su liderazgo, tendente a la horizontalidad y a la negociación más que al mandato (Sierra 2007). También suele ser frecuente una alusión al “techo de cristal” con el que se encuentran las mujeres dentro de las organizaciones políticas²⁵³ y que les impide, en la vida real de estas organizaciones, romper las inercias y acercarse a la paridad.²⁵⁴

²⁵¹ Las cifras de los organismos internacionales antes citados demuestran como en los países del norte de Europa –más ricos, con mejores condiciones de trabajo y potentes sistemas educativos igualitarios para ambos géneros– el porcentaje de participación femenina en las instituciones representativas se aproxima a 40%, mientras que en los países árabes o del África subsahariana los porcentajes apenas alcanzan 10%.

²⁵² La última de la que podemos dar cuenta en España es la Ley 33/2006, del 30 de octubre, que garantiza la igualdad por razón de género en la sucesión de los títulos nobiliarios. Por otra parte, en relación con este tema y como es sabido, España mantiene, en la propia Constitución, la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión a la Corona (art.57.1).

²⁵³ Se recomienda la visita a la página www.democraciaparitaria.com de la Asociación de Mujeres Juristas Themis.

²⁵⁴ Valcárcel (1994, 36) sostiene que “la ascensión en el nivel gerencial se da, pero se corta en el momento en que empieza la decisión política. Esto es a lo que el feminismo llama el techo de cristal”.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

Ante esta situación, diversos organismos internacionales han propuesto la necesidad de tomar medidas específicas para combatir esta realidad:

a) En el ámbito internacional:

- La Convención de la ONU de 1979 sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer señalaba en su artículo 4: “la adopción por los Estados partes de medidas transitorias especiales dirigidas a acelerar la instauración de una igualdad de hecho entre los hombres y las mujeres no puede considerarse un acto de discriminación tal y como es definido en la presente Convención”, y añade en su artículo 7: “Los Estados partes tomarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación de las mujeres en la vida política y pública del país y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad con los hombres (...) el derecho de tomar parte en la elaboración de la política del Estado y en su ejecución, de ocupar empleos públicos y ejercer las funciones públicas en todos los escalones del gobierno”.

- “Cuarta conferencia mundial sobre las mujeres”, Pekín 1995. Entre sus resoluciones, instaba a los Estados miembros a “adoptar medidas, incluso en los sistemas electorales, cuando proceda, que alienten a los partidos políticos a incorporar mujeres en los puestos públicos electivos” y considera que “conseguir el objetivo de la igualdad de participación de mujeres y hombres en la toma de decisiones, proporcionará un equilibrio que reflejará de manera más adecuada la composición de la sociedad, necesaria además para el buen funcionamiento de la democracia”.

- En la misma línea, la “Conferencia de Nueva Delhi de la Unión Interparlamentaria de 1997”, demandando medidas eficaces a los partidos políticos para lograr una democracia paritaria.

b) En el ámbito de la Unión Europea:

- La Resolución 169 de 1988 del Parlamento Europeo que recomienda a los partidos políticos de los estados miembros el establecimiento de cuotas electorales. En la misma línea, las resoluciones del 3 de marzo de 2000 y del 5 de julio de 2001.

- Resolución del Consejo de Ministros de la Unión Europea, del 27 de marzo de 1995: “El Consejo afirma que una participación equilibrada en la toma de decisiones (...) en cada ámbito de la vida constituye una importante condición para la igualdad entre hombres y mujeres. Es necesario hacer todo lo posible para que se produzcan los cambios en las estructuras sociales y en las actitudes que son esenciales para una auténtica igualdad de hombres y mujeres en el acceso a los puestos de toma de decisiones en el ámbito político, económico, social y cultural”.

- La Recomendación 96/694/CE del Consejo de Ministros de la Unión Europea de 1996 relativa a la participación equilibrada de las mujeres y los hombres en los procesos

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

de toma de decisiones considera que “una participación equilibrada de las mujeres y los hombres puede generar diferentes ideas, valores y comportamientos, en el sentido de un mundo más justo y equilibrado tanto para las mujeres como para los hombres” y por ello “conviene adoptar orientaciones para promover una participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en los procesos de toma de decisiones con la finalidad de lograr la igualdad de oportunidades”. En la misma línea, la recomendación del 12 de marzo de 2003.

- El Tratado de Amsterdam de 1997, en su artículo 141.4 se refiere no sólo a disposiciones dirigidas a promover la igualdad de oportunidades, sino a disposiciones que prevén ventajas específicas y derechos para asegurar la paridad efectiva y completa de hombres y mujeres en la vida laboral, haciendo referencia a la paridad en el resultado final.

- La Carta de Derechos Fundamentales aprobada en Niza en el año 2000 establecía en su artículo 23 que “el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que prevean ventajas específicas en favor del sexo menos representado”.

En todo caso, conviene puntualizar que estas normas comunitarias europeas no son de obligado cumplimiento para los Estados miembros ni pueden considerarse limitativas o lesivas de las constituciones de los estados miembros. Por otra parte, la regulación de los regímenes electorales no es una materia que los Estados hayan cedido a la Unión Europea, por lo que cada Estado mantiene su propio régimen, incluido el sistema de elección de sus representantes al propio Parlamento Europeo.

c) En el ámbito del Consejo de Europa:

- En el mismo sentido que las de la Unión Europea, se puede citar la “IV Conferencia europea sobre igualdad entre hombres y mujeres”, celebrada en Estambul, en noviembre de 1997.

- También la Declaración de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 1999, que concreta que la representatividad mínima de las mujeres debe ser de 30%, y recomienda a los gobiernos utilizar la financiación hacia los partidos para lograr este fin.

Para paliar la situación, en algunos estados han sido los propios partidos políticos los que han optado por la autorregulación²⁵⁵ y se han impuesto determinadas cuotas de

²⁵⁵ Como tal autorregulación, se trata de medidas voluntarias autoimpuestas que no son seguidas por todas las formaciones políticas y entre las que las adoptan, tampoco lo hacen de la misma forma. De forma general, se puede apreciar que la formalización de la reserva de determinadas cuotas para las mujeres suele ser más frecuentes entre las formaciones de ideologías socialdemócratas que entre las conservadoras. En todo caso, los partidos empiezan a ser conscientes de que el aumento de la participación femenina en los partidos también es premiada por el electorado. Véase, para el caso de España, (Verge 2006).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

participación femenina tanto en los diferentes órganos de partido como en las listas con las que concurren a las elecciones.²⁵⁶ Se trata de medidas que, en tanto que voluntarias, entran dentro de la capacidad de autoorganización y autonomía del partido político y carecen de cualquier tipo de reproche jurídico constitucional.

Por otra parte, tenemos a otro grupo de estados donde el legislador ha tomado ciertas iniciativas normativas dirigidas a las formaciones políticas para imponerles determinadas medidas encaminadas a aumentar la presencia de mujeres en los órganos de representación política. Se trata de medidas que, en mayor o menor medida, van más allá de las simples recomendaciones o sugerencias de *soft law*.

Entre las medidas menos restrictivas podemos encontrar las de aquellos estados que hacen depender las ayudas de financiación pública a los partidos de que éstos hayan logrado determinados porcentajes de candidatas electas en las elecciones. Se trata de un mecanismo que sanciona o premia a los partidos en función de que hayan logrado el objetivo de paridad de forma más o menos amplia. Además de la vía de la presión o persuasión por medio de la financiación pública, seguramente la más eficaz, también es posible utilizar otro tipo de instrumentos como modular, con el mismo criterio, el acceso de los partidos a los espacios gratuitos de propaganda electoral en los medios de comunicación de titularidad pública o con las ayudas al envío de propaganda electoral. Las medidas que premian la consecución o el acercamiento a los objetivos de paridad parecen ser las más adecuadas de intervención en gobiernos donde el sistema electoral es el mayoritario con circunscripciones uninominales, en tanto que el partido político sólo presenta a un candidato por circunscripción y no se podría establecer una cuota de participación femenina mínima en listas electorales que aquí no existen (no obstante, también es una medida válida para estados con sistemas electorales proporcionales).²⁵⁷ Por tanto, queda a criterio del partido decidir al candidato o candidata que presenta en cada circunscripción, valorando sus expectativas de obtener en ésta la mayoría y, en consecuencia, el escaño,²⁵⁸ pero sabiendo que en el cómputo total de las elecciones

²⁵⁶ Es el caso de los países nórdicos y de influencia anglosajona desde hace décadas (Ruiz 2009), y en España también del Partido Socialista desde mitad de los años 90, al reservar 25% de los puestos a mujeres.

²⁵⁷ Véase, como ejemplo y para el caso de España, la Proposición no de Ley del 29 de mayo de 2001, del Partido Socialista en Andalucía, instando al gobierno autonómico a modificar la ley electoral. Holgado González (2002, 141 y ss.) argumenta que este tipo de medidas en España, siguiendo los criterios jurisprudenciales españoles, sería conforme a la Constitución.

²⁵⁸ Para Sevilla Merino (1999, 481) el sistema mayoritario se muestra más injusto con las mujeres porque en éste el éxito del partido depende en gran medida del candidato único que se seleccione, un candidato de “éxito” que pone el énfasis en características “masculinas”, lo que “pone en entredicho a la candidatura femenina dando por supuesto que hay menos probabilidades de que el electorado vote por una mujer”.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

debe acercarse a unos determinados porcentajes de candidatas electas. Este mecanismo ha sido elegido por Francia, así, la Ley 2000/493, del 6 de junio, que modifica el Código Electoral, establece que la distancia entre el número de candidatos de cada sexo no puede ser superior a uno, y junto a esta obligación la ley prevé la reducción de la financiación pública a los partidos que no presenten datos paritarios.

La medida más intervencionista es la imposición de cuotas en las listas electorales que las formaciones políticas deben elaborar de forma interna para luego presentar en la convocatoria electoral. Como antes adelantábamos, el presupuesto necesario para establecer estas cuotas en las listas es que el sistema electoral opere con ellas, bien por tratarse de sistemas proporcionales (frecuentemente suelen ser sistemas de listas cerradas y bloqueadas) o, al menos, que si es mayoritario, sea plurinominal. La imposición de las cuotas electorales a los partidos presenta diversa casuística, pero se pueden distinguir dos procedimientos: uno de ellos obliga a que la lista electoral tenga el mismo número de hombres que de mujeres y el otro impone unos determinados porcentajes de presencia de candidatos de cada sexo, con frecuencia se suele especificar que debe haber un mínimo de mujeres candidatas en un 25, 30 o 40%. Estos sistemas también suelen hacer referencia a la posición de los candidatos y candidatas dentro de la lista, sabiendo que las posibilidades reales de obtener escaño se reducen a medida que se alejan del primer puesto. Así, es posible ver desde sistemas que exigen una estricta alternancia entre candidatos de ambos sexos (conocido como sistema de cremallera) a otros donde los porcentajes se establecen por tramos de candidatos (por ejemplo, la norma española requiere una presencia mínima de 40% de candidatos de cada sexo en tramos de cinco personas), lo que permite un mayor margen al partido político.

III. LOS PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS CUOTAS ELECTORALES PARITARIAS: UN ANÁLISIS DESDE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA Y EUROPEA COMPARADA

Varios estados europeos, desde las últimas décadas del siglo xx, se han decidido por imponer, por vía legislativa, cuotas electorales a los partidos políticos, es el caso de Francia, Italia o España, y en todos ellos ha habido pronunciamiento de su tribunal constitucional. Veremos de forma sintética los casos francés e italiano y luego nos centraremos en la más reciente sentencia 12/2008 del Tribunal español.

Francia aprobó en 1982 una ley (que modificaba el artículo L 260 bis del Código Electoral) que imponía una cuota máxima de 75% de candidatos del mismo sexo para

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

las elecciones municipales. El Consejo Constitucional (Decisión nº 82-146 DC, de 18 de noviembre de 1982) rechazó esta norma por entender, como argumento principal, que vulneraba el principio de unidad de la soberanía nacional, que pertenece al pueblo en su conjunto y no es posible fraccionar esa unidad en dos secciones o categorías con electores y elegibles de uno y otro sexo.²⁵⁹ Por segunda vez, tras una nueva reforma electoral en el ámbito de los comicios regionales (modificando el art. L 346 del Código Electoral), el Consejo Constitucional (Decisión nº 98-407 DC, de 14 de enero de 1999) confirma la inconstitucionalidad de este tipo de normas.

Ante esta situación, la alternativa para poder establecer medidas de este tipo en el ordenamiento francés pasaba por una reforma constitucional, así, en el año 2000 se añadiría al artículo 3 “la ley favorece el igual acceso de mujeres y hombres a los mandatos electorales y a las funciones electivas”. Poco después se aprobaría la Ley 2000/493, del 6 de junio (que modifica diversos artículos del Código Electoral), que implanta la obligación para los partidos de presentar igual número de candidatos de ambos sexos, se garantiza, además, la alternancia de los dos sexos en las candidaturas que se presenten a las elecciones europeas y senatoriales (no en las legislativas) y aplicándose la paridad por tramos de seis (sin orden específico) en las elecciones municipales, y, finalmente, prevé un sistema de sanciones en la financiación de los partidos que incumplan el nuevo régimen electoral.²⁶⁰ Pese a la previa reforma del texto constitucional, el Consejo Constitucional tuvo que volver a pronunciarse (Decisión nº 2000/429, del 30 de mayo) sobre la nueva iniciativa legislativa, teniendo que concluir esta vez que: “El constituyente ha querido permitir al legislador instaurar cualquier dispositivo tendente a hacer efectivo el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y funciones electivas; desde ahora es lícito que el legislador adopte disposiciones a este fin, revistan éstas un carácter ya incitador o de impulso, ya represor”.

Italia aprobó la Ley 81/1993 sobre elecciones en municipios y provincias y preveía que en las elecciones de los concejales las listas no podrían tener más de dos terceras

²⁵⁹ Para un análisis específico de la doctrina y jurisprudencia francesas contrarias a las cuotas, véase, en castellano (Favoreau 1997).

²⁶⁰ El Consejo Constitucional entiende que es perfectamente legítimo, desde un punto de vista constitucional, modular la financiación de los partidos atendiendo al criterio de la participación de las mujeres en las listas electorales, ya que, como argumenta, no estaríamos ante una sanción, sino ante la lícita opción del legislador de incentivar a los partidos a través de la financiación para que lleven a cabo el cumplimiento del mandato constitucional de democracia paritaria (Decisión nº 2000/429).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

partes de candidatos del mismo sexo.²⁶¹ La Corte Constitucional italiana (St. 422/95) que enjuició la norma consideró que vulneraba el principio de igualdad (artículo 3), el derecho de sufragio pasivo y la igualdad en el derecho de acceder a los cargos electivos (artículo 51) y el derecho de los ciudadanos a asociarse libremente para concurrir con métodos democráticos a determinar la política nacional, conculcando los principios de representación política y democracia pluralista (artículo 49).²⁶²

Tras este pronunciamiento de la Corte Constitucional, la posibilidad más eficaz para insistir en este tipo de medidas, como en el caso de Francia, fue la de la reforma constitucional y, así, en 2003, el artículo 51 que establecía que “Todos los ciudadanos de uno y otro sexo podrán desempeñar cargos públicos y puestos electivos en condiciones de igualdad según los requisitos establecidos por la ley”, fue complementado con el siguiente añadido: “Con este fin, la República promueve a través de medidas especiales la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”.

Sin embargo, la propia Corte Constitucional italiana vuelve a tratar el asunto de las cuotas electorales en la St. 49/2003, esta vez en el ámbito de la Región del Valle de Aosta, que en 2001 modificó su estatuto regional, para favorecer el equilibrio de género en la representación política, y en 2002 aprobó una ley electoral regional que preveía la nulidad de las listas en las cuales no estuvieran presentes candidatos de los dos sexos. En esta ocasión, la Corte italiana modifica su anterior criterio y valida la normativa regional; entiende que los nuevos preceptos constitucional y estatutario legitiman esa legislación. En la actualidad, numerosas regiones italianas han aprobado reformas electorales para impulsar el acceso de las mujeres a los cargos de representación política.

En el entorno jurídico europeo, junto a los casos de Francia e Italia, hemos observado en las últimas décadas diversas reformas constitucionales cuyo objetivo ha sido el de formular la igualdad de hombres y mujeres e incluir el derecho particular de

²⁶¹ La norma no estaba vinculada con la financiación pública de los partidos, prohibida en el ordenamiento italiano a excepción de ciertas ayudas para gastos electorales, Ley de 10 de diciembre de 1993.

²⁶² A modo de síntesis, el fundamento jurídico 6º: “Medidas como las que estamos examinando no parece que sean coherentes con los fines indicados en el segundo apartado del art.3 de la Constitución, dado que esas medidas no se proponen ‘eliminar’ los obstáculos que impiden a las mujeres alcanzar determinados resultados, sino que les atribuyen directamente esos resultados, es decir, que la tan debatida diferencia de condiciones no queda eliminada, sino que vienen a constituir el único motivo que legitima una tutela preferente basada en el sexo. Pero precisamente esto, como se ha puesto en evidencia, es el tipo de resultado explícitamente excluido en el ya citado art.51 de la Constitución y acaba con crear discriminaciones actuales como remedio a discriminaciones pasadas”.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

las mujeres a la representación equilibrada, así, Bélgica (artículo 11 bis),²⁶³ Portugal (artículo 109)²⁶⁴ o Alemania (artículo 3).²⁶⁵

En el caso de España, al margen de las medidas de autorregulación adoptadas por algunos partidos políticos, se aprobó la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que modifica la normativa electoral, sin que haya habido reforma del texto constitucional.

No obstante, hay que señalar que varias comunidades autónomas se adelantaron al Estado al aprobar leyes territoriales que, en relación con sus propios procesos electorales autonómicos, incluyeron diversas medidas que fomentaban la paridad.²⁶⁶ Las primeras de estas leyes electorales territoriales fueron impugnadas por el gobierno de la nación ante el Tribunal Constitucional, además de por posible inconstitucionalidad por el contenido, por posible vulneración del principio de competencia al considerar que la regulación de las condiciones generales y básicas del sistema electoral es competencia estatal. Finalmente no llegó a haber pronunciamiento del Tribunal Constitucional al ser retirados los recursos por el gobierno socialista (que sustituyó al anterior del Partido Popular) que impulsó la reforma de 2007 del régimen electoral general y admitió un cierto margen de decisión a las comunidades autónomas en sus procesos internos, respetando los mínimos de la ley general, que daba cobertura jurídica a las leyes autonómicas ya aprobadas.

La Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, mediante su Disposición Adicional 2ª, introduce el artículo 44.bis en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (en adelante

²⁶³ Bélgica reformó su Constitución en el año 2002 e introdujo el artículo 11.bis: “favorecer especialmente el acceso igual a los mandatos electivos y públicos”, lo que ha permitido la aprobación de varias leyes que han establecido cuotas de participación femenina.

²⁶⁴ Portugal reformó su Constitución en 1997 e introdujo el artículo 109: “La participación directa y activa de hombres y mujeres en la vida política es condición e instrumento fundamental de consolidación del sistema democrático, debiendo la ley promover la igualdad en el ejercicio de los derechos cívicos y políticos y la no discriminación por razón de sexo en el acceso a cargos públicos”.

²⁶⁵ La reforma del artículo 3 de La Ley Fundamental de Bonn en 1994, en orden a fomentar por el Estado la realización efectiva de la igualdad de derechos entre hombre y mujer, permitiría, en principio, una legislación que impusiese cuotas a los partidos; sin embargo, como recuerda Ruiz Rico-Ruiz (2009, 159) “por ahora la reacción de la jurisprudencia federal a los intentos de algunos Länder por establecer este mecanismo han sido rechazados, de forma que la aplicación de este tipo de criterios sigue siendo una decisión interna de los partidos”.

²⁶⁶ La Ley 6/2002 de las Islas Baleares establecía que “las listas se integrarán por candidatos de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa”. La Ley 11/2002 de Castilla-La Mancha preveía que las listas se presentarían “ocupando los de un sexo los puestos pares y los del otro los impares”. La Ley 5/2005 de Andalucía indicaba que las listas tendrían que confeccionarse expresando “el orden de colocación de todos ellos, ocupando los de un sexo los puestos impares y los del otro los pares”. La Ley 4/2005 del País Vasco señalaba que las listas “estarán integradas por al menos un 50% de mujeres. Se mantendrá esa proporción en el conjunto de la lista de candidatas y candidatos y en cada tramo de seis nombres”.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

LOREG), que impone, con carácter general para todo tipo de elecciones, que las listas tengan presencia equilibrada de ambos sexos sin que ninguno de ellos supere 60% y por tramos de cinco candidatos. También incorpora la transitoria de que la norma no se aplicará a los municipios de menos de cinco mil habitantes hasta 2011, y exceptúa de forma permanente a los de menos de tres mil.

El Tribunal Constitucional español (STC 127/2007, del 22 de mayo) se tuvo que pronunciar de forma temprana y precipitada sobre esta norma a raíz de un recurso de amparo interpuesto por el partido Falange Española de las JONS, tras la anulación de su candidatura en el municipio de Brunete para concurrir a los comicios municipales del 27 de mayo de 2007, porque su candidatura estaba compuesta por 10 mujeres y sólo tres hombres. El partido político alegaba que no podía cumplir con la nueva norma electoral al no haber encontrado suficientes candidatos y argumentó que la nueva norma vulnera una serie de principios constitucionales ya señalados en los precedentes francés e italiano: la vulneración del principio de funcionamiento democrático de los partidos políticos, el principio de igualdad en el acceso a los cargos o el derecho de sufragio activo y pasivo. No obstante, el TC español, teniendo en cuenta que se trata de resolver un recurso de amparo por vulneración de derechos fundamentales y no un recurso de inconstitucionalidad general contra la ley, se limita a constatar que la argumentación de Falange es un subterfugio para intentar cuestionar la Ley, ya que queda acreditado que las mujeres de la candidatura tampoco estaban empadronadas en el municipio de Brunete y, en consecuencia, sí llevaron mujeres de otros municipios también podían haber llevado a varones (FJ 3º). No obstante, en el FJ 4º el TC acepta que la aplicación del artículo 44 bis de la LOREG pudiera suponer ciertas dificultades para los partidos políticos, pero concluye con que “no nos asaltan, en este concreto procedimiento y en los limitados términos en los que hemos debido enjuiciarla, dudas sobre la adecuación a la norma suprema de los preceptos contenidos en el artículo 44 bis LOREG”; por lo que ya está avanzando cuál será su pronunciamiento sobre el recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad que, en esa fecha, ya estaban planteados contra la nueva norma electoral.²⁶⁷

El Alto Tribunal español debe enjuiciar la conformidad de la cuotas con la Constitución en la STC 12/2008, del 29 de enero, en la que resuelve, mediante acumulación, el recurso de inconstitucionalidad directo contra la ley presentado por el Partido Popular, así como la cuestión de inconstitucionalidad presentada por el juez de lo contencioso-

²⁶⁷ La STC 127/2007 cuenta con el voto particular del magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, que reprocha que los demás magistrados hayan eludido pronunciarse sobre la constitucionalidad de la ley.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

administrativo nº 1 de la provincia de Santa Cruz de Tenerife, que debía resolver el recurso interpuesto por el Partido Popular del municipio de Garachico ante la anulación por parte de la Junta Electoral de su candidatura en este municipio tinerfeño por estar formada exclusivamente por mujeres.

El pronunciamiento es favorable a la constitucionalidad de la norma²⁶⁸ y, como antes hicieran sus homólogos italiano y francés, debe tratar los mismos problemas. En síntesis, los argumentos del Tribunal español²⁶⁹ son:

1. El TC, inicialmente (FJ 3º), elude admitir que la norma sea un caso de discriminación inversa a favor de las mujeres, en tanto que la literalidad de la norma habla de representación equilibrada de ambos sexos, no obstante, debe acabar admitiendo que la norma, en aplicación del principio de promoción de la igualdad real y efectiva (art.9.2 CE), “persigue la superación de una realidad social caracterizada por la menor presencia de la mujer en la vida pública”.

2. No queda afectado el derecho de sufragio pasivo individual en tanto que el destinatario de la norma electoral es el partido político, que no es titular de este derecho (FJ 3º); en todo caso se vulneraría una mera expectativa individual de ser seleccionado por el partido.

3. La imposición de cuotas a los partidos, pese a limitar “la libertad de selección de candidatos”, goza de legitimidad constitucional, puesto que el Estado social puede utilizar a los partidos, que son cauces e instrumentos para la participación de los ciudadanos en el sistema democrático, para el favorecimiento de la igualdad material (FJ 4º y 5º) dado que la medida busca una finalidad legítima y está razonablemente articulada al permitir cierto margen de desequilibrio en una relación 40-60%.

4. Sostiene que no vulnera el derecho fundamental de libertad ideológica ni libertad de expresión, puesto que aunque se admitiese que instrumentalmente (por ejemplo, un partido feminista radical no podría presentar una lista exclusivamente femenina) “tal limitación habría de entenderse constitucionalmente legítima, en cuanto que resultaría proporcionada” en aplicación, nuevamente, del principio de igualdad real y efectiva del art.9.2 (FJ 6º).

²⁶⁸ El Partido Popular, autor del recurso de inconstitucionalidad y partido afectado por la anulación de su candidatura exclusivamente femenina en el municipio de Garachico, interpuso demanda contra España ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sin que, hasta la fecha, haya habido pronunciamiento.

²⁶⁹ En esta ocasión se trata de una Sentencia del Pleno del TC, que, nuevamente, cuenta con el voto particular disidente del Magistrado Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, que coincide con los argumentos del recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

5. Argumenta (FJ 8º) que la ley electoral también flexibiliza su aplicación en circunscripciones pequeñas (en municipios de menos de tres mil habitantes y transitoriamente los de menos de cinco mil) donde las posibilidades de disponer de suficientes candidatos de ambos sexos para constituir la candidatura puede ser compleja (sin perjuicio de que es posible buscar candidatos en otros municipios y que no es necesario ser militante del partido). También admite que las CC.AA. pueden aumentar las cuotas femeninas en sus elecciones propias hasta acercarla a 50% (lo que no deja de ser una doble contradicción con el argumento de inicial de que no se trataba de una ley que buscara la discriminación inversa y también con el argumento anterior de que la ley permitía un margen de flexibilidad).

6. También rechaza el TC (FJ 9º) la vulneración del principio de igualdad y de acceso a cargos públicos, en tanto que “plasman un criterio que se refiere indistintamente a los candidatos de uno y otro sexo”, y niega que exista “un derecho fundamental subjetivo de los ciudadanos a ser presentado como candidato en unas elecciones”.

7. Finalmente, (FJ 10º) aborda el asunto de la fragmentación del cuerpo electoral y la unicidad de la soberanía y entiende que no se debe confundir al titular de la soberanía, el pueblo español, con el cuerpo electoral a través del cual se expresa, y, en todo caso, que la ley establezca las causas determinantes de la condición de elector no afecta a esa unidad ideal del concepto de soberanía.

El Tribunal Constitucional español debe hacer un nuevo pronunciamiento sobre la cuestión de las cuotas electorales (STC 13/2009, del 19 de enero) esta vez en relación con la Ley 4/2005 de Igualdad de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que eleva el número mínimo de mujeres en las listas a 50% y el de hombres a 40%, con un pronunciamiento favorable con idénticos argumentos a la STC 12/2008 e idéntico voto particular disidente.

En síntesis, la diferencia más sustancial entre los casos francés e italiano con el español ha sido que el Tribunal Constitucional español, partiendo de su propia línea jurisprudencial de interpretación del artículo 9.2 de la Constitución Española y la amplitud de los términos en los que está redactado este precepto que aboga porque los poderes públicos promuevan las condiciones de igualdad y remuevan los obstáculos para lograr una igualdad real y efectiva, no ha considerado necesaria una reforma constitucional para admitir la opción del legislador de imponer cuotas electorales a los partidos políticos. No obstante, dado que en España la ley electoral tiene carácter de orgánica, que para su aprobación requiere de mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados, sería posible que una vez que el Partido Popular alcanzase la victoria electoral y quizá dispusiese de mayoría absoluta (lo que ha ocurrido en legislaturas anteriores tanto a favor del partido socialista como del popular), por propia congruencia, debería eliminar la imposición de

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

las cuotas.²⁷⁰ A nuestro juicio, la normativa electoral, y en concreto este tipo de medidas, debiera ser objeto de consenso y no estar sometida al albur de distintas mayorías coyunturales.

En este trabajo resulta imposible analizar en detalle los argumentos del TC español para valorar la constitucionalidad de la norma electoral, pero, a nuestro juicio, uno de los fundamentos más débiles de la sentencia es el que trata la eventual vulneración del derecho fundamental de la libertad ideológica. El TC señala que la norma electoral “convierte en constitucionalmente lícita la imposibilidad de presentar candidaturas que quieran hacer testimonio feminista con la presentación de listas integradas únicamente por mujeres. En el nuevo contexto normativo es ya innecesario compensar la mayor presencia masculina con candidaturas exclusivamente femeninas, por la sencilla razón de que aquel desequilibrio histórico deviene un imposible. Ciertamente un ideario feminista radical que pretenda el predominio femenino no podrá ser constitucionalmente prohibido, pero tampoco podrá pretender sustraerse al mandato constitucional de la igualdad formal (art14 CE) ni a las normas dictadas por el legislador para hacer efectiva la igualdad material como establece el 9.2 CE”.

A nuestro juicio se trata de un párrafo poco afortunado, con una argumentación poco jurídica y más bien con valoraciones de filosofía política o sociológica. Es cierto que la defensa de idearios machistas o feministas extremos (que deliberadamente pueden querer excluir la colaboración con el otro sexo) no gozan de especial simpatía en nuestras sociedades, pero, si se parte de convicciones democráticas aplicables incluso para lo que pudiera considerarse odioso, pero en ningún caso delictivo, quizá no debiera llevarnos a impedir que estos grupos, en ejercicio de su libertad, puedan desarrollar su ideario con coherencia, llegando a presentarse a las elecciones. Se argumentará que estas leyes no les obligan a “abrazar” y asumir las ideas de la paridad, pero sí les impide actuar de forma coherente con sus planteamientos si para presentarse a las elecciones antes deben renunciar a una de sus señas de identidad (discutible, pero lícita) y deben pedir la participación de personas del otro sexo. Haciendo un paralelismo con el derecho fundamental a la educación, creemos que es constitucionalmente admisible que el Estado niegue una subvención pública a un colegio privado que haya optado por ser exclusivamente masculino o femenino, pero ¿es constitucionalmente razonable que el

²⁷⁰ No obstante, nuestro criterio es que si el Partido Popular gana las elecciones generales y dispone de mayoría absoluta no modificará la ley electoral para eliminar las cuotas, puesto que una vez aplicada en el país en diversas consultas, con un pronunciamiento favorable del TC, en línea con las recomendaciones de derecho internacional y comunitario y con el derecho comparado europeo, tal decisión (al margen de los reparos técnico jurídicos que puede defender) le haría aparecer como un partido retrógrado y antifemenino, lo que tendría un coste electoral difícilmente asumible.

Estado impida que el centro exista y desarrolle su actividad docente por no ser mixto? A nuestro juicio, en un sistema democrático maduro, las restricciones a las manifestaciones de la libertad ideológica pueden existir, pero merecen una muy especial justificación.

IV. LOS EFECTOS DE LA IMPOSICIÓN DE CUOTAS EN LAS ELECCIONES EN ESPAÑA (DE 2007 A 2009)

Tras la aprobación en España de la Ley Orgánica 3/2007 de Igualdad, que introdujo la obligación del respeto de las cuotas en las candidaturas, se ha producido una convocatoria electoral de cada una de las diferentes elecciones de ámbito estatal: elecciones locales en 2007, elecciones generales en 2008 y elecciones al Parlamento europeo en 2009. En consecuencia, es posible en estos momentos hacer una primera valoración sobre los efectos reales producidos por la norma. Para ello, veremos los resultados globales de cada una de estas convocatorias y los compararemos con la última convocatoria antes de la modificación de la ley electoral (MIGE).

1. Elecciones locales 2007

Las elecciones locales y autonómicas de 2007 se produjeron el 27 de mayo, apenas dos meses después de la modificación de la norma electoral que introducía la obligación de las cuotas. La obligación para las formaciones políticas de respetar un porcentaje mínimo de 40% para ambos sexos se aplicará en todas las circunscripciones municipales o insulares que superen los cinco mil habitantes y, a partir de la siguiente convocatoria, en 2011, también a los que tengan más de tres mil. El legislador español ha querido tener en cuenta que en los municipios pequeños,²⁷¹ generalmente muy dispersos y en entornos rurales, la obligación de incorporar a un 40% de candidatas podría ser un obstáculo insalvable para algunas formaciones políticas, dada la tradicionalmente baja afiliación femenina, más acentuada en el mundo rural.

Tras las elecciones de 2007, el número de candidatas electas ha aumentado en más de dos mil, así, el porcentaje de concejales se sitúa en 395% (siete puntos más que en 2003), frente al 60.5% de concejales, muy cerca de los porcentajes mínimos de 40% que la nueva ley exigía a las candidaturas. No obstante, el número de alcaldesas sólo se ha incrementado 2%, llegando ahora a 14.6 del total.

²⁷¹ En España hay más de ocho mil municipios, pero, en 2007, sólo 1,258 superaban los cinco mil habitantes. El artículo 179.1 de la LOREG establece que el número de concejales en municipios de hasta cinco mil habitantes será de 11 y las candidaturas deben tener ese número mínimo de miembros.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

2. Elecciones a Cortes Generales 2008

Las Cortes Generales, compuestas por el Congreso de los Diputados y el Senado, elegidas en 2004, antes de la aprobación de las cuotas electorales, tenían los siguientes porcentajes de presencia femenina:

- Congreso de Diputados (formado por 350 miembros): 126 mujeres, 36% del total.
- Senado (formado por 208 miembros):²⁷² 54 mujeres, 25.96% del total.

Observamos que el porcentaje de mujeres en el Congreso es sensiblemente superior que al del Senado.²⁷³ De hecho, el Congreso de los Diputados (recordando que nuestro sistema bicameral es desequilibrado en favor de esta Cámara) estaba muy próximo al pretendido porcentaje de 40% mínimo de presencia femenina.

Tras las elecciones de 2008, en el Congreso el número de mujeres electas aumentó sólo una, alcanzando 127, un porcentaje de 36.29%. Sin embargo, en el Senado el número de mujeres llegó a 66, aumentando el porcentaje a 31.73%.

3. Elecciones al Parlamento Europeo 2009

El ciclo de elecciones en las que se aplica la ley de cuotas electorales se cierra en 2009 con las elecciones para elegir a los representantes de España en el Parlamento de la Unión Europea.²⁷⁴ Las elecciones al Parlamento Europeo son cada cinco años. En el

²⁷² El número de senadores es variable ya que, además de los senadores elegidos por votación popular directa, cuyo número está preestablecido en la Constitución, existen senadores designados por los Parlamentos de las Comunidades Autónomas cuyo número puede variar en función de la población real que vaya teniendo cada Comunidad Autónoma.

²⁷³ Seguramente, el diferente sistema de elección existente en una y otra Cámara explica esos datos. Los 350 miembros del Congreso de los Diputados se eligen en 50 circunscripciones provinciales (además de un diputado en la ciudad de Ceuta y otro en la de Melilla). El número mínimo de diputados que se eligen por provincia es de dos, y el resto de diputados se asigna a las provincias en cada periodo electoral según su censo electoral (la provincia más poblada, Madrid, elige 35). Se utiliza un sistema proporcional, con listas cerradas y bloqueadas, y de asignación de escaños por la fórmula D'Hondt. Sin embargo, para el Senado (junto a un grupo de senadores de designación por los parlamentos autonómicos que suponen alrededor de la quinta parte de los senadores), sus miembros se eligen, por sistema mayoritario en listas abiertas, en circunscripciones predefinidas que no tienen en cuenta el factor población (en las provincias peninsulares se elige a cuatro senadores; en las ciudades de Ceuta y Melilla, dos cada una; en las Islas de Tenerife, Gran Canaria y Mallorca, tres cada una, y las restantes islas, un senador cada una).

²⁷⁴ Hay que mencionar que el sistema electoral que se utiliza en estas elecciones es de circunscripción única, para todo el Estado, y de listas cerradas y bloqueadas con atribución de escaños por la fórmula D'Hondt.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

anterior proceso, celebrado en 2004, España eligió a 54 representantes, no obstante, en 2009, debido a una modificación en la composición de este órgano motivado por las últimas ampliaciones de Estados que han ingresado en la UE, ese número se ha reducido a 50 parlamentarios.

En las elecciones de 2004 el total de parlamentarias electas fue de 18, lo que representaba 33%, sobre los 54 que correspondía a España. En las elecciones de 2009 el número de parlamentarias electas volvió a ser de 18, lo que representa 36% respecto a los 50 que ahora corresponde a España; por lo que puede verse un ligero aumento.

En lo que a las listas o candidaturas presentadas por las distintas formaciones políticas españolas, la presencia media de mujeres ha aumentado de 33% en 2004 a 46% en 2009, por encima del mínimo de 40% exigido.

Dado que nos estamos refiriendo a unas elecciones de ámbito europeo que se celebran de forma simultánea en los diferentes estados de la Unión Europea, parece pertinente una referencia a los porcentajes globales de presencia femenina. En 2004 el porcentaje de mujeres en el Parlamento Europeo era de 32% (249 parlamentarias) y en 2009 pasó a 35% (259 parlamentarias).²⁷⁵ Haciendo una visión retrospectiva de la evolución de la presencia femenina en el Parlamento Europeo, hay que destacar que en sus comienzos, en la década de 1970, fue de 16%, con pocas variaciones en los tres procesos siguientes. Sin embargo, en la década de los 90 aumentó de forma significativa hasta 30%, y de ahí, de forma progresiva y moderada, hasta el 35% actual.

Por tanto, comparando a España con la media europea, se puede ver que es ligeramente superior, un punto por encima. Hay que recordar que la mayoría de los estados de la Unión Europea no cuenta en la actualidad con una normativa relativa a la paridad en las listas electorales. Téngase en cuenta que, aunque los órganos de la Unión Europea han realizado numerosas recomendaciones a sus Estados miembro para que tomen medidas concretas en sus respectivas legislaciones para favorecer el aumento de la presencia femenina en los órganos de representación popular, la competencia en materia de legislación electoral, incluida la que afecta a los aspectos internos de la elección al Parlamento Europeo, corresponde a los Estados.

²⁷⁵ Algunos de esos aumentos son significativos: Chipre, que en 2004 no contaba con ninguna mujer, en 2009 tuvo dos (33% del total de ese país); Portugal pasó de 25 a 36%; o Finlandia, que contando en 2004 con 43% de mujeres, llegó en 2009 a 62%, siendo, proporcionalmente, el país de la UE con mayor presencia femenina en el Parlamento Europeo.

V. CONCLUSIONES

1. Los estados democráticos, en las últimas décadas, buscan fórmulas para acabar con la escasa presencia de mujeres en los órganos de representación política. Dentro de esta línea, parece imparable la tendencia internacional a imponer a los partidos políticos cuotas electorales paritarias para acelerar la consecución de equilibrio en la representación. En todo caso, comienza a calar en las sociedades y en las formaciones políticas que las candidaturas que no tienen una representación equilibrada de mujeres y hombres quedan fuera de “lo políticamente correcto”, y comienzan a percibir la sanción de las y los votantes.

2. Resulta recomendable que los estados interesados en imponer cuotas electorales dispongan de suficiente y clara cobertura para ello en el texto constitucional, por una doble razón: en primer lugar, para evitar que las futuras leyes electorales que las impongan puedan colisionar con diversos principios constitucionales como la igualdad, la libertad ideológica, la participación política, etcétera, y, en segundo lugar, para que sea fruto del suficiente consenso entre las distintas fuerzas políticas, evitando que una decisión de este tipo sea tomada por una mayoría legislativa coyuntural y sea modificada o suprimida por la siguiente mayoría.

3. En todo caso, el establecimiento de cuotas electorales por imperativo legal ineludible debiera ser la última medida que tomase el Estado social para lograr la igualdad real y efectiva, sólo en aquellos casos en los que otro tipo de alternativas menos agresiva con los principios y valores constitucionales se hubiesen mostrado ineficaces.

4. Las medidas de discriminación positiva, por propia definición, deben ser temporales hasta que estadísticamente se acredite que es innecesaria; lo que, en relación con la presencia de mujeres en los órganos de representación popular, debe implicar cifras próximas a la paridad. La nueva ley electoral española de 2007 que impuso la obligación de las cuotas a los partidos políticos ha tenido una incidencia relativa en el aumento de presencia femenina. Por lo tanto, en el caso de que en los próximos años esta medida no sirva de estímulo definitivo para que los partidos propicien la mayor presencia femenina en las listas y en puestos con opciones reales de resultar elegidas, es posible que el legislador modifique la norma electoral y establezca un sistema de paridad absoluta y con “sistema de cremallera”.

VI. FUENTES CONSULTADAS

- Alexy, Robert. 1985. *Teoría de los derechos fundamentales*, (original de 1986) CEC, Madrid.
- Biglino Campos, Paloma. 2008. "Variaciones sobre las listas electorales de composición equilibrada. (Comentario a la STC 12/2008)", en *REDC n° 83*, Madrid, pp. 277-299.
- Boix Palop, Andrés. 2008. "Medidas para la presencia equilibrada de mujeres y hombres en cargos representativos (D.A. 2ª L.O. 3/2007)", en *Comentarios a la Ley de Igualdad. La Ley*. Madrid, pp.1-18 (Consultada versión electrónica en septiembre 2010 www.uv.es/aboixp)
- Dworkin, Ronald. 1989. *Los derechos en serio* (original de 1977), Ariel, Barcelona.
- Favoreu, Louis. 1997. "Principio de igualdad y representación política de las mujeres. Cuotas, paridad y Constitución", en *REDC n° 50*, Madrid, pp. 13-28.
- Fernández Vivas, Yolanda. 2010. "Hacia una nueva era en el constitucionalismo estadounidense: la Era Obama. Actualidad constitucional en Estados Unidos (2008-2009)", en *Teoría y Realidad Constitucional n° 25*, UNED, Madrid, pp. 397-427.
- García Roca, Javier. 1999. *Cargos públicos representativos*, Aranzadi, Pamplona.
- García Soriano, Mª Vicenta. 2008. "El principio de presencia equilibrada en el art.44 bis de la LOREG y el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad: análisis crítico de la última reforma de la LOREG", en *Feminismo/s n° 12*, Universidad de Alicante, pp. 135-154.
- Guerra Palmero, María José. 2007. "Democracia paritaria e inclusión: reflexiones feministas" en *Democracia paritaria, aportaciones para un debate*, (Eds. Ángela Sierra González y Mª del Pino de la Nuez Ruiz), Laertes, Barcelona, pp. 71-86.
- Hernando García, Pedro J. 1999. "Un elemento modificador de la capacidad electoral: las acciones positivas en el campo de los derechos políticos", en *Parlamento y sistema electoral (VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos)*, Aranzadi, Pamplona, pp. 445-469.
- Holgado González, María. 2002. "Financiación de partidos y democracia paritaria", en *Revista de Estudios Políticos n° 115*, Madrid, pp.129-153.
- Jiménez Glük, David. 1998. *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Lázaro Riol, Ángel. 2004. "Los principios de discriminación positiva y protección de las minorías como fundamento de una representación política específica de las mujeres", en *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Coord. Mª Josefa Ridaura Martínez y Mariano J. Aznar Gómez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 161-211.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

Las listas electorales paritarias en el ordenamiento español

- Macías Jara, María. 2008. *La democracia representativa paritaria*, Universidad de Córdoba.
- Mige. Ministerio del Interior del Gobierno de España, www.mir.es
- Navarro Méndez, José Ignacio. 1999. *Partidos políticos y "democracia interna"*, CEPC, Madrid.
- Ovejero Puente, Ana María. 2009. "Nuevos planteamientos sobre las acciones positivas. Los ejemplos de la ley integral contra la violencia de género y la Ley de igualdad", en *REDC n° 86*, Madrid, pp. 185-215.
- Rey Fernández, Fernando. 1996. "La discriminación positiva de mujeres (Comentarios a la STJ de la Comunidad, de 17 de octubre de 1995. Asunto Kalanke)" en *REDC n° 47*, Madrid, pp. 309-332.
- Ridaura Martínez, Josefa. 2004. "La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español", en *Discriminación versus diferenciación (especial referencia a la problemática de la mujer)*, Coord. M^a Josefa Ridaura Martínez y Mariano J. Aznar Gómez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 213-264.
- Ridaura Martínez, Josefa. 2005. "La incidencia de la Constitución Española de 1978 sobre la interdicción de la discriminación", en *Presente y futuro de la Constitución Española de 1978*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 753-764.
- Ruiz-Rico Ruiz, Gerardo. 2009. "Paridad y acción positiva en el Derecho electoral autonómico", en *El Derecho electoral de las Comunidades Autónomas: revisión y mejora*, Coord. Luis A. Gálvez Muñoz. Pp. 145-183.
- Sánchez Ferriz, Remedio. 2000. "Las mujeres en las Cortes Generales y en los Parlamentos de las Comunidades Autónomas", en *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Sierra González, Ángela. 2007. "La democracia paritaria y las paradojas ocultas de la democracia representativa", en *Democracia paritaria, aportaciones para un debate*, (Eds. Ángela Sierra González y M^a del Pino de la Nuez Ruiz), Laertes, Barcelona, pp. 191-206.
- Sevilla Merino, Julia. 1999. "Ley electoral y acción positiva", en *Parlamento y sistema electoral (VI Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos)*, Aranzadi, Pamplona, pp. 471-490
- Valcárcel Bernaldo De Quirós, Amelia. 1994. *El techo de cristal. Los obstáculos para la participación de las mujeres en el poder político*. Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales.
- Verge Mestre, Tania. 2006. "Mujer y partidos políticos en España: las estrategias de los partidos y su impacto institucional: 1978-2004" en *Revista Española de Investigaciones Sociológicas n° 115*, pp.165-196.
- Vidal Fueyo, M^a del Camino. 2008. "Sobre la legitimidad constitucional de la imposición a los partidos político de presentar candidaturas con una composición equilibrada de mujeres y hombres: la STC 12/2008", en *Jornadas sobre igualdad efectiva: realidad o ficción*, Universidad de Burgos, pp. 117-125.

La presencia de la mujer en los parlamentos en España: cantidad y calidad de la paridad*

Dra. Rosario Serra Cristóbal**

Dr. Pablo Oñate***

* Este trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación del Plan Nacional de I+D+i referencia DER2009-09947 y CSO2009-14381-C03-03.

** Profesora titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia (España) y miembro de su Instituto de Derechos Humanos.

*** Catedrático de Ciencia Política de la Universidad de Valencia (España) y Secretario General de la Asociación Española de Ciencia Política y de la Administración.

SUMARIO

- I. El histórico déficit de presencia de mujeres en los parlamentos en España; II. El papel desempeñado por los partidos políticos en la inclusión de las mujeres en las listas electorales;
- III. Las iniciativas legislativas regionales (comunidades autónomas) en materia de paridad;
- IV. El equilibrio de sexos en la ley estatal para la igualdad efectiva de mujeres y hombres;
- V. Sobre la eficacia de la ley de paridad: la mujer en el Congreso de los Diputados y en los parlamentos autonómicos; VI. Conclusión,
- VII. Fuentes consultadas

I. EL HISTÓRICO DÉFICIT DE PRESENCIA DE MUJERES EN LOS PARLAMENTOS EN ESPAÑA

La idea de democracia paritaria parte del reconocimiento del hecho de que las mujeres constituyen 50% de la sociedad. Un 50% de la ciudadanía que no sólo no ha gozado de igual nivel de representatividad en el ámbito de la política que la otra mitad, sino tampoco en el resto de ámbitos de participación pública.²⁷⁶

Ciertamente, pese a la consagración del principio formal de igualdad en la Constitución (artículos 14 y 23.2), la realidad socio-política española —como la de muchas otras democracias— demuestra que la presencia de las mujeres en las listas electorales, y, por ende, el acceso de las mismas a cargos representativos, ha estado muy lejos de ser materialmente igual. Pero, además, el porcentaje de mujeres “en listas” que consigue ocupar un cargo representativo siempre ha sido menor que el de hombres que obtienen representación. Esto es una consecuencia de la diferencia que supone estar en los primeros puestos de las listas electorales, que son los que probablemente vayan

²⁷⁶ Como se ha señalado, “estar en lo público” significa dos cosas: estar presente en los centros de decisión y decidir, y —algo aún más importante— “ser públicas, ser vistas, ser conocidas por el público; ofrecer, en pocas palabras, una imagen de normalidad. Es necesario, en estos momentos de extraordinaria importancia de la imagen, ver cómo la mujer está en la política” (Alarcón 2006).

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

a alcanzar representación. No es lo mismo que dichas primeras plazas estén reservadas fundamentalmente para los hombres que aquéllas contengan un número elevado de presencia femenina. Como recordaba Sevilla Merino (2004, 87), en España para ser titular del derecho de sufragio pasivo es indispensable ser candidato, pero no es suficiente ostentar la condición de candidato.

Afortunadamente, las cifras de presencia parlamentaria femenina han ido aumentando. El progreso ha sido destacado como uno de los más notorios de entre los países de Europa occidental (Threlfall 2007, 1068). Analizaremos en este trabajo de qué modo se ha vertebrado dicho crecimiento y cómo ello se ha traducido a su vez en algo más significativo: las parlamentarias están ocupando progresivamente puestos más relevantes dentro de las cámaras legislativas (portavocías, comisiones más significativas, Mesa de la Asamblea, etcétera). Nos interesa analizar particularmente las raíces de dichos cambios y las posibles dudas de constitucionalidad que las medidas de democracia paritaria han suscitado.

II. EL PAPEL DESEMPEÑADO POR LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN LA INCLUSIÓN DE LAS MUJERES EN LAS LISTAS ELECTORALES

Las primeras iniciativas dirigidas para promover la mejor representación de las mujeres en las asambleas fueron auspiciadas voluntaria y fundamentalmente por unos pocos partidos políticos en Europa. La estela iniciada fue seguida por algunos partidos españoles.

Éstos han puesto en marcha iniciativas de diferente naturaleza, tanto en lo que respecta a la incorporación de la mujer a las listas electorales como a cargos de responsabilidad. Podemos encontrar estrategias denominadas retóricas, que se plasman en una inclusión en los documentos, estatutos y discursos de los partidos políticos de la necesidad de la presencia equilibrada de mujeres en su seno. Se han dado también estrategias de acción positiva, que incluyen programas de formación para afiliadas, la creación de secciones específicas de mujeres y el establecimiento de relaciones con organizaciones feministas. Y, por último, cabe hablar de lo que se ha denominado estrategias de discriminación positiva, materializadas mediante la reserva de puestos en las listas electorales o de puestos en los órganos ejecutivos del partido de las mujeres (Verge 2006).

Los pocos partidos que iniciaron este camino han tenido el mérito de producir un efecto multiplicador, al propiciar la toma de posición en el seno de otros partidos políticos que puede concluir en la adopción de medidas análogas, o en la modificación del modo

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

de selección de candidaturas, de conformación de los órganos de dirección del partido, u otras medidas.²⁷⁷

El primer partido en iniciar una política de promoción de la mujer en las listas y cargos del partido fue el Partido Socialista Obrero Español (PSOE). En 1982 estableció una cuota mínima reservada a las mujeres que oscilaba en torno a 6%, cuota que, tras la celebración del “XXXI Congreso federal del partido”, en 1988, subió a 25% y quedó incorporado en los estatutos federales. Posteriormente, y avanzando en esa línea, en el “XXXIV Congreso federal de 1997” se volvieron a modificar los estatutos, apostando por un equilibrio en la representación entre hombres y mujeres que debía oscilar entre 40% y 60%.

Lo que se establece es un sistema de cuotas de porcentajes entre hombres y mujeres variable o flexible, pero con dos características importantes, por un lado, ha de destacarse positivamente lo elevado del porcentaje de presencia de mujeres en las listas, se ha de garantizar un mínimo de 40 (y un máximo de 60%), y, por otro lado, y aún más importante, dicho porcentaje ha de respetarse tanto en la integridad de la lista como “en el conjunto de puestos sobre los que exista previsión de resultar electos”. Pese a tratarse, esta última, de una regla cargada de una cierta vaguedad, lo que sí evidencia es una voluntad de evitar que la ubicación de las mujeres en los últimos puestos de las listas electorales, aun respetando el 40-60%, sirva para burlar el objetivo pretendido.

Las primeras elecciones autonómicas en las que el PSOE tuvo la oportunidad de aplicar las nuevas previsiones estatutarias fueron las elecciones regionales de 1999 (las de 1998, en el País Vasco; las de 1999, en Cataluña; las de 2000 en Andalucía, y las de 2001 en Galicia). El porcentaje de mujeres del grupo socialista tras esas elecciones, esto es, en la 5ª Legislatura (6ª Legislatura para País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía), no sólo fue mayor al de otros grandes partidos, sino que, además, de las 17 comunidades autónomas, en 9 de ellas dicho porcentaje fue superior a 40, y en 7 de ellas mayor de 32-33%. Tan sólo en la comunidad de Murcia el grupo socialista contó con 22.2 % de mujeres (Serra Cristóbal 2008).

Por otro lado, si comparamos estas cifras con las del grupo socialista en la(s) legislatura(s) anterior(es) la diferencia es abismal. En aquella ocasión sólo los grupos parlamentarios del PSOE de Navarra y Andalucía contaban con más de 30% de mujeres.

²⁷⁷ Por ejemplo, en las elecciones generales de 1997, éste alcanzó una cifra récord de mujeres, principalmente gracias a las candidaturas exclusivamente de mujeres adoptadas por el Partido Laborista para muchas de las circunscripciones escocesas en la Cámara de los Comunes. Y aún así, la tasa de representación de las circunscripciones escocesas en tal Cámara fue sólo de 17% (Brown 2000).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

El resto se situaba en índices en torno al 20% o menos. Lo cual evidencia la palpable eficacia de medidas partidistas de esta naturaleza.

Izquierda Unida fue otro partido que adoptó formalmente el sistema de cuotas. En la Comunidad Valenciana, en su III Asamblea, celebrada en 1990, incorporó la obligatoriedad de que “ningún sexo supere 50% de los puestos a elegir en las listas de los delegados/as”. En esas fechas se produjo una incorporación masiva de mujeres en las listas de IU, triplicando prácticamente el número de candidatas (Verge 2006, 179). Poco después, en la Asamblea Federal celebrada en 1992, se solicitaba una cuota mínima de 35% de mujeres. Pero ninguna de estas previsiones llegó a incluirse en los Estatutos Federales del partido hasta 1995. En la actualidad, en su artículo 14 establece lo que denominan el “principio del equilibrio de sexos”. Dicho artículo reza:

Izquierda Unida realizará las modificaciones y propuestas organizativas oportunas, la adecuación de horarios en la actividad política y los necesarios cambios de hábitos consiguiendo facilitar la participación de las mujeres y los hombres en la vida política para conseguir la paridad en los órganos de dirección así como en las candidaturas a las distintas direcciones. I.U., en coherencia con una propuesta transformadora, asume el desarrollo de un proyecto en favor de la igualdad de ambos sexos en nuestra sociedad actual. Ello ha de suponer proponer alternativas, movilizar e intervenir en todos los sectores sociales para facilitar los procesos de participación e incorporación de las mujeres en la vida social, económica, política y cultural. El objetivo, tanto en las listas para la elección de estructuras orgánicas como en las candidaturas para las instituciones, es la paridad. En ningún caso podrá ningún género superar el 60%, entendiéndose este hecho como excepcional. En ambos supuestos se entienden dichas proporciones por tramos. Siempre que sea posible, se realizarán las denominadas *listas cremallera* con la alternancia entre ambos sexos de forma paritaria. Este principio nos impone, en primer lugar, la necesidad de impulsar la afiliación de mujeres y su participación en todas las actividades de nuestra organización, removiendo los obstáculos que la dificulten, de tal forma que su presencia sea la consecuencia natural de su implicación en todos los procesos.

Se deduce que los Estatutos Federales de Izquierda Unida (IU) van en el mismo sentido que los del PSOE, aunque para asegurar que las posibilidades de ser elegidos candidatos sean iguales para hombres y mujeres, establecen el sistema cremallera, “siempre que ello sea posible”. Esta coetilla hace que no sea imperativo absoluto el crear listas con alternancia de sexos, lo que, de seguirse, debiera arrojar un porcentaje de mujeres electas muy cercano a 50%. Al no ser imperativa la opción cremallera, al

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

presentarse IU a las elecciones, en ocasiones, coaligado a otro partido político,²⁷⁸ al no obtener representación en varias asambleas regionales o debido a los pocos representantes que, en la mayor parte de los casos, obtiene, es difícil apreciar la efectividad de la medida estatutaria. En todo caso, el éxito de la cuota ha sido mayor en el PSOE que en IU, probablemente también porque la insistencia de las mujeres en su seno ha sido mayor, y ha permeado en mayor medida en los distintos niveles territoriales del PSOE (Verge 2006).

Por otro lado, cabe citar también el artículo 3 del estatuto del partido político Los Verdes, que señala que son objetivos del partido:

i) Eliminar cualquier tipo de dominación, o exclusión por razones de género. Aplicación del principio de paridad de sexos dentro y fuera de la organización. Es por esto que todos los órganos de representación y coordinación, listas electorales y cargos públicos deberán estar conformados de forma paritaria de tal modo que la proporción de hombres y mujeres sea del 50% o en aquella proporción, para número impares, más cercana a esa proporción.

Por lo tanto, opta por la fórmula paritaria pura, la más aritmética, esto es una cuota de representación de la mujer de 50% en sistema cremallera.

En lo que respecta al resto de formaciones, sus estatutos no han optado tradicionalmente por incluir normas paritarias. En el caso del Partido Popular (PP), pese a la nada despreciable presencia de mujeres en los cargos del partido y al incremento progresivo de éstas en las listas electorales,²⁷⁹ siempre ha rechazado la inclusión de cuotas en tales listas. El PP ha defendido que con la cuota femenina sólo se hace “*marketing* político”, y que la máxima del partido es que “aquí se está porque se vale, no por cuota sino por nota y porque se tiene la confianza del partido y de la sociedad” (Verge 2006). Por lo tanto, se ha unido a esa línea de pensamiento crítico respecto de las cuotas que considera que

²⁷⁸ Por ejemplo, en los estatutos de la candidatura conjunta IU-Los Verdes, candidatura para Andalucía (IULV-CA, Estatutos aprobados en la XIV Asamblea de IULV-CA de 2004), se hacía también referencia al “principio de equilibrio de sexos”, señalándose: “El objetivo, tanto en las listas para la elección de estructuras orgánicas como en las candidaturas para las instituciones, es la paridad. En ningún caso podrá ningún género superar 60%, entendiéndose este hecho como excepcional. En ambos supuestos se entienden dichas proporciones por tramos”. No se introducía, por lo tanto, una mención al sistema cremallera o a la proporcionalidad pura. Y si atendemos a los resultados, tras esas elecciones de 2004, lo cierto es que defraudan. El grupo IU-LV-CA contó con tan sólo 16.4% de mujeres.

²⁷⁹ Hasta 1996, la proporción de diputadas del PP era muy cercana a la del PSOE o IU, y en 1993 prácticamente dobló su representación femenina (Vergé 2006, 179).

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

las mismas suponen un agravio para las mujeres. En este sentido, una diputada del PP manifestaba rotundamente: “las mujeres del PP no queremos estar en unas listas electorales por cuotas ni por cremalleras, porque nos parece humillante, porque nos parece un atentado a nuestra dignidad y porque creemos que estamos aquí porque en su día nuestro partido pensó que éramos las mejores”.²⁸⁰

Por lo que respecta a las fuerzas políticas nacionalistas y regionales (PNV, CIU, andalucistas, aragonesistas, ERC, etcétera) han demostrado una cierta reticencia a una presencia significativa de mujeres en sus listas, aunque el paso del tiempo ha generado una tendencia al alza en la presencia femenina en cargos de representación. En todo caso, no han optado por establecerlo como medida en su normativa interna.

III. LAS INICIATIVAS LEGISLATIVAS REGIONALES (COMUNIDADES AUTÓNOMAS) EN MATERIA DE PARIDAD²⁸¹

Las medidas para fomentar la presencia de mujeres en las asambleas parlamentarias pueden tener también un origen legislativo. Estas medidas pueden imitar a las ya adoptadas voluntariamente por algún partido político, o pueden adoptar un cariz distinto. La particularidad fundamental de este tipo de medidas radica en su carácter universal y vinculante.

El artículo 9.2 CE²⁸² establece el mandato a los poderes públicos de “promover las condiciones... para que la igualdad del individuo y de los grupos que la integran sean reales y efectivas”. En cumplimiento de este mandato y con el objetivo de acabar con esa desigual situación de hecho en la presencia de hombres y mujeres en el ámbito de la representación política, algunas regiones (CCAA) fueron las primeras en adoptar una normativa que escapa de la esfera interna de los partidos políticos para convertirse en norma de obligado y general seguimiento.

Las medidas auspiciadas por los poderes públicos regionales para fomentar la democracia paritaria han sido de diferente tenor. Por ejemplo, algunas CCAA han optado por señalar simplemente que “se promocionará la presencia de mujeres en los órganos de decisión de los partidos políticos, así como en las candidaturas con que concurren a

²⁸⁰ María Mercedes Roldós, diputada del PP, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, nº 45, 2 de noviembre de 2004.

²⁸¹ Sobre esta cuestión puede consultarse (Serra Cristóbal 2008).

²⁸² Así se hacía constar en los preámbulos de las leyes autonómicas que modificaron las respectivas leyes electorales autonómicas a las que posteriormente haremos mención.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

las elecciones” (artículo 2 de la Ley Foral Navarra 33/2002, de fomento de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres), fórmula que tiene una naturaleza fundamentalmente declarativa.

Distinto es el modelo adoptado por la Comunidad Valenciana, cuya Ley 9/2003, del 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, no establece reglas de obligatorio seguimiento en cuanto a la conformación de las listas electorales,²⁸³ pero opta por favorecer la presencia de mujeres en las candidaturas presentadas por los partidos políticos a través de diversas medidas, como la disposición de más tiempo gratuito en los medios de comunicación o la mejora en las subvenciones electorales, entre otras.

Otras CCAA, sin embargo, se han inclinado por implantar verdaderas normas imperativas en cuanto a la configuración de las listas electorales autonómicas.

Las comunidades pioneras en el establecimiento de esta cuestión fueron las Illes Balears y Castilla-La Mancha. La Comunidad de las Illes Balears aprobó la Ley 6/2002, el 21 de junio, de modificación de la Ley 8/1986 electoral de la comunidad autónoma de las Illes Balears. Y Castilla-La Mancha adoptó la Ley 11/2002, del 27 de junio, de modificación de la Ley 5/1986 electoral de dicha comunidad. Ambas pretendían posibilitar una presencia equilibrada de hombres y mujeres en las candidaturas electorales a sus respectivos parlamentos, propugnando lo que denominaron “una verdadera democracia de género” y optando por una medida de acción positiva que rompiera con la dinámica generada en la confección de las listas electorales por los partidos políticos.

Se señala en la nueva redacción del artículo 16 de la Ley electoral de las Illes Balears que, “con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad en la participación política, las candidaturas electorales deberán contener una presencia equilibrada de hombres y mujeres. Las listas se integrarán por candidatos de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa”.²⁸⁴

Y el nuevo apartado 1 bis del artículo 23 de la Ley electoral de Castilla-La Mancha prevé que “para garantizar el principio de igualdad en la representación política, las candidaturas que presenten los partidos políticos... alternarán hombres y mujeres,

²⁸³ El artículo 10 de esta ley sí establece que “Las *Corts Valencianes* y el *Consell* de la *Generalitat* procurarán en el nombramiento o designación de personas, para constituir o formar parte de órganos o instituciones, para asegurar que exista una presencia paritaria de mujeres y hombres” Y el artículo 11 añade que “el *Consell* favorecerá la presencia de las mujeres en las candidaturas presentadas a las *Corts Valencianes* por los partidos políticos y agrupaciones electorales”.

²⁸⁴ Ahondando en esta línea, la Ley 12/2006, de la comunidad autónoma de las Illes Balears, del 20 de septiembre, para la mujer, establece en el artículo 52 que “el Parlamento de las Illes Balears y demás órganos estatutarios deben procurar que exista una presencia equilibrada de mujeres y hombres en el nombramiento o en la designación de personas, para constituir o formar parte de órganos e instituciones”.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

ocupando los de un sexo los puestos pares y los del otro los impares. La Junta electoral sólo aceptará aquellas candidaturas que cumplan este precepto tanto para los candidatos como para los suplentes”.

Ambas comunidades introducían un régimen de paridad conocido como de “listas cremallera”. Obviamente, este sistema suponía un avance respecto de otros modelos europeos de cuotas más abiertos, donde la exigencia de la paridad no es tan rígida. Las leyes fueron recurridas por el gobierno central ante el Tribunal Constitucional alegando que eran contrarias al texto supremo en varios aspectos. Pero este tribunal no llegó a pronunciarse al respecto porque tras las elecciones el nuevo gobierno central socialista desistió del recurso, declarándose los procesos extintos.²⁸⁵

No obstante, ha de advertirse que, si bien las citadas leyes no estaban en vigor, por estar suspendida su aplicación, por decisión de los propios partidos, hubo una voluntad generalizada de presentar listas electorales “paritarias” en ambas comunidades. Esto produjo, tras las elecciones autonómicas de 2003, un considerable incremento de la presencia de mujeres en estos parlamentos, como podrá comprobarse en los datos numéricos que se adjuntan a este trabajo.

Siguiendo una filosofía similar a la de las dos comunidades pioneras a las que nos hemos referido, la Ley 4/2005, del 18 de febrero, de la comunidad autónoma del País Vasco, para la igualdad de hombres y mujeres, estableció en la disposición final cuarta una modificación de la Ley 5/1990 de Elecciones al Parlamento Vasco que introducía una medida electoral paritaria en el siguiente sentido:

Las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de personas electoras estarán integradas por al menos un 50% de mujeres. Se mantendrá esta proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres. Las juntas electorales del territorio histórico competentes sólo admitirán aquellas candidaturas que cumplan lo señalado en este artículo tanto para las personas candidatas como para las suplentes.²⁸⁶

La ley vasca es, por lo tanto, menos exigente que las de las CCAA mencionadas anteriormente —no establece un sistema “cremallera”—, permitiendo un margen mayor de discrecionalidad por parte de los partidos políticos en cuanto a la configuración de dichas listas.

²⁸⁵ Por autos del Tribunal Constitucional del 26 de septiembre de 2006 y del 10 de octubre de 2006, se declararon extintos los procesos abiertos por la presentación de sendos recursos de inconstitucionalidad.

²⁸⁶ Una modificación en el mismo sentido se introdujo en el artículo 6 bis de la Ley 1/1957, de Elecciones para las Juntas Generales de los tres territorios históricos.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

Las elecciones al parlamento vasco celebradas el 17 de abril de ese mismo año, con las que se dio paso a la 8ª legislatura, se realizaron con la aplicación de dicha ley. Y sus efectos, evidentemente, se hicieron notar.

En el mismo año 2005, la ley electoral andaluza fue modificada por la Ley 5/2005, del 8 de abril, de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Estableciéndose que “la presentación de candidaturas, en la que se alternarán hombres y mujeres..., ocupando los de un sexo los puestos impares y los de otro los impares”. Por lo tanto, se ha optado por la fórmula de las listas “cremallera”, cuya efectividad se ha demostrado en las elecciones autonómicas de 2008.

Desde entonces y coincidiendo con la oleada de nuevos Estatutos de Autonomía, la cuestión de la necesidad de asegurar el igual acceso de las mujeres en las diferentes esferas de la sociedad se ha convertido en la invitada inexcusable en muchos de estos estatutos (así ha sucedido, por ejemplo, en el Estatuto de la Comunidad Valenciana o en el balear). Aunque sólo algunos nuevos estatutos han optado por imponer al legislador políticas de democracia paritaria. Éste es el caso del Estatuto de Andalucía, que señala que la comunidad propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, hace constantes referencias al respeto del equilibrio de sexos en la composición de diferentes órganos públicos, promueve expresamente la democracia paritaria, e indica que la ley electoral establecerá “criterios de igualdad de género para la elaboración de las listas electorales” (artículo 10.2). Por su lado, el nuevo estatuto catalán establece que “la ley electoral de Cataluña debe establecer criterios de paridad entre mujeres y hombres para la elaboración de las listas electorales” (artículo 56.3), ley que todavía no ha visto la luz.

IV. EL EQUILIBRIO DE SEXOS EN LA LEY ESTATAL PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE MUJERES Y HOMBRES

Por último, y ya en el ámbito estatal, ha de indicarse que la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²⁸⁷ ha establecido una modificación de la legislación electoral general en la misma línea de obtener un equilibrio entre hombres y mujeres en las candidaturas de todos los comicios electorales, con el objetivo de obtener una representatividad más igualitaria en las diferentes asambleas. La nueva previsión legal obliga a que en las listas presentadas por los partidos políticos

²⁸⁷ BOE núm. 71, de 23 de marzo.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

ningún género pueda suponer menos de 40% del total de la lista de candidatas,²⁸⁸ y ese mismo equilibrio debe aplicarse a cada tramo de cinco candidatas.²⁸⁹ Pese a que la medida va dirigida a todos los comicios que se celebren en España, quedan excluidas de la paridad obligatoria las candidaturas municipales en localidades de menos de tres mil habitantes, y en islas de menos de cinco mil habitantes (artículo 187.2 y artículo 201.3 Ley Orgánica del Régimen Electoral General, en adelante, LOREG).

Además, como decíamos anteriormente, la Ley de igualdad de 2007 resuelve la posible colisión que podría producirse entre su normativa y la de una comunidad autónoma más favorecedora de la presencia femenina. Lo hace añadiendo el nuevo artículo 44 bis.1 a la LOREG, del cual cabe deducir que la legislación autonómica priorizará sobre otra legislación aplicable menos favorable a la presencia femenina.²⁹⁰

1. La obligación legal y el derecho de asociación política

La reforma operada por la Ley de igualdad en la LOREG tuvo su primera aplicación en los comicios celebrados tras su entrada en vigor, las elecciones municipales y autonómicas del 27 de mayo de 2007.

La cuestión de la aplicación de la citada normativa paritaria fue uno de los temas de debate durante la precampaña electoral. El sistema de cuotas de la ley de igualdad fue calificado como medida de discriminación inversa, porque al reservar porcentajes electorales para las mujeres generaban una limitación sobre la disposición de un bien social escaso —la posibilidad de estar en las listas y, por ende, de obtener un cargo de representación política—.

²⁸⁸ (LOREG, Art. 44) Tal y como ha quedado modificado por la Ley de Igualdad de 2007: “Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico”.

²⁸⁹ (LOREG, Art. 44 bis 2): “También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en este tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista”.

²⁹⁰ En el mismo sentido, Instrucción 5/2007, de 12 de abril, de la Junta electoral central, sobre aplicación de los artículos 44.bis y 187.2 de la LOREG en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

Lo que subyacía (y subyace) era una división dentro de la doctrina y las fuerzas políticas sobre la legitimidad constitucional de adoptar leyes que imponen a los partidos políticos reglas de equilibrio de género en la configuración de sus listas electorales. Para unos, aunque las mujeres se benefician directa y fundamentalmente de las cuotas, las mismas responden a un interés social general en virtud del cual una mayor presencia del sexo femenino en la esfera pública permitirá garantizar un desarrollo más libre y completo de la realidad social del que se beneficiarán todos los socios, incluidos los hombres.²⁹¹ Con ello se está haciendo alusión a la razón que justifica una medida de discriminación positiva que, como la mayor parte de ellas, puede generar a su vez una discriminación de aquellos que no pertenecen a ese colectivo o grupo.

Ello llevó al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad y a la presentación de un recurso de inconstitucionalidad contra los preceptos de la ley de igualdad relativos a las denominadas “listas paritarias”.

En el recurso presentado por el Partido Popular se consideraba que la exigencia legal de las reglas de paridad afecta a la libertad de los partidos políticos, a la libertad ideológica, al derecho de participación y “limitaba el derecho de sufragio pasivo en razón de sexo”. “Las cuotas aplicadas al derecho de sufragio generan, hacia quienes pretendan forma parte de las candidaturas y no puedan hacerlo por sobrepasar los optantes de su género un número mayor al legalmente establecido, una vulneración de su derecho a la igualdad”, concluía el recurso.

La respuesta a la cuestión llegó con la STC 12/2008, en la que el Alto Tribunal se pronunció en favor de la legitimidad constitucional de la imposición a los partidos políticos de la obligación de presentar candidaturas con una composición equilibrada de mujeres y hombres.

Según se recuerda en la sentencia, el artículo 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, encomendando al legislador la tarea de alcanzar dicho fin (F.J. 4º). Así, es legítimo que el legislador trate de lograr tal fin estableciendo obligaciones de actuación a terceros, pues, como recuerda el Tribunal Constitucional, los partidos políticos no son cualquier asociación. Como asociaciones calificadas, por sus funciones constitucionales, son cauce válido para el logro de la sustantivación de la igualdad formal propugnada por el artículo 9.2 CE (F.J. 5º).

Por lo tanto, tampoco se entiende que la libertad de presentación de candidaturas por parte de los partidos políticos quede coartada, pues ésta no es, ni puede ser, absoluta, sino que está limitada por fines constitucionalmente establecidos como el señalado.

²⁹¹ En este sentido, (Balaguer 2000a, 394).

2. Una medida reequilibradora

Igualmente, para el Tribunal Constitucional no cabe apreciar vulneración del principio de igualdad, pues las modificaciones que se introducen en la LOREG ni siquiera figuran fórmulas compensatorias en favor de las mujeres, en su calidad de grupo históricamente desfavorecido, sino que plasman un criterio que se refiere indistintamente a los candidatos de uno y otro sexo (F.J. 9º). Lo más interesante es que el Tribunal Constitucional entiende que no estamos ante una medida de acción positiva, pues no suponen un tratamiento peyorativo o favorecedor de ninguno de los sexos. En puridad, ni siquiera plasman un tratamiento diferenciado en razón del sexo de los candidatos, habida cuenta de que las proporciones se establecen por igual para los candidatos de uno y otro sexo. Como señala el TC “no se trata, pues de una medida basada en los criterios de mayoría/minoría (como sucedería si se tomase en cuenta como elementos de diferenciación, por ejemplo, la raza o la edad), sino atendiendo a un criterio (el sexo) que de manera universal divide a toda sociedad en dos grupos porcentualmente equilibrados” (F.J. 5º). Son medidas con carácter bidireccional, en cuanto que la proporción que se pretende mantener se asegura igualmente a uno y otro sexo (F.J. 3º). Por lo tanto, el Tribunal parece que huye de la consideración de la fórmula paritaria de la Ley de Igualdad como la clásica medida de discriminación positiva en favor de la mujer —las conocidas cuotas para mujeres—, que por sus presuntos efectos negativos hacia el varón deben ser excepcionales. Hemos de entenderlas, pues, como medidas antidiscriminatorias, como las definía Biglino Campos (2004, 364), o reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes.

De hecho, una las consecuencias de la nueva normativa sobre la confección paritaria de las listas de candidaturas es que, al igual que se prohíbe que éstas puedan incluir a más de 60% de varones, también prohíbe que puedan estar conformadas por más de 60% de mujeres. Ello supuso el rechazo de listas electorales formadas exclusivamente por mujeres. A raíz de ello, la cuestión que se suscitó es si la paridad que se pretende lo es en el sentido estricto del término, como, sin duda, se desprende de la lectura del nuevo artículo 44 bis LOREG. O cabría hacer una interpretación literal de las cuotas mínimas de mujeres que exige la ley y una interpretación laxa o favorable del máximo permitido, en favor de una mayor presencia de las mujeres (para auspiciar la participación femenina). Esa cuestión, que el Tribunal Constitucional decidió no resolver y acumular al recurso de inconstitucionalidad entonces pendiente,²⁹² ha quedado también resuelta con la STC 12/2008 a favor de la primera interpretación.

²⁹² Mediante Auto TC del 10 de mayo de 2007.

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

La siguiente ocasión en la que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la imposición legal a los partidos políticos de un sistema de cuotas en las listas que presenten a los comicios ha sido en la STC 13/2009, del 19 de enero. En la misma, analizando la constitucionalidad de la Ley de Igualdad del País Vasco que antes citábamos y que introduce, como indicábamos anteriormente, la obligación de que las listas estén integradas por al menos 50% de mujeres, el Tribunal hace uso de la misma argumentación para justificar su adecuación a la Constitución. La diferencia más sustancial es que, a pesar de defender, de nuevo, el carácter universal y bidireccional de unas listas que exigen 50% de presencia de cada género, recurre a la consideración de la medida como “una medida de discriminación positiva en beneficio de la mujer que se ajusta a las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad exigidas por la doctrina” (F.J. 11). Dice la sentencia que se trata de “un tratamiento diferenciado” que encuentra justificación suficiente en cuanto pretende corregir una situación histórica de discriminación de la mujer en la vida pública, una medida que persigue que la igualdad material a la que se refiere el artículo 9.2 CE se traslade a los órganos políticos de representación ciudadana (F.J. 11).

V. SOBRE LA EFICACIA DE LA LEY DE PARIDAD: LA MUJER EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y EN LOS PARLAMENTOS AUTONÓMICOS

Como se ha explicado en los anteriores párrafos, las cuotas de partido que algunas formaciones políticas había ido adoptando voluntariamente a finales de la década de 1980 y los primeros años de la década de 1990 propiciaron un paulatino pero constante incremento de la presencia femenina en los escaños parlamentarios. Habría que esperar a 2007 para que se aprobara una cuota legal que obligaba a todos los partidos y de cuya eficacia nos vamos a ocupar en las páginas que siguen.

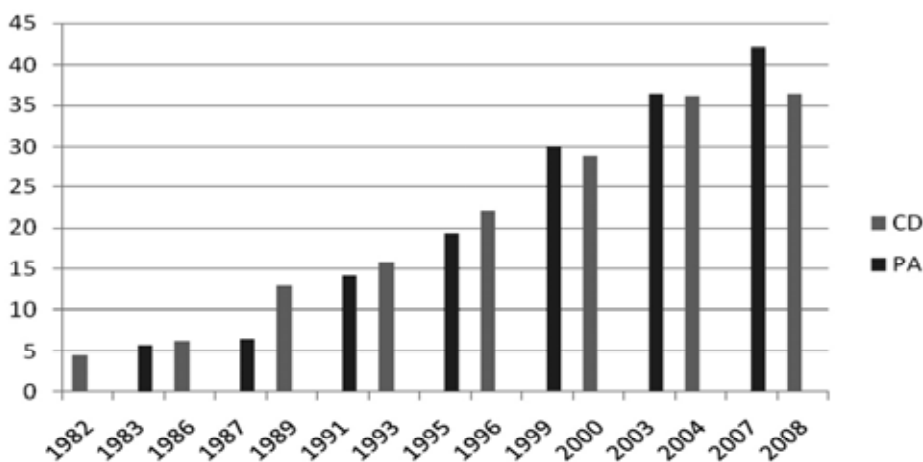
El Gráfico 1 recoge la evolución de la presencia de la mujer en el Congreso de los Diputados y en los parlamentos autonómicos en España. Pese a que el incremento ha sido constante los últimos 30 años, pueden observarse dos momentos en los que el número de mujeres que ocupaban escaños se incrementó sustancialmente: a comienzos de la década de 1990 y a finales de dicha década, coincidiendo con cambios en los estatutos y normas internas de los partidos, que asumían cuotas voluntarias para incrementar la presencia de la mujer en los cargos de sus estructuras internas y en sus listas electorales. El efecto contagio se expandió paulatinamente, incluso entre los partidos que rechazaban las cuotas como limitativas de la igualdad. La necesidad de incorporar a la mujer a los puestos de responsabilidad institucional y orgánica fue extendiéndose en los partidos

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

como un hecho no cuestionado en sí mismo (al margen de cuál debiera ser el procedimiento para garantizarlo). Cuando finalmente, en 2007, se aprueba una cuota legal, su efecto inmediato es menos espectacular que los incrementos que se habían registrado en el número de mujeres en los parlamentos con anterioridad: aunque suponen un aumento generalizado del número de mujeres, como veremos más abajo, ese impacto no ha sido hasta la fecha tan generalizado e intenso como cabría esperar.

GRÁFICO 1. EVOLUCIÓN PORCENTUAL DE LA PRESENCIA DE LA MUJER EN EL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS Y EN LOS PARLAMENTOS AUTONÓMICOS (PROMEDIO 17 PA)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Instituto de la Mujer. Los parlamentos de Andalucía, Cataluña, Galicia y País Vasco celebran sus elecciones en fechas distintas a los de los demás, pero se han incluido sus datos para hacer los promedios.

El incremento en la presencia de mujeres en los parlamentos autonómicos entre las elecciones de 2003 y 2007 (celebradas con y sin cuota legal) ha sido prácticamente generalizado, si bien de desigual resultado, como el cuadro 1 pone de manifiesto: solamente en dos parlamentos se ha reducido el número de mujeres diputadas (Castilla-La Mancha y el País Vasco) y en uno se ha mantenido estable, pese a la cuota legal. En los parlamentos autonómicos de Castilla-La Mancha y del País Vasco se ha reducido la presencia femenina en sus escaños, si bien en ambos casos era ya elevada en 2003 (53.2 y 52%, respectivamente): en las elecciones celebradas bajo la ley de paridad el porcentaje de diputadas se ha visto reducido en 6.4 y 6.7 puntos porcentuales, respectivamente, si bien dentro de la cuota legal y por encima de 45% en ambos casos. Y en el parlamento de Murcia la cuota legal no ha supuesto el incremento de baja presencia femenina entre sus diputadas, al ser el porcentaje de diputadas en 2007 el mismo que el que se registró en la elección de 2003 (31.1). El mayor incremento de presencia femenina entre

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

las elecciones de 2003 (sin cuota legal) y 2007 (con cuota legal) se ha registrado en el parlamento de Andalucía, incremento que alcanzó 15.5 puntos porcentuales, al pasar el porcentaje de mujeres diputadas de 29.5 a 45. En Asturias se observó un incremento similar, al pasar el porcentaje de mujeres de 31.1 a 44.4 por ciento.

En 12 de los 17 parlamentos autonómicos la presencia de la mujer supera, tras las elecciones de 2007,²⁹³ el mínimo de 40% establecido por la ley de paridad. Y de los cinco restantes, sólo hay tres en los que la presencia femenina no alcanza siquiera 35%. El parlamento autonómico con mayor presencia de mujeres es el de la Comunidad de Madrid (48.3%), superándose la barrera de 40% en todos sus grupos parlamentarios (como se verá en el cuadro 2). El parlamento de Murcia tiene el dudoso honor de registrar el porcentaje más bajo de mujeres entre sus diputados, donde no suponen siquiera un tercio de los mismos (31.1%).

CUADRO 1. PRESENCIA DE MUJERES EN PARLAMENTOS AUTONÓMICOS, 2003 Y 2007
(EN PORCENTAJES DE MIEMBROS DE LA CÁMARA)

	2003	2007
Andalucía	29.5	45.0
Aragón	31.3	32.8
Asturias	31.1	44.4
Baleares	37.5	44.0
Canarias	35.0	38.2
Cantabria	41.0	43.6
Castilla y León	36.0	41.0
Castilla-La Mancha	53.2	46.8
Cataluña	29.6	38.5
Extremadura	36.9	43.1
Galicia	33.3	40.0
La Rioja	39.4	42.4
Madrid	37.8	48.3
Murcia	31.1	31.1
Navarra	32.0	34.0
País Vasco	52.0	45.3
Valencia	41.6	46.4

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de los parlamentos autonómicos. Para el Congreso de los Diputados los datos (de las elecciones previa y posterior a la reforma) son de 36 y 36.6%, respectivamente (2004 y 2008).

²⁹³ O asimiladas, en las comunidades autónomas de Andalucía, Galicia y País Vasco, que las han celebrado con posterioridad.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

Para profundizar en el análisis del grado de eficacia de la cuota legal establecida por la ley de paridad, conviene diseccionar estas cifras generales de cada parlamento, atendiendo a la efectividad dentro de cada uno de los grupos parlamentarios en los que los partidos políticos se hacen presentes en las cámaras. Como se pone de manifiesto en el Cuadro 2, tras la elección de 2007 se dibuja un variado paisaje de casos, si bien pueden observarse algunas tendencias generales:

- El Grupo Parlamentario Socialista en los diversos parlamentos autonómicos registra una presencia de mujeres mayor que la de cualquier otro grupo, superando la media del respectivo parlamento en 16 de los 17 casos. Como promedio (de los 17 parlamentos autonómicos), tiene 45.3% de mujeres, si bien se observan diferencias significativas entre unos y otros casos: así, la presencia de diputadas en su seno oscila entre el caso de Valencia (51.4%) y el de Murcia (33.3%), superándose el umbral mínimo de 40% en 15 de los 17 casos (los dos parlamentos en los que la presencia de mujeres es menos son los de Aragón [36.7%] y Murcia [el mencionado 33.3%]).
- El Grupo Parlamentario Popular registra en los parlamentos autonómicos porcentajes menores de mujeres: el promedio de los 17 casos no alcanza el umbral mínimo de 40%, al quedarse en 39.5%, registrando una presencia femenina mayor que la media del respectivo parlamento sólo en seis casos. También se registran variaciones significativas entre los distintos casos, oscilando el porcentaje de mujeres entre 47.8 de la asamblea de Madrid y el 31.8 del parlamento de Navarra. Solamente en 10 de los parlamentos autonómicos el Grupo Parlamentario Popular supera el umbral mínimo de 40% de mujeres: en los otros siete casos no se llega a ese mínimo establecido por la cuota legal.
- El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida registra una presencia muy desigual: suele tener un tamaño pequeño, por lo que sus porcentajes de presencia femenina son más equívocos que las cifras de números naturales. En ocasiones no hay ninguna mujer, si bien en otros casos el número de mujeres en su seno alcanza 50%.
- Los grupos parlamentarios de partidos de ámbito no estatal en los parlamentos autonómicos presentan tasas desiguales de presencia femenina: los grupos que tienen un número de escaños significativo y compiten con éxito con los dos principales partidos de ámbito estatal por las posiciones de partidos más votados suelen incorporar a más mujeres que los pequeños (Convergencia i Unió es una excepción en este sentido). Así, los grupos del Partido Nacionalista Vasco, "Coalición Canaria", Bloque Nacionalista Galego y Partido Regionalista de Cantabria registran una presencia femenina superior al umbral mínimo de 40% establecido por la cuota legal: los grupos de Convergencia i Unió, Esquerra Republicana de Catalunya, Partido Aragonés Regionalista o Partido Socialista de Mallorca no llegan a ese umbral mínimo de presencia femenina en su seno, como se pone de manifiesto en el Cuadro 2.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

CUADRO 2. PRESENCIA DE LA MUJER EN LOS GRUPOS PARLAMENTARIOS DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (2008)
 Y DE LOS PARLAMENTOS AUTONÓMICOS (2007)

Parlamento	PSOE	PP	IU	CIU	PNV	CC	ERC	BNG	PAR	Regionalistas
Cgso Dpdos	35.6	41.0	32.2	50.0	40.0	50.0	0.0	50.0	0.0	
Andalucía	45.0	48.2	46.8	0.0						
Aragón	32.8	36.7	34.8	0.0				22.2	25.0	ChA
Asturias	44.4	47.6	35.0	50.0						
Baleares	44.0	45.0	46.4						20.0	PSM
Canarias	38.2	46.2	40.0			42.1				
Cantabria	43.6	50.0	41.2						41.7	PRD
Castilla y León	41.0	42.4	41.7						0.0	UPL
Castilla-La Mancha	46.8	50.0	42.9							
Cataluña	38.5	45.9	35.7	41.7	37.5		33.3		0.0	Cds
Extremadura	43.1	44.7	40.7							
Galicia	40.0	44.0	34.0					50.0	0.0	PR
La Rioja	42.4	50.0	41.2							
Madrid	48.3	45.2	47.8	45.5						
Murcia	31.1	33.3	32.1	0.0						
Navarra	34.0	41.7	31.8	50.0					33.0	NBai
País Vasco	45.3	48.0	38.5	0.0	53.3				25.0	Aral
Valencia	46.4	51.4	41.5	50.0					66.6	Bloc
Promedio (Pm Aut)	41.6	45.3	39.5	26.4						

Fuente: Elaboración propia a partir de datos del Congreso de los Diputados y de los parlamentos autonómicos.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

Otra forma de analizar la calidad de la presencia de la mujer en los parlamentos es atendiendo a los cargos que ocupan en los órganos de dirección de los mismos. En los parlamentos españoles suele denominarse “mesa” al órgano de presidencia de la Cámara (así como al de sus respectivas comisiones). La mesa del parlamento suele tener una presidencia, dos o tres vicepresidencias y dos o tres secretarías. Tras las elecciones de 2007, el número de presidentas de parlamento autonómico es de nueve (de un total de 17; 52.9%); había 13 vicepresidentas (de un total de 36; 36.1% de estos puestos) y 18 secretarías de parlamento autonómico (de un total de 31; 58.1% de estos puestos). El número de parlamentos en cuya mesa las mujeres suponen al menos 40% de sus miembros es de 12 (de un total de 17; 70.6%). Estos datos evidencian que la presencia de la mujer en cargos de dirección de las asambleas parlamentarias autonómicas ha mejorado sustancialmente: la presidencia de los parlamentos está en manos de mujeres en algo más de la mitad de los casos, y su presencia parece también sólida en las vicepresidencias y secretarías. Algo más de dos terceras partes de los parlamentos tienen mesas en las que al menos 40% son mujeres, lo que aún sin llegar al mínimo de la ratio 40-60 establecido por la cuota legal, supone una importante consolidación de la presencia de la mujer en los órganos de dirección de las cámaras.

También se aprecia un paulatino incremento de la presencia de la mujer, si bien sin llegar plenamente a los objetivos establecidos por la cuota legal —con la ratio 40-60— en el seno de las comisiones parlamentarias, órganos que posibilitan el efectivo funcionamiento de las cámaras y donde se desarrolla la mayor parte de su actividad. Atendiendo de nuevo al ámbito autonómico, se observa que hay 13 parlamentos (recordemos, de 17) en los que al menos 40% de sus comisiones están presididas por mujeres. Son 10 los que tienen al menos 40% de sus comisiones en las que la vicepresidencia está en manos de una mujer (en las comisiones suele haber una única vicepresidencia), y 12 el número de parlamentos en los que al menos 40% de sus comisiones tienen una mujer por secretaria (las comisiones suelen tener un único puesto de secretaría). Aunque no se alcanza en todos los casos la ratio del mínimo de 40, en algunos parlamentos esa cifra es más alta.

Dado que una gran parte de la actividad parlamentaria se conduce en las comisiones, verdaderos órganos de especialización, decisión y control, será útil diseccionar cómo es la presencia de la mujer en las mismas. Aunque la ubicación de diputados y diputadas en una u otra comisión suele depender de su voluntad y campo de especialización.²⁹⁴ No hay ningún parlamento autonómico en el que todas las comisiones tengan

²⁹⁴ Obviamente, esto suele ser así en los grupos parlamentarios grandes. En lo que apenas tienen unos pocos escaños, los diputados y diputadas suelen tener que acudir a un buen número de comisiones, por lo que su pertenencia a una u otra no depende ya tanto de su voluntad. En todo caso, los grupos parlamentarios aseguran que, en términos generales, se suele respetar la voluntad de cada diputado o diputada respecto de a qué comisiones quieren pertenecer (entrevistas realizadas por los autores; ver Oñate y Delgado 2006).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

una presencia femenina de al menos 40% de sus miembros. No obstante, hay bastantes cámaras en las que en buena parte de sus comisiones supera ese umbral mínimo de presencia femenina.

Como se pone de manifiesto en el cuadro 3, en siete parlamentos autonómicos más de 60% de sus comisiones cumplen esa ratio, siendo el caso más sobresaliente el del parlamento de Castilla-La Mancha, en el que ese mínimo se registra en 89% de sus comisiones. Por el contrario, en el de Galicia esa presencia mínima se da solamente en 28.6% de sus comisiones. No puede decirse que la cuota legal haya generado una presencia femenina suficiente generalmente extendida. En cuatro de los 17 parlamentos autonómicos (Galicia, Murcia, Navarra y Cataluña)²⁹⁵ el porcentaje de comisiones en las que se cumple ese mínimo está por debajo de 40%.

Al efecto de intentar explicar esas grandes diferencias en cuanto a presencia femenina hemos analizado los datos del cuadro 3 relacionando los casos de parlamentos con más²⁹⁶ y menos²⁹⁷ comisiones en cuya composición se alcance 40% de presencia femenina con variables sociodemográficas (población, renta *per cápita*, producto interior bruto), y políticas (partido mayoritario, partido mayoritario coincidente con el del parlamento nacional, presencia de partidos de ámbito no estatal, gobiernos de coalición o monocolor, presencia de hechos identitarios etno-nacionales, nivel competencial asumido por la comunidad autónoma, etcétera). Los resultados arrojan más confusión que aclaraciones: no pueden establecerse relaciones claras con esas potenciales variables explicativas, por lo que no puede sino concluirse que la variedad de intensidad de la presencia de la mujer depende de dinámicas internas de cada partido en cada región, registrándose casos muy distintos en diferentes territorios (comunidades autónomas) dentro de un mismo partido. Cabe esperar que la aplicación de la cuota establecida por la ley de paridad en futuros procesos electorales y el control que la administración electoral haga del cumplimiento de los requisitos mínimos permitan incrementar la presencia de mujeres en las cámaras parlamentarias autonómicas y, así, la eficacia plena de la ley.

²⁹⁵ Debe llamarse la atención sobre el hecho de que las últimas elecciones autonómicas en Cataluña se realizaron en 2006, antes, por tanto, de que entrara en vigor la ley de paridad y, así, la cuota legal.

²⁹⁶ Los de las comunidades de Castilla-La Mancha, Valencia, Cantabria y Canarias.

²⁹⁷ Los de las comunidades de Galicia, Murcia, Navarra y Cataluña (véase la nota anterior sobre este último caso).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

CUADRO 3. PORCENTAJE DE COMISIONES EN CADA PARLAMENTO AUTONÓMICO EN EL QUE LAS MUJERES SON MÁS DE 40% DE LOS MIEMBROS (2007)

Andalucía	63.6	36.4
Aragón	53.8	46.2
Asturias	46.2	53.8
Baleares	46.2	53.8
Canarias	68.8	31.3
Cantabria	69.2	30.8
Castilla y León	63.2	36.8
Castilla-La Mancha	88.9	11.1
Cataluña	39.1	60.9
Extremadura	58.8	41.2
Galicia	28.6	71.4
Madrid	50.0	50.0
Murcia	30.0	70.0
Navarra	37.5	62.5
País Vasco	60.0	40.0
La Rioja	46.2	53.8
Valencia	78.3	21.7
Promedio	54.6	45.4

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de los distintos parlamentos autonómicos.

Por último, en este empeño por rastrear la eficacia (y su calidad) de la ley de paridad y de la cuota legal que estableció, convendrá que atendamos al tipo de comisiones, en tanto unas suelen ser consideradas más importantes que otras. Esta clasificación de mayor o menor importancia viene dada por la opinión de los diputados y expertos, y suele estar ligada al impacto sobre la sociedad, así como al volumen del presupuesto del departamento ministerial (regional) del que la respectiva comisión es homóloga (por su materia). Se considera que unas comisiones "manejan" más poder que otras: entre las primeras, claramente, se ubican las que con una u otra denominación se ocupan de asuntos de economía, presupuesto y hacienda, así como las de obras públicas y transporte. Entre las que se consideran de "menor importancia" están las de educación y las de políticas sociales e igualdad.²⁹⁸

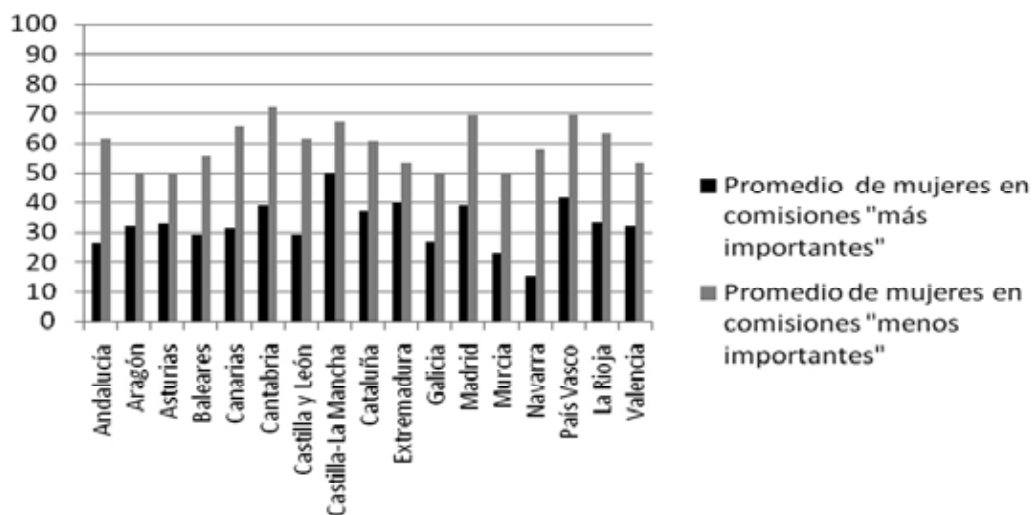
²⁹⁸ Habida cuenta de las limitaciones de espacio que restringen esta ponencia, vamos a limitar el análisis a estos cuatro casos, en función de su claridad. En otro lugar estamos analizando empíricamente la presencia femenina en las distintas comisiones, elaborando índices de ponderación de la importancia de la respectiva comisión.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

En el gráfico 2 hemos plasmado los promedios de presencia femenina en estos dos tipos de comisiones (más importantes y menos importantes), tomando como muestra los ejemplos mencionados: resulta evidente que la presencia femenina es notable y sistemáticamente más numerosa en las segundas que en las primeras, unas comisiones (las menos importantes) que cubren ámbitos sustantivos que han sido tradicionalmente considerados “femeninos” y en los que se acumulan “menores” cuotas de poder. Las consideradas “más importantes” tratan ámbitos tradicionalmente “masculinos” y en ellas se tienden a acumular más cuotas de poder (aunque sólo sean entendidas en términos de presupuesto público). Los respectivos porcentajes de presencia femenina estarán influidos, sin duda, por el total de mujeres que haya en cada parlamento, si bien las diferencias entre ambos tipos de comisiones dentro de cada uno de ellos elimina cualquier tipo de duda al respecto: la presencia de la mujer —cualquiera que sea su nivel dentro de un parlamento— no es homogénea en sus distintos tipos de comisiones, siendo más numerosa en las de ámbito sustantivo tradicionalmente considerado más “femenino” y que acumulan menos poder.

GRÁFICO 2. DIFERENCIA DE PRESENCIA FEMENINA SEGÚN EL TIPO DE COMISIÓN



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de los distintos parlamentos autonómicos.

VI. CONCLUSIÓN

La conclusión de estas páginas debe ser de un cauteloso optimismo: la presencia de la mujer en las asambleas parlamentarias españolas ha experimentado un acelerado incremento en los últimos 15 años, de similar volumen y más rápido que el que se ha registrado en los países europeos que mayor número de mujeres cuentan entre sus diputadas (Christmas-Best y Kjaer 2007). Las cuotas voluntariamente asumidas por algunos partidos políticos en sus estatutos o documentos de organización interna —que fueron imitadas por otros partidos— supusieron un primer impulso para el incremento de la presencia femenina en los cargos institucionales y de representación. Los notables incrementos en los porcentajes de diputadas a comienzos y a finales de los años 90 fueron una consecuencia buscada por esas medidas voluntarias.

La cuota legal establecida con carácter general en 2007 ha tenido un impacto menor que las voluntarias de los partidos, si bien parece estar extendiéndose en sus efectos de manera generalizada. El Congreso de los Diputados apenas ha variado tras la entrada en vigor de la ley, si bien en la mayor parte de los parlamentos autonómicos sí ha tenido efectos positivos, incrementándose de forma generalizada la presencia de mujeres en sus escaños, cuyo número se aproxima —y, en muchos casos, supera— 40% de los escaños. Aunque hay diferencias entre unos y otros grupos parlamentarios —expresión de los partidos políticos en las asambleas parlamentarias—, y entre un mismo grupo en diversos parlamentos, casi todos ellos dan muestras de incrementar el número de mujeres en sus listas de electos, por lo que cabe albergar esperanzas de que sigan haciéndolo en los próximos procesos electorales.

Esa mayor presencia de mujeres se deja notar tanto en los escaños como en los puestos de dirección de las cámaras (presidencias, vicepresidencias y secretarías), así como en los de las comisiones en las que se desarrolla la mayor parte del trabajo de especialización parlamentaria. Aunque el umbral mínimo de 40% no se alcanza en todos los casos, se han apreciado incrementos significativos y es de esperar —habida cuenta de que se ha extendido una cultura de la paridad— que los datos mejoren en próximos procesos electorales.

Se aprecian aún deficiencias en la composición de los distintos tipos de comisiones, en función de la mayor importancia que generalmente tienen atribuidas: aunque la adscripción a una determinada comisión suele estar condicionada por la voluntad de cada representante, los datos apuntan a que se da una mayor presencia de mujeres en comisiones cuyo ámbito sustantivo ha estado tradicionalmente asociado a la mujer

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

(educación, servicios sociales, cooperación e igualdad), que son las que menos poder acumulan (aunque sea medido en términos de volumen presupuestario respectivo). Por mucho que se está incrementando la presencia de la mujer en las comisiones de ámbito tradicionalmente masculino, aún se aprecian diferencias significativas de número relativo de mujeres en unas y otras.

La conclusión debe ser de cautela, por tanto: aunque se ha extendido la cultura de la paridad, aún no ha generado plenos efectos, registrándose bastantes situaciones en las que los partidos no han acabado de asumir la previsión legal y en las que esa previsión aún no se ha extendido de forma generalizada a los diversos órganos de las cámaras en todas las dimensiones, hasta alcanzar una situación que pueda ser calificada de verdaderamente próxima a la paridad.

VII. FUENTES CONSULTADAS

- Balaguer Callejón, M. L. 2000a. Desigualdad compensatoria en el acceso a cargos representativos en el ordenamiento jurídico español. Situaciones comparadas. En *Mujer y Constitución en España*, Madrid: CEPC.
- Balaguer Callejón, M. L. 2000b. Una legislación favorable a las cuotas electorales no es inconstitucional en España. En *La democracia paritaria en la construcción europea*, Dir. Paloma Saavedra. Madrid: CELEM.
- Biglino Campos, P. 2004. Acerca de la constitucionalidad de las leyes electorales paritarias. En *XXV Aniversario de la Constitución Española: Propuestas de reformas*, Balaguer Callejón, M^a L. (Ed.). Málaga: Centro de Ediciones de la Diputación provincial de Málaga.
- Brown, A. 2000. El caso de Escocia. En *La democracia paritaria en la construcción europea*, Dir. Paloma Saavedra. Madrid: CELEM.
- Christmas-Best, V. y U. Kjaer 2007. Why so Few and so Slow? Women as Parliamentary Representatives in Europe from a Longitudinal Perspective. En *Democratic Representation in Europe: Diversity, Change and Convergence*, Eds. M. Cotta y H. Best. Oxford: Oxford University Press.
- Figueroa Burrieza, Ángela. 2008. "Representación política y democracia paritaria (A propósito de la sentencia del TC 12/2008, de 29 de enero)". *Revista Europea de Derechos Fundamentales* 12: 211-233.
- Martínez Alarcón, María Luz. 2006. *Cuota electoral de mujeres y Derecho Constitucional*. Madrid: Congreso de los Diputados-Senado.
- Oñate Rubalcaba, Pablo y Delgado, Irene. 2006. "Partidos, grupos parlamentarios y diputados en las asambleas autonómicas". En *Organización y funcionamiento de los Parlamentos Autonómicos*, Ed. Pablo Oñate. Valencia: Tirant lo Blanch.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La presencia de la mujer en los parlamentos en España

- Serra Cristóbal, Rosario. 2008. "La presencia de mujeres en los parlamentos autonómicos. La efectividad de las medidas adoptadas por los partidos políticos y por el legislador". *Revista de Estudios Políticos* 141: 161-195.
- Sevilla Merino, J. 2004. *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*. Valencia: Institut Universitari d'Estudis de la Dona-Universitat de Valencia.
- Threlfall, Monica. 2007. "Explaining gender parity representation in Spain: The internal dynamics of Parties". *West European Politics* 5: 1068-1095.
- Verge, Tania. 2006. "Mujer y partido político en España. Las estrategias de los partidos y su impacto institucional" en *Revista Española de Investigación Sociológica* 115: 165-196.

La “renuncia en blanco” como una forma específica de terminación del mandato de los representantes en asambleas locales. La experiencia de la República de Serbia*

Dr. Bosa Nenad**

* Traducción de Antonio Márquez Aguilar, asesor del Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. México, 2011.

** Presidenta de la Corte Constitucional de la República Serbia y Vesna Ilic-Prelic. Jueza de la Corte Constitucional de la República de Serbia.

SUMARIO

I. Resumen; II. Notas preliminares; III. Sobre el carácter del mandato de los concejales (representantes locales) de conformidad con la Constitución de la República de Serbia; IV. La restricción del mandato de los concejales en la ley de elecciones locales. “Acuerdo” y “renuncia en blanco”; V. Conclusiones, VI. Fuentes consultadas

I. RESUMEN

Las elecciones libres y justas, el llamado “mandato libre” de diputados y otros representantes ciudadanos en asambleas locales o regionales, son criterios básicos para la evaluación del nivel de democracia de cada Estado moderno.

Por otro lado, una de las precondiciones esenciales para el ejercicio de cualquier mandato libre de los representantes ciudadanos es su derecho a expresar su opinión y voto libremente, sin temor a las consecuencias.

Diversos mecanismos introducidos en la legislación también pueden tener influencia en el mandato libre, en ocasiones incluso imponiendo ciertas limitaciones.

Una renuncia, como expresión de la voluntad libre, es una forma generalmente aceptada de concluir el encargo de un representante. Sin embargo, la experiencia de la República de Serbia muestra que es posible transformarla en una de las más peligrosas armas en contra de la libertad de representación.

La Corte Constitucional de Serbia enfrentó una situación en la que el legislador había introducido en el sistema legal una forma específica de renuncia de los representantes de las asambleas locales, o de los concejales (asambleístas de las unidades municipales o pueblos con autogobierno) las así llamadas “renuncias en blanco”. En la práctica, justo al principio de sus mandatos, los representantes electos de la lista de un partido le otorgan a éste poder mediante cartas de renunciadas firmadas pero sin fecha, que pueden ser usadas en cualquier momento de su encargo. La solución legal fue considerada por la Corte Constitucional de Serbia desde el punto de vista de su conformidad con la Constitución de la República de Serbia de 2006, así como con los estándares europeos.

Palabras clave: Elecciones Locales, carácter de un cargo representativo, renuncia en blanco.

II. NOTAS PRELIMINARES

Cada vez que se debate sobre la naturaleza y el tipo de la representación política, incluyendo el ámbito local, se abre la pregunta sobre el carácter del mandato de un representante ciudadano. Esta discusión comenzó en la República de Serbia hace pocos años, en paralelo con la introducción del pluralismo político, pero se mantiene tan controvertida como siempre. El debate fue especialmente intenso para la adopción de la Constitución serbia actual (2006)²⁹⁹ y en el trabajo de preparación de la legislación constitucional. Sin embargo, no fueron menos ruidosos los debates sobre el carácter del mandato de los representantes en los cuerpos representativos al decidir sobre la terminación del mandato de un diputado a cuenta de la “terminación de su militancia en un partido político” o la presentación de la así llamada renuncia en blanco. Por ejemplo, cuando el mandato terminaba en realidad debido a problemas de disciplina partidaria. Aunque la Constitución serbia actual está fundada en soluciones también implementadas por estados parlamentarios modernos, los autores fallaron al definir explícitamente el carácter del mandato de un representante para asegurar que representa un marco general para establecer y mantener un vínculo entre el electorado y sus representantes. Exactamente al contrario, algunas disposiciones de la nueva Constitución relacionadas con el estatus y el mandato de los diputados nacionales en la Asamblea Nacional llevaron a una situación en la que en la regulación de elecciones locales el legislador planteó la pregunta de la posición, expresada constitucionalmente de manera clara de que los representantes de parlamentos locales, por ejemplo, los concejales, una ley “de conformidad con la conciencia y responsabilidad por las acciones tomadas y las actividades involucradas”, sobre el fundamento de que “la confianza en ellos ganada en elecciones directas” en lugar de definirlos como meros representantes de la ley, afecten las voces de sus partidos.

Los principios básicos de las democracias representativas o estados modernos para una fundación de las actividades, no sólo de representantes ciudadanos en los parlamentos o los cuerpos representativos más altos sino también aquellos en cuerpos representativos a niveles más bajos de gobierno, como las asambleas, los concejales, o las unidades de autogobierno (municipios y pueblos), asambleas provinciales, asambleas regionales, o las asambleas de otras formas de organización territorial existente en estados modernos, en los que sus miembros son electos en elecciones generales y directas. Aunque no es posible dar en automático el trato legal a los diputados del

²⁹⁹ La Constitución de la República de Serbia entró en vigor el 8 de noviembre de 2006.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La “renuncia en blanco”...

parlamento al igual que a los representantes de los ciudadanos de niveles más bajos de gobierno, ahí existe un común denominador entre estas dos categorías de representantes populares, la naturaleza legal de su mandato, fundada en la relación entre los electores y sus representantes.

No existe duda de que en alguno de estos elementos el mandato libre de los representantes del pueblo, como de sus fundadores lo vieron, con el paso del tiempo cayó en conflicto con el concepto de gobernabilidad moderna, en el que la vida política es inconcebible sin la existencia de partidos políticos, en la que los cuerpos representativos cada vez más parece que fueran “cuerpos representativos de partidos políticos” en lugar de “cuerpos representativos de individuos importantes” electos en elecciones directas (Nenadic 2008). Desde luego, el mandato libre de los representantes del pueblo no se puede ver hoy sólo desde la perspectiva de si los representantes ciudadanos están “forzados por las instrucciones de los votantes” o las “instrucciones de sus respectivos partidos políticos”. Es decir, si ellos tienen la libertad de actuar en sus cuerpos representativos de acuerdo con sus propias circunstancias, y si también es posible preguntarse en qué grado los representantes ciudadanos son responsables frente a sus votantes, y en qué grado frente a aquellos que los nominan, promueven y apoyan en los periodos postelectorales; en consecuencia, qué forma y grado de responsabilidad es posible conferirles (Beyme 2000).

El principio de un mandato representativo libre, con independencia de todas sus debilidades, es visto como uno de los “pilares de la doctrina de la democracia representativa”, sobre la que están basadas las instituciones de estados democráticos modernos (Nenadic 2007). No obstante, es posible advertir en la práctica constitucional de países individuales algunos titubeos respecto a la propositividad de este principio y las correcciones resultantes del proclamado principio de mandato libre. Pero a pesar de las demandas constantes de establecer un vínculo más fuerte entre los partidos políticos y los diputados, orientados a asegurar la disciplina partidaria, son insertos en textos constitucionales, un muy profundo análisis de práctica legal comparada muestra que se ha prestado poca atención a tales demandas por parte de aquellos que escriben las constituciones, independientemente del tiempo en que se adopten. Por ello, podemos asegurar con plena certeza que en los países europeos un mandato de diputados libre es un principio constitucional importante para el funcionamiento de las democracias, y se ha mantenido por encima de las necesidades políticas pragmáticas para establecer un término obligatorio de gestión.

Sin embargo, sin tomar en cuenta la aceptación general de este principio democrático en las constituciones modernas, algunos marcos regulatorios del estatus legal y de responsabilidad de los diputados y otros representantes ciudadanos pueden golpear en

las raíces y seriamente amenazar su realización en la práctica. En estos casos es aquel de las cortes constitucionales, cuyo papel de “guardias de la Constitución” de cada estado gobernado por la ley es para asegurar que el legislador, o su mayoría parlamentaria, no transforme el principio de mandato libre en una proclama constitucional vacía. Este reto ha sido encarado por la Corte Constitucional de la República de Serbia cuando se evaluó la constitucionalidad de disposiciones no solamente de la ley sobre elecciones de diputados nacionales y sobre la ley de elecciones locales, que datan de 2004, sino también en 2010, y en su evaluación del cumplimiento de la ley sobre elecciones locales (2007) a la Constitución de la República de Serbia y la ratificación de los tratados internacionales.³⁰⁰

III. SOBRE EL CARÁCTER DEL MANDATO DE LOS CONCEJALES (REPRESENTANTES LOCALES) DE CONFORMIDAD CON LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE SERBIA

En el proceso de confeccionar la Constitución de Serbia de 2006, la tarea de sus autores era establecer en la ley más general de la nación los principios y soluciones que aseguraran que en el periodo que seguía a la República de Serbia se desarrollara una democracia con un sistema del tipo parlamentario. Partiendo de eso, los principios y soluciones básicas de la Constitución, en la que se fundaba el sistema constitucional de Serbia, estaban basados sobre estándares característicos de la época en las constituciones europeas. De cualquier manera, la Constitución no regula explícitamente la naturaleza de los mandatos de los representantes en general, incluyendo aquellos de representantes ciudadanos en entidades locales autogobernadas,³⁰¹ sino que el carácter de sus mandatos podía ser sólo deducido indirectamente al analizar ciertas disposiciones constitucionales. La Comisión de Venecia del Consejo Europeo también señaló esta solución en su Opinión No. 405/2006 sobre la Constitución de Serbia, fechada el 19 de marzo de 2007 (CVCE 2007).

³⁰⁰ Ver artículos 16 y 194 de la Constitución de la República de Serbia, bajo los cuales la normatividad internacional aceptada forma parte integral del orden legal de la República de Serbia y se aplica directamente.

³⁰¹ La disposición del artículo 102, párrafo 2, de la Constitución de la República de Serbia fue sumamente controvertida. Según éste “... un representante debe ser libre bajo los términos estipulados por la ley de poner su mandato a disposición del partido político que lo postuló”. Este ordenamiento no puede aplicarse directamente y no regula las condiciones “bajo las cuales este derecho se ejerce, por ejemplo, la libertad de los diputados nacionales”, bajo la Ley electoral de Diputados Nacionales ni bajo la Ley de la Asamblea Nacional (GORS 2010).

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La “renuncia en blanco”...

La República de Serbia se define por su Constitución como un Estado del pueblo serbio y todos los ciudadanos que vivan en él basados en el imperio de la ley y justicia social, principios de democracia civil, derechos humanos y de minorías y libertades, y compromisos con los estándares y valores europeos.

Las disposiciones básicas de la Constitución definen los principios de relevancia para una amplia visión del marco constitucional-legal del sistema parlamentario en la Serbia contemporánea, así como la representación de los ciudadanos en las entidades locales autogobernadas. Estos principios garantizan particularmente:

- Que la soberanía reside en los ciudadanos, quienes la ejercen a través de referéndums, iniciativas populares y representantes electos libremente.
- Que ningún órgano estatal, organización política, grupo o individuo puede usurpar la soberanía de los ciudadanos ni establecer un gobierno en contra de la voluntad expresada libremente de los ciudadanos.
- Que el imperio de la ley es un requisito fundamental para la Constitución basado en los derechos humanos inalienables y ejercido entre otras formas, a través de elecciones libres y directas, garantías constitucionales de derechos humanos y de minorías, separación de los poderes, y una judicatura independiente y observancia de la Ley y Constitución (CRS, artículo 5, párrafo 1, 3 y 4).

Además, los autores de la Constitución establecieron claramente en cuanto a los derechos fundamentales el lugar y papel de los partidos políticos en el orden constitucional y legal de la República de Serbia. La Constitución garantiza y reconoce el papel de los partidos políticos en la conformación democrática de la voluntad política de los ciudadanos, pero al mismo tiempo prohíbe actividades de partidos políticos dirigidos al derrocamiento violento del orden constitucional, la violación de derechos humanos o minorías o la incitación al odio racial, nacional o religioso, y prescribe que los partidos políticos no pueden ejercer el poder directamente o someterlo a su control.

Por otra parte, la Constitución garantiza a cada ciudadano de la República de Serbia en edad y condición de trabajar el derecho a votar y ser votado, al sufragio universal igual en elecciones libres y directas con voto secreto y en persona (CRS, artículo 52). La libertad de pensamiento y expresión también están garantizadas: los ciudadanos de Serbia son libres de buscar, recibir, impartir información e ideas usando el habla, la escritura, el arte o cualquier otra manera. La libertad de expresión puede ser restringida por la ley si es necesario proteger los derechos y fama de otros, para el propósito de mantener la autoridad y la objetividad en la Corte, la protección de la salud pública, la moral de una sociedad democrática, y la seguridad nacional de la República de Serbia (CRS, artículo 46).

La “renuncia en blanco”...

Es importante señalar los principios constitucionales básicos de acuerdo con los que se ejercen todos los derechos humanos y libertades de minorías, incluyendo los derechos electorales y los que garantizan los derechos humanos y las minorías protegidas por la Constitución, así como los derechos humanos y de minorías aceptados generalmente por las reglas de la ley internacional, tratados internacionales y leyes ratificadas son ejercidos directamente; la manera de ejercer esos derechos puede ser prescrita por un estatuto sólo en donde esta explícitamente expresado en la Constitución o si se le requiere para los fines de ejercer un derecho individual debido a su naturaleza, en la que la ley no puede influir de ninguna forma en la sustancia del derecho garantizado y en las disposiciones de derechos humanos y de minorías que son interpretadas como el beneficio de los valores de la sociedad democrática, en cumplimiento con los estándares internacionales válidos de derechos humanos y de minorías, y en la práctica internacional de instituciones que supervisan su implementación; las garantías de derechos humanos inalienables y los derechos humanos en la Constitución, y que sirven para preservar la dignidad humana y el ejercicio de la plena expresión y la igualdad de cada individuo en una sociedad democrática justa y abierta por la Constitución, pueden ser restringidas por la ley sólo donde la Constitución permita esta restricción, y para los propósitos permitidos por la Constitución, en una medida necesaria para alcanzar el principio de constitucionalidad de restricción en una sociedad democrática y sin escudriñar sobre la sustancia del derecho relevante garantizado (CRS, artículos 18 al 20).

Finalmente el poder del Estado está restringido explícitamente en la Constitución por los derechos de los ciudadanos frente a la autoridad provincial y el autogobierno local (CRS, artículo 12, párrafo 1). A diferencia de la gran mayoría de las constituciones, la de la Republica de Serbia propone: primero, establecer explícitamente que los ciudadanos ejerciten su derecho al autogobierno local directamente o a través de sus representantes electos libremente (CRS, artículo 176); segundo, define al cuerpo representativo de las unidades del gobierno local y su composición, así como la manera de elección de sus miembros. Bajo la Constitución, la asamblea es el órgano supremo de autoridad de autogobierno local, y está conformado de concejales locales electos para un periodo de cuatro años, en elecciones directas, por voto secreto, de acuerdo con la ley (CRS, artículo 180).

De las disposiciones antes mencionadas siguen las tareas constitucionales del legislador con una más clara manera de elegir a los concejales —representantes ciudadanos en las asambleas locales de autogobierno—, aunque eso no faculta al parlamento a salirse de las barreras constitucionales en la regulación de este problema. Para evitar que la norma constitucional obligue a la legislatura (Asamblea Nacional) a obedecer la Constitución en el ejercicio de sus funciones sin quedar más que en palabras vacías,

La “renuncia en blanco”...

la Constitución garantiza a la Corte Constitucional la tarea de ser el garante de su observancia y cumplimiento por parte de todos, incluyendo al más alto órgano representativo de la nación, el brazo legislativo del gobierno.

IV. LA RESTRICCIÓN DEL MANDATO DE LOS CONCEJALES EN LA LEY DE ELECCIONES LOCALES. “ACUERDO” Y “RENUNCIA EN BLANCO”

Durante el proceso de armonización de la ley de elecciones locales de la República de Serbia, en vigor desde 2007, y con la nueva Constitución y la ley internacional aceptada, además de definir más de cerca el proceso de elección y términos de mandatos de representantes locales, por primera vez, como práctica nacional, dispuso lo siguiente:

- a) Establecimiento de una relación legal específica entre el concejal —representante ciudadano electo— y el responsable de la lista electoral —los partidos políticos o coaliciones de partidos políticos de cuya lista fue electo el concejo local—.
- b) Introdujo el concepto de “renuncia en blanco”. Bajo el artículo 47 de la citada ley, que ya no está en vigencia por una decisión de la Corte Constitucional (IU No. 52/08, 2010), se había estipulado:
 1. Que el responsable de la lista electoral y el candidato para concejal o el concejal podrán llegar a un acuerdo para regular sus relaciones mutuas y dar derecho al responsable de la lista electoral de presentar en el nombre de ese concejal, la renuncia del concejal a sus funciones en la asamblea de la unidad de autogobierno local.
 2. Que en el proceso de conclusión del acuerdo mencionado, el candidato a concejal o el concejal pase al responsable su renuncia en blanco y que esto será parte del acuerdo.
 3. Que la renuncia en blanco será definida como un “documento que contiene una declaración del candidato al concejal o del concejal, que él o ella presenta su renuncia a la función de concejal en la asamblea de la unidad de autogobierno local, así como una autorización al responsable de la lista electoral para entregar la renuncia en nombre del concejal al presidente de la asamblea de la unidad de autogobierno local.
 4. Con base en dicho acuerdo, el responsable de la lista electoral adquiere el derecho de tener a su entera disposición el mando del concejal con quien haya cerrado el acuerdo, y a decidir el momento para hacerlo.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La “renuncia en blanco”...

5. La renuncia y la autorización dadas a la renuncia en blanco serán irrevocables.
6. El concejal, quien ha sometido su renuncia en blanco, podría participar en el trabajo y toma de decisiones de la asamblea del autogobierno local y ejercitar todos los derechos inherentes a la función del concejal, hasta el momento que la asamblea de la unidad de gobierno local determine la terminación de su mandato con base en la renuncia, en su nombre, por el responsable de la lista electoral, esto es, el partido político.
7. Los acuerdos serían hechos de forma escrita y las renunciaciones en ellos, así como la firma de la renuncia en blanco, serían certificadas en conformidad con la ley que regule la certificación de firmas.
8. Los acuerdos y las firmas serán sujetos de pago de una cuota de verificación cuyo monto estará determinado por el funcionario a cargo de asuntos jurídicos.

Se desprende de lo anterior que el legislador estableció una relación legal específica entre los representantes de los ciudadanos en autogobiernos locales (asambleas municipales o de la ciudad) y los partidos políticos de cuyas listas hayan sido electos, ya sea antes de que el mandato sea adquirido o al principio del periodo de gestión, mediante un acuerdo cuyo principal objetivo es que el representante ciudadano someta al partido político su renuncia por adelantado y le autorice a “activar” la renuncia en cualquier momento durante el término de la gestión.

Tomando estas disposiciones de la Constitución, la tarea de la Corte Constitucional de Serbia sería evaluar si las disposiciones de la ley están de acuerdo con el marco constitucional, así como las disposiciones de los tratados internacionales ratificados por la República de Serbia. En el procedimiento llevado a cabo con relación a una petición de evaluación de la constitucionalidad del artículo 47 de la Ley Sobre Elecciones Locales, la Corte Constitucional observó las disposiciones desde la perspectiva de cuatro principios constitucionales fundamentales:

- a) El principio de soberanía de los ciudadanos.
- b) El principio del Estado de derecho.
- c) El derecho de los ciudadanos al autogobierno.
- d) El derecho de los ciudadanos a llevar a cabo la elección de sus representantes a las asambleas de autogobierno.

La Corte Constitucional observó la materia de disputa en relación con lo provisto por el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos bajo el cual todos los ciudadanos gozan del derecho y posibilidad, libre de cualquier discriminación o restricciones infundadas, a:

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La “renuncia en blanco”...

a) Participar en la administración de los asuntos públicos, ya sea directamente o por medio de los representantes elegidos libremente.

b) Votar o ser electo en elecciones periódicas genuinas, universales, iguales y con voto secreto, garantizando la libre expresión de la voluntad de los electores (cidcp, artículo 25),³⁰²

Y con relación de las disposiciones del artículo 3 del Protocolo No. 1 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEPDH), revisado de conformidad con el Protocolo Núm. 11, según las cuales los gobiernos firmantes asumen la obligación de organizar elecciones libres con regularidad, con voto secreto, bajo condiciones que garanticen la libre expresión de las opiniones ciudadanas en la elección de cuerpos legislativos.

La Corte Constitucional partió del hecho de que los principios de soberanía ciudadana y estado de derecho contenidos en los artículos 2 y 3 de la Constitución; el derecho de los ciudadanos al autogobierno local garantizado por lo provisto en el artículo 176 de la Constitución, así como el artículo 180, párrafo 3 de la misma, según la cual los concejales son electos en elecciones directas, representan las disposiciones constitucionales fundamentales que regulan la relación entre los ciudadanos con los concejales en las asambleas de las unidades de autogobierno local, y la naturaleza del mandato de un concejal. La Corte concluyó que los principios constitucionales universales contenidos en los artículos 2 y 3 de la Constitución, que determinaban la naturaleza de los mandatos de los diputados, se relacionan directamente con todos los representante populares electos, incluyendo concejales como representantes ciudadanos en las asambleas de las unidades de autogobierno local, y que las disposiciones de los artículos 176 y 180 de la Constitución son disposiciones especiales relacionadas con los representantes libremente electos en las asambleas de las unidades de gobierno local. En opinión de la Corte Constitucional, se desprende de las disposiciones antes mencionadas que los ciudadanos son depositarios de la autoridad soberana, y que ellos también ejercen su derecho al autogobierno a través de representantes libremente elegidos, esto es, concejales en las unidades de autogobierno local que deciden en su nombre y en su interés sobre asuntos de relevancia local.

El derecho de los concejales a representar ciudadanos en las asambleas de autogobierno local no está restringido por la Constitución ni tampoco prevé ésta ninguna posibilidad de restringir un derecho local materializado en elecciones directas por la asamblea de autogobierno local. Además, desde la perspectiva de Corte Constitucional

³⁰² Serbia suscribió la Convención Internacional para los Derechos Civiles y Políticos el 30 de enero de 1971.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La “renuncia en blanco”...

los concejales gozan de libertad constitucionalmente garantizada y la representación de aquellos quienes los han elegido. El libre mandato de los representantes populares es uno de los principios y valores fundamentales sobre los cuales se basa un estado democrático de derecho, y bajo el artículo 1 de la Constitución, la República de Serbia está, entre otras cosas, construida sobre los principios de la democracia civil y comprometida con los principios y valores europeos.

Al introducir el concepto de un acuerdo sobre las bases en las cuales el responsable de una lista electoral adquiere el derecho de tener a su entera disposición el mandato de un concejal, en la perspectiva de la Corte Constitucional, el legislador contempló la esencia del estatus del concejal definido constitucionalmente y el carácter representativo de las unidades de autogobierno local. La Corte fundamentó su conclusión bajo la óptica de que en la Constitución el estatus de concejal se adquiere a través de elecciones ciudadanas directas y que los concejales son libres en el ejercicio de sus funciones y representación ciudadana en las asambleas de autogobierno local. Sin embargo, el mandato libre de los concejales como representantes ciudadanos no significa y ni puede interpretarse como que los concejales gocen de libertad de disponer del mandato de la forma en que lo prevé el controvertido artículo 47 de la ley, sino como la independencia de los concejales de influencias y presiones externas e internas, durante la toma de decisiones en los cuerpos representativos locales.

Teniendo en mente que no existe vínculo elector-concejal fundamentado, constitucional o legalmente, para la duración del mandato de un concejal de una conexión legal en el ejercicio de las funciones de concejal, incluyendo la terminación de mandato (*impeachment*), la Corte Constitucional asumió la visión de que es aún más difícil prever tal vínculo basado legalmente entre un concejal y el responsable de la lista electoral, y tampoco puede la gestión de las funciones de un concejal llevarse a cabo por la voluntad del responsable de una lista electoral.

En la perspectiva de la Corte Constitucional, no proceden derechos ni poderes especiales algunos del responsable de una lista electoral hacia un concejal por el hecho de que el responsable de la lista haya nominado al candidato a concejal de su lista, ni tampoco es posible que el responsable de la lista controle el mandato del concejal. Al introducir el concepto de acuerdo cuya materia es la disposición del mandato del concejal, el legislador revisó indirectamente la naturaleza definida constitucionalmente de un mandato representativo y sacó a la luz un imperativo oculto del concejal, aunque no con relación a aquellos que el concejal representa según la Constitución —los que lo eligieron y le confiaron su mandato— sino con relación al partido político o cualquier otro autorizado para presentar la lista bajo la cual haya sido nominado.

Al evaluar la provisión antes mencionada, la Corte Constitucional partió del hecho de que el mandato es una relación pública legal entre los electores y sus representantes y

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La “renuncia en blanco”...

de que no puede sujetarte a un acuerdo entre un candidato a concejal o un concejal y el responsable de la lista electoral. La naturaleza de un mandato representativo no permite que su ejercicio se sujete al acto legal citado. Por ello, la función de un concejal en una asamblea municipal en la República de Serbia es pública, y la realiza sobre la base de haber sido electo por ciudadanos. La Constitución no da ninguna posibilidad al concejal de controlar el derecho de ejercer su función al transferir ese derecho a un tercero, esto es, al responsable de la lista electoral. Dada su naturaleza legal, tal acuerdo se regiría bajo el derecho privado y un mandato, como expresión de una relación pública legal, no puede sujetarse a dicho tipo de acuerdo.

El sujeto de tal acuerdo es contrario al orden público, esto es, contraviene la prohibición fundamental de la Constitución sobre la soberanía de los ciudadanos, el Estado de Derecho y el derecho de los ciudadanos al autogobierno local y a la elección directa de sus representantes. Como tal, es legalmente inviable.

Además de lo dicho, el precepto de renuncia en blanco contenido en el artículo 47 de la mencionada ley, sobre las bases en las que el firmante de una renuncia en blanco transfiere autoridad al presentar su renuncia al responsable de una lista electoral, y éste decide de manera autónoma si es que se debe aceptar y cuándo la autorización para renunciar en el nombre del concejal, está, desde la perspectiva de la Corte, en desacuerdo con el principio legal básico de que una declaración de la voluntad de renunciar debería corresponder a la voluntad real del servidor público en funciones, y tampoco cumple con la provisión constitucional de que un cargo público puede ser concluido por la petición personal de quien lo detenta.

La Corte Constitucional asume la postura de que la función del concejal, como la de cualquier otro funcionario público, se puede siempre determinar a voluntad de su tenedor, pero que ésta debe corresponder con la voluntad verdadera del concejal en el momento de presentar su renuncia y que debe ser expresada libremente. En una situación donde otorgar una renuncia en blanco a disposición de alguien más pueda representar una condicionante para que alguien sea dominado y en donde el responsable de una lista electoral decide de manera autónoma si procede y cuándo activar una renuncia en blanco firmada por adelantado, la Corte Constitucional asumió la postura de que tal renuncia no representa un acto de libre albedrío del concejal sino justo lo opuesto (Stojanovic 1999).

Las disposiciones del artículo 47 de la citada ley, desde la postura de la Corte Constitucional, no cumplían con la prohibición constitucional del ejercicio del poder directo de los partidos políticos, ni con el veto de someterlos a su control. La ley autoriza a los partidos políticos a presentar listas electorales, y en la práctica es una regla que ellos sean los únicos que las presenten.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La “renuncia en blanco”...

Sin embargo, desde la perspectiva de la Corte Constitucional, el derecho a nombrar candidatos a las listas electorales no permite la provisión de instrumentos para la responsabilidad de un concejal hacia el responsable de una lista electoral como lo prevén las disposiciones antes mencionadas de la ley. De esta ley se desprende que un partido político que adquiere el derecho de tener el mandato de sus concejales a disposición sobre el fundamento de acuerdos podría siempre decidir separar a los concejales de sus mandatos ante su posible “desobediencia” a las órdenes del partido y remplazarlos con otros funcionarios.

De esta manera, los partidos políticos podrían alterar la composición de las asambleas de autogobierno local sin ningún control, por lo tanto, influenciando el proceso de votación y de decisiones, el funcionamiento de todo el cuerpo, además de otros órganos de autoridades y cargos electos o designados por la asamblea. Al garantizar el poder político a los partidos políticos de disponer de los mandatos de sus concejales se crea la posibilidad de que ellos tomen el control total en la esfera local —en contra del mandato constitucional— al aplicar las disposiciones del artículo 47 y al asumir el papel del electorado, es decir, los representantes ciudadanos mismos. Por esta razón, la Corte Constitucional concluyó que las controvertidas disposiciones del artículo 47 de la Ley de Partidos Políticos les otorgaban a los partidos poderes que violaban el marco constitucionalmente definido para su actividad.

La Corte Constitucional también determinó que en las disposiciones antes mencionadas del artículo 47 de la ley, de acuerdo con las cuales un responsable de una lista electoral puede, al tener el mandato de un concejal a su disposición, también decidir sobre la duración del encargo del concejal, esto es, la terminación del mandato. El legislador también restringió el derecho electoral de un ciudadano a ser electo y a gozar del mandato adquirido en las elecciones sin ninguna restricción, un derecho garantizado por las disposiciones del artículo 52 de la Constitución, artículo 25 inciso b, del Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos; del artículo 3 del Protocolo Número I de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Desde la perspectiva de la Corte Constitucional, el derecho de los ciudadanos a ser electos, también establecido por los tratados internacionales, implica un derecho a mantener los mandatos de sus representantes y a disfrutar de ellos sin ninguna obstrucción para el periodo al que hayan sido electos, así como garantizar la protección en contra de la privación o terminación del mandato adquirido en las elecciones.

El otorgar a los representantes de las listas electorales el poder de disponer libremente del mandato de sus concejales era una autorización de facto para decidir arbitrariamente sobre la terminación de los mandatos de esos, la Corte Constitucional determinó que el legislador había actuado en contra de la Constitución y los acuerdos

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La “renuncia en blanco”...

constitucionales rectificadas. Más aún dado que la forma de ejercer el derecho electoral puede ser regulada por la ley; desde la perspectiva de la Corte Constitucional, las disposiciones discutidas no contemplan la forma de ejercer ese derecho, sino que en su lugar ensombrecen la esencia misma de este derecho electoral; la Corte Constitucional determinó que las disposiciones controvertidas estaban también en contra de los principios básicos de los derechos y libertades humanos y de las minorías consagrados en la Constitución.

Tomando en consideración el contenido de las controvertidas disposiciones del artículo 47 de la citada ley, esto es la posibilidad de la terminación del mandato de un concejal por haber desobedecido una instrucción emitida por el responsable de la lista electoral, la Corte Constitucional sostuvo la postura de que estas disposiciones también restringían el derecho de libertad de pensamiento y expresión de los concejales, tal como se garantiza en el artículo 46 de la Constitución. Desde la perspectiva de la Corte Constitucional, al ejercitar sus funciones representativas en las asambleas locales de gobierno, el concejal debe ser libre de expresar sus opiniones, es decir, de hablar y votar de acuerdo con sus convicciones. La libertad de pensamiento y expresión es relevante para todos los ciudadanos, pero esta libertad garantizada constitucionalmente es de especial importancia para los representantes ciudadanos electos, pues ellos representan a esos ciudadanos y sus intereses en las asambleas. El legislador ha protegido esta libertad más allá al establecer una regla de inmunidad de los concejales como lo dicta el artículo 37 de la Ley de Autogobierno Local. Aunque es un derecho de los concejales, en su función de representante popular, el no llamar a cuentas por opiniones expresadas en la Asamblea, es un principio universal aceptado bajo las controvertidas disposiciones del artículo 47 de la citada ley, los concejales podrían siempre ser llamados a cuenta, y sus renunciaciones en blanco podrían ser activadas si votan o hablan en contra de la postura o de una instrucción recibida del partido de cuyas listas han sido electos, de esta manera, en la perspectiva de la Corte Constitucional, la libertad constitucionalmente garantizada de pensamiento y expresión de los concejales, en su función de representantes ciudadanos electos, en las unidades de autogobierno local, se restringió en un grado significativo. En otras palabras, las controvertidas disposiciones abrogaron uno de las precondiciones básicas de un mandato libre que los representantes ciudadanos electos directamente pueden, durante su gestión, de expresar libremente sus opiniones y votar de igual manera en el cuerpo representativo para el que fueron electos, sin ningún temor de perder sus mandatos como resultado de estas acciones.

La Corte Constitucional adoptó su postura sobre el estatus legal de los concejales y el carácter del mandato de un concejal en sus resoluciones IU-66/02, IU-201/03 e

La “renuncia en blanco”...

IU-249/03, sopesando la conformidad de las disposiciones particulares de la Ley sobre Autogobierno Local y la Ley sobre Elecciones Locales con la Constitución de 1990. En aquellas ocasiones la Corte Constitucional sostuvo la postura de que un candidato a concejal adquiere el estatus de concejal al ser electo directamente por los ciudadanos y que los concejales gozan de una libertad garantizada constitucionalmente de representar a aquellos quienes los eligieron.

Al decidir sobre la constitucionalidad de las disposiciones del artículo 47 de la Ley de Elecciones Locales, la Corte Constitucional también tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), en particular en el caso *Gaulieder vs. Eslovaquia*, y en la práctica de la CEDH de acuerdo con la cual el derecho a elecciones libres garantizado por el artículo 3 del Protocolo número 1 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, implica el derecho individual de los ciudadanos a ser electos, y una vez electos, a ser miembros del parlamento.

V. CONCLUSIONES

Dejando fuera de la discusión el derecho de cada funcionario público, incluyendo a los representantes ciudadanos electos directamente (locales) a terminar sus mandatos en contra de su propia voluntad —renunciando— la Corte Constitucional de la República de Serbia reconoció en las disposiciones controvertidas de la Ley de Elecciones Locales que han legalizado “acuerdos” y “renuncias en blanco”, una forma sofisticada de transformar la renuncia de un acto personal de un individuo a una sanción eficiente para reforzar la “disciplina de partidos”. Al sopesar las disposiciones de la ley como contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales relevantes, la Corte Constitucional expresó de nuevo, de manera clara, su posición de que la representación política moderna en Serbia debe estar basada en un mandato representativo libre. De esta manera, de nuevo, después de 5 años, la Corte Constitucional presentó de manera clara su posición, con la cual nuestra práctica parlamentara se ha enfrentado por algunos años, respecto a determinar el carácter de un mandato representativo, la búsqueda de una respuesta a la pregunta de si el futuro de la representación política en Serbia se basa en una intermediación creciente entre los ciudadanos y sus representantes mediante el establecimiento no sólo de vínculos políticos, sino también legales, entre los representantes ciudadanos y sus respectivos partidos políticos, o si el futuro se basa en garantizar un mandato representativo libre enmarcado en los principios de soberanía ciudadana y una clara definición del papel de los partidos políticos al delinear democráticamente la voluntad política de los ciudadanos. Sin embargo, independientemente de la decisión de la Corte Constitu-

cional, estos debates continuarán por largo tiempo en este país, hasta que el mandato de los representantes populares esté claramente definido por la Constitución, evitando así que el legislador y los partidos políticos parlamentarios pongan a debate la palabra de los autores de la Constitución, al interpretar normas constitucionales.

VI. FUENTES CONSULTADAS

- Beyme, K.V., 2000. *Parliamentary democracy: Democratization, Destabilization, Reconsolidation, 1789-1999*. London: Macmillan Press.
- CVCE. Comisión de Venecia del Consejo Europeo. 2007. *Opinión sobre la Constitución de Serbia*, No. 405/2006 del 19 de marzo de 2007, disponible en: [http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD\(2007\)004-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.pdf) (Consultado el 12 de octubre de 2010).
- CEPDH. Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. 1952. Opened for signature on 20 March 1952, entered into force on 18 May 1954.
- CEPDH. Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. 1994. *Protocolo No. 11*. Firmado el 11 de mayo de 1994, entró en vigor el 1º de noviembre de 1998.
- CIDCP. Convención Internacional para los Derechos Civiles y Políticos, artículo 25
- Decision of the Constitutional Court of Serbia. 2010. IU No. 52/08. Belgrado: Official Gazette of the RS 34/10.
- GORS. Gaceta Oficial de la RS (1999 y 2001) *Ley sobre Autogobiernos Locales*. Belgrado: Official Gazette of the RS 49/99 and 27/01.
- GORS. Gaceta Oficial de la RS (2002) *Ley de Elecciones Locales*. Belgrado: Gaceta Oficial de la RS 33/02.
- GORS. Gaceta Oficial de la RS (2006) *Constitución de la República de Serbia*. Belgrado. Gaceta Oficial de la RS 98/06.
- GORS. Gaceta Oficial de la RS (2007) *Ley sobre Elecciones Locales*. Belgrado: Gaceta Oficial de la RS 129/07.
- Gaulieder v Slovakia*. 1997. Corte Europea para los Derechos Humanos, No. 36909/97 [en línea], disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=Gaulieder%20%20slovakia&sessionid=73616992&skin=hudoc-en> (Consultado el 6 de noviembre de 2010).
- Nenadić, B., 2007. *Sur le mandat parlementaire: Exemple de la Serbie* [en línea], Disponible en: <http://www.enelsyn.gr/papers/w3/Paper%20by%20Dr%20Bosa%20%20Nenadic.pdf> (Consultado el 30 November 2010).
- Nenadić, B., 2008. O parlamentarnom mandatu: primer Republike Srbije. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Vol. LVI (1), pp. 6 et al.

Mesa I. Sistemas electorales y principios constitucionales

La “renuncia en blanco”...

ONU. Organización de las Naciones Unidas. Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos firmado el 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976.