

Sistemas electorales y jurisdicción constitucional en América Latina. Algunas experiencias comparadas¹

Electoral systems and constitutional jurisdiction in Latin America. Some comparative experiences

DIETER NOHLEN

Universidad de Heidelberg, Alemania

CÓMO CITAR ESTE TRABAJO / HOW TO CITE THIS PAPER

NOHLEN, D. (2017). Sistemas electorales y jurisdicción constitucional en América Latina. Algunas experiencias comparadas. *Política y Gobernanza. Revista de Investigaciones y Análisis Político*, 1: 5-29.

1 Texto base de la conferencia pronunciada en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, el día 10 de febrero de 2017. Versión ampliada sobre todo en la segunda parte.

Resumen

En este trabajo se realiza el análisis de los sistemas electorales entendidos como el gran desafío de la ciencia política, hasta el punto de considerarlos como la rama más relevante de esta disciplina. El papel y funciones atribuidos a la jurisdicción constitucional en materia de los sistemas electorales, tanto en Alemania como en América Latina, constituyen uno de los ejes centrales de estudio de este trabajo. Para ello el autor se encomienda a un profundo análisis y estudio de la práctica de los sistemas electorales y de las funciones que estos cumplen y deben cumplir. La recomendación que se nos efectúa en este trabajo se centra en la toma en consideración de todas las funciones consideradas, sin priorizar ninguna. Para ello será necesario obtener una concepción equilibrada o de “balance”, en expresión del autor, para un pronunciamiento constitucional en el orden jurisdiccional. Solo así, las jurisdicciones constitucionales podrán conjugar las necesarias variables funcionales, y de contexto, que tanto han marcado la mayor parte de las controversias sobre este campo.

Palabras Clave: sistemas electorales; América Latina; variables funcionales; variables de contexto.

Abstract

This paper analyses electoral systems as the great challenge of political science, up to the point of considering them the most important branch of the field. One of the central themes analyzed in this project is the role and functions attributed to the constitutional jurisdiction of electoral systems in both Germany and Latin America. For this purpose, the author develops a thorough analysis and study of the different electoral systems and the functions that they must comply with and fulfill. The recommendation that is carried out in this work focuses on all possible roles, without prioritizing any. This will require a notion of “balance”, in the words of the author, when considering a constitutional ruling on the judicial order. Constitutional jurisdictions may only then combine the necessary variables, both functional and contextual, that have marked most of the controversies in this field.

Keywords: electoral systems; Latin America; functional variables; contextual variables.

Correspondencia / Correspondence

Dieter Nohlen
 Dieter.Nohlen@urz.uni-heidelberg.de
 Universitaet HeidelbergInstitut fuer Politische
 WissenschaftBergheimerstr. 5869115
 Heidelberg

Conflicto de Intereses / Competing interest

El autor declara que no existe conflicto de intereses.

Recibido / Received

22.09.2016

Revisado / Review

23.04.2017

Aceptado / Accepted

05.06.2017

El sistema electoral sigue siendo un tema de alto interés político. Sin exageración normativa, la forma como se eligen autoridades públicas es considerada una de las instituciones más importantes de la democracia moderna; y la reforma política equivale o se reduce en muchos discursos políticos a la reforma del sistema electoral. Al mismo tiempo, el sistema electoral continúa siendo un gran desafío para la ciencia política, pues permanecen varias debilidades, sobre todo, conceptuales y clasificatorias. En la medida que el sistema electoral ha evolucionado hacia constituir un creciente objeto de jurisdicción constitucional, este desafío atañe también al derecho constitucional, pues el juez electoral o constitucional requiere de un conocimiento de la sistemática electoral para bien cumplir con su función, de tomar decisiones en controversias sobre sistemas electorales, a veces en condiciones en que no existen normas constitucionales o legales claras en las que sostenerse.

En mi ensayo me voy a referir en la primera parte al análisis de los sistemas electorales, a estas debilidades y retos en su investigación, como lo hizo Arend Lijphart hace 30 años, en 1984, sin expedir entonces a la rama electoral de la ciencia política un buen certificado. El énfasis está en mi experiencia científica en este campo, alcanzada durante más de cincuenta años, y en mi enseñanza que me gustaría transmitir. En la segunda parte, me dedicaré a la jurisdicción constitucional principalmente en materia de los sistemas electorales, empezando con el Tribunal Constitucional Federal alemán y continuando con Tribunales Constitucionales y/o Electorales en América Latina. Terminaré con algunas observaciones sobre el rol del juez en la evaluación y la reforma de los sistemas electorales.

1. Reflexiones conceptuales sobre sistemas electorales

A pesar del enorme avance cuantitativo de la materia a nivel mundial y regional, no se han logrado progresos sustanciales en relación a conceptos y criterios de clasificación comunes en las investigaciones sobre los sistemas electorales, sean estas tratadas monográfica- o comparativamente. En América Latina se prioriza el planteamiento monográfico. Cuando paso por estas latitudes, a mí me piden casi siempre comparar, correspondiendo así al planteamiento que yo profeso. Son dos clases de análisis, que no deberían entenderse como de oposición; al contrario, lo monográfico y lo comparativo se encuentran en una íntima interrelación. La comparación se nutre de los estudios monográficos y la calidad de ellos depende del saber y sabor comparativo. Es por eso que fomento la comparación, acompañado de la tesis de que quien conoce solo su propio país, el sistema electoral nacional y su historia, no lo conoce bien. Sin comparar, faltan fácilmente los criterios para juzgar sobre sistemas electorales.

Otro énfasis que doy es a los conceptos, a la precisión conceptual (Nohlen, 2013). En América Latina, el concepto de sistema electoral varía entre un sentido restringido y otro amplio, a lo que he llamado tantas veces la atención, sugiriendo definirlo en sentido restringido como el modo de expresar una preferencia política a través del voto y de convertir esos votos en escaños parlamentarios o cargos públicos. Es el sentido ampliamente consentido en Ciencia Política, objeto de varios libros míos a lo largo de cuatro decenios, el primero en castellano sobre “Sistemas electorales del mundo” (Nohlen, 1981) y el último sobre “Gramática de los sistemas electorales” (Nohlen, 2015a). En contraste, en los debates en América Latina, este concepto se mezcla a menudo con el de sentido amplio que se refiere a todo el engranaje institucional y jurisdiccional del proceso electoral.² La diferenciación no significa desatender científicamente el objeto amplio, “como hemos demostrado al elaborar, junto a muchos colegas, el Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina (Nohlen, Picado y Zovatto, 1998). El Nuevo Tratado se encuentra en preparación. Además, la gran mayoría de las quejas de constitucionalidad de las que tienen que ocuparse los Tribunales Constitucionales se ubican en este objeto amplio de sistema electoral.³ Y en mi ponencia sobre “Instituciones políticas, reformas electorales y calidad de la democracia”, recién impartida en el XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (Nohlen, 2016), me he referido también a sistemas electorales en el sentido amplio.

De igual manera, para poder entender los sistemas electorales en su funcionamiento, he insistido repetidamente en reunir datos integrales y de importancia sistémica de los sistemas electorales, esto es en relación a las circunscripciones (y su tamaño), los modos de candidatura (individual o de lista) y de votación (personal o de partido), fórmulas de conversión de votos en escaños y barreras legales. Sin embargo, en América Latina, se sigue subestimando la importancia de los elementos que componen un sistema electoral. Se escogen elementos que a veces no permiten una comprensión de cómo funciona el sistema referido. Es

2 El caso conceptual extremo de este sentido amplio, incluso constitucional- y legalmente establecido, lo representa Perú. La Constitución de 1993 (Art. 176 y 177) y la Ley Orgánica de Elecciones de 1993 (No. 26859), Art. 1 y 2, definen: “El Sistema Electoral está conformado por el Jurado Nacional de Elecciones, la Oficina Nacional de Procesos Electorales y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Actúan con autonomía y mantienen entre sí relación de coordinación, de acuerdo con sus atribuciones” (Const. Art. 177, Ley Orgánica de Elecciones, Art. 1). “El Sistema Electoral tiene como finalidad asegurar que las votaciones y los escrutinios traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos, y sean el reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa y secreta” (Const. Art. 176, Ley Orgánica de Elecciones, Art. 2). Este cambio de sentido del concepto me hizo impartir una conferencia en el Perú en los noventa sobre sistemas electorales bajo el título: Distritos electorales: Efectos y criterios de evaluación, ver Nohlen, 1999.

3 Esto se confirma también a nivel interamericano, ver Orozco Henríquez, 2015.

usual hablar de la representación proporcional, se cita la respectiva disposición constitucional, el principio proporcional que debe informar el sistema electoral. Sin embargo, sin descripción de los componentes de tales sistemas de representación, no se puede certificar de qué tipo de sistema electoral en concreto se trata. La cuestión de la clasificación influye, como vamos a ver más tarde, en la resolución jurídica de conflictos en reacción a los actores políticos interesados.

En esta situación de incertidumbre, en la que no está claro a qué se refiere el principio proporcional, es necesario servirse del medio de la diferenciación, siempre útil en el proceso de conocimiento. ¿Cuáles son los modos de comprensión del fenómeno? El principio proporcional al igual que su contrapartida, el principio mayoritario, puede ser entendido como principio de representación y como principio de decisión. Como principio de representación centra la atención en la composición del parlamento y mide si los partidos políticos logran un porcentaje de escaños más o menos equivalente al porcentaje de votos que alcanzaron en los comicios. Como principio de decisión, o regla decisoria, constituye aquel criterio por el cual se toma una decisión sobre quienes van a ocupar los escaños o cargos públicos. En el nivel más alto de abstracción, la regla decisoria puede ser de mayoría o de proporción (esta última solo en órganos plurinominales); en un nivel más bajo, puede expresarse, en el ámbito mayoritario, en forma de diferentes mayorías requeridas (absoluta, relativa, de dos tercios), en el ámbito proporcional por diferentes fórmulas proporcionales, por ejemplo, D'Hondt (llamado también cifra repartidora) y el cociente electoral natural (llamado también Hare). Estas distinciones permiten diferenciar y clasificar los sistemas electorales con mayor claridad.

Ahora bien: en América Latina, en la constitución, la legislación y en el discurso político-electoral, el concepto de representación proporcional se refiere a veces al principio de representación, a veces al principio de decisión, a veces incluso a la fórmula matemática que se aplica para transferir votos en escaños.⁴ Entendido como principio decisorio, queda totalmente fuera de atención el efecto que tal sistema ejerce sobre el grado de proporcionalidad de los resultados que logran los sistemas electorales debido a la interacción de todos sus elementos, o sea, si el sistema electoral cumple con el principio de representación proporcional en cuanto principio de representación. En la región predomina – acorde con el desarrollo histórico de las reformas electorales de hace decenios – esta comprensión de la representación proporcional como principio de decisión. Al introducir la llamada representación proporcional en los años

4 Es el caso de Perú, donde la Ley Orgánica de Elecciones en su artículo 21 determina que “se aplica el método de la cifra repartidora” en las elecciones parlamentarias. Más adelante, en el artículo 29, se da por entender, que el tipo de sistemas electorales es el de “representación de las minorías”, clasificación en general ausente en los análisis del sistema electoral peruano.

treinta y cuarenta, se cambió solo la regla decisoria dentro de las circunscripciones plurinominales existentes, sustituyendo la mayoritaria por la proporcional –con la gran excepción de Uruguay, donde se entendió la representación proporcional como principio de representación, resultando allí un tipo puro de representación proporcional, llamado en la propia Constitución (Art. 77.3) “representación proporcional integral”⁵-. De este modo, al no diferenciar entre ambos sentidos de representación proporcional, no interesaban los factores que condicionan la proporcionalidad entre votos y escaños dentro de las circunscripciones así como a nivel nacional, en otras palabras en la composición partidaria del parlamento, dependiente al máximo de la magnitud de las circunscripciones electorales. Dado que tampoco se diferencia bien entre sistema de representación proporcional y sistema de “representación de minorías”, como está establecido en las Constituciones de Costa Rica (Art. 95.6), de Nicaragua (Art. 33) y de Perú (Art. 29), tampoco se percibe que este tipo de sistema de representación da más margen a la desproporcionalidad entre votos y escaños.

Respecto al cambio sólo del principio de decisión al introducir la llamada representación proporcional, el caso de Ecuador es muy llamativo dado que allí en parte ni siquiera se cambió el principio de decisión, dado que en concurrencia con los métodos de Webster y D’Hondt aplicados para la distribución proporcional de los escaños a los partidos a nivel de las circunscripciones, los electores cuentan con tantos votos como diputados a elegir en una circunscripción, y entre los candidatos ganan los más votados, es decir, se aplica el principio de decisión por mayoría. Mientras que la Constitución prescribe al legislador orgánico un sistema de representación proporcional, el sistema vigente dispone empíricamente de un alto número de circunscripciones pequeñas (33 de 35) que -en palabras de Richard Ortiz Ortiz (2016) - “tiene un efecto reductivo muy pronunciado y una considerable desproporcionalidad en la relación votos-escaños”. Así no se puede cumplir con las expectativas constitucionales de representación proporcional. No obstante, la mayoría de los estudios sobre el sistema ecuatoriano lo describe y clasifica como sistema proporcional.

Otro ejemplo paradigmático lo constituye Panamá, cuya Constitución política en su artículo 147 ordena: “Habrá circuitos uninominales y plurinominales, garantizándose el principio de la proporcionalidad”. Empíricamente hay 26 circunscripciones uninominales y trece plurinominales, cuyos tamaños se distribuyen así: cuatro binominales, cuatro trinominales, dos de cuatro escaños, dos de cinco escaños y una de siete escaños. En un reciente análisis del sistema se habla de que las curules se distribuyen mediante un sistema mixto de representación proporcional basado en el sistema Hare. Por la mezcla de categorías,

5 Aunque este sistema tampoco excluye que se convierten mayorías relativas en mayorías absolutas, como señalan y problematizan García Costa y González Rissotto, 2013.

la citada calificación del sistema panameño parece poco feliz. Obviamente, la distritación no permite la representación proporcional en el sentido del principio de representación proporcional.

Así, en comparación internacional, América Latina destaca no tanto por sistemas electorales de representación proporcional, sino por la enorme proporción de circunscripciones pequeñas en ellos, en las que se aplica el principio de decisión proporcional, sin que haya una compensación proporcional a nivel nacional, sin que se realice representación proporcional en la composición del parlamento. Lo que existe en el mejor de los casos es una lista nacional adicional, concretamente en Ecuador, Guatemala, Nicaragua y República Dominicana, sin función de compensación proporcional. Ahora bien: si las constituciones latinoamericanas provén la proporcionalidad, y no se aclara, en qué sentido, como principio de representación o principio de decisión, y los sistemas electorales vigentes, por su propio diseño, muestran altos efectos mayoritarios, hasta poder definirlos y clasificarlos como mayoritarios, el juez constitucional puede encontrar serios problemas, cuando le llaman a hacer valer los requisitos del derecho constitucional en caso de conflictos.

Hay autores muy citados que definen las categorías básicas de sistemas electorales según el tipo de circunscripciones: si son uninominales, se trata de sistemas mayoritarios; si son plurinominales, se trata de sistemas de representación proporcional. Si hay uninominales y plurinominales al mismo tiempo, el sistema es mixto (Sartori, 2003). Sin embargo, focalizarse en un solo elemento técnico para la clasificación de los sistemas electorales puede conducir fácilmente al error. Se tiene que tomar en cuenta, cómo interactúan las circunscripciones con otros elementos técnicos de un sistema electoral, por ejemplo el tipo de lista, la personalización del voto y la mezcla de reglas de decisión en un mismo sistema.

En realidad, más allá de sistemas puros de representación por mayoría (todas las circunscripciones son uninominales) y de representación proporcional (los escaños se distribuyen a nivel nacional), enfrentamos sistemas combinados en los que, el diverso tamaño de las circunscripciones puede tener mayor o menor importancia en combinación con otros componentes del sistema electoral (por ejemplo la existencia o no de escaños compensatorios, o el proceso de adjudicación de los escaños escalonadamente de lo nacional a lo distrital o al revés) y, por tanto, ejercer efectos más mayoritarios o más proporcionales según el caso, estos a su vez especialmente influidos por factores sociológicos como la distribución regional de las preferencias políticas y el comportamiento electoral. Limitarse a la magnitud de las circunscripciones y a su posible combinación parece demasiado sencillo para captar lo específico de un sistema electoral y de la interacción con su entorno, para poder clasificarlo y evaluarlo.

2. Miradas a los modelos de sistema electoral y jurisdicción constitucional en Alemania

Un buen ejemplo es el tan referido sistema electoral alemán. En América Latina, se sigue clasificándolo como “mixto”, por el énfasis que se hace en la adjudicación de la mitad de los escaños en circunscripciones uninominales y de la otra, de manera proporcional, en circunscripciones plurinominales. Se pierde de vista que la distribución de la totalidad de los escaños a los partidos se produce a nivel nacional y que los escaños uninominales de los partidos se restan de los escaños que les corresponden proporcionalmente. Sin duda, el sistema electoral alemán es proporcional, y sostener que es mixto es un buen indicador de la permanente confusión en el quehacer clasificatorio de los sistemas electorales en la Ciencia Política. Es interesante observar que incluso los constitucionalistas fuera de Alemania no reconocen el carácter proporcional del sistema a pesar de la jurisprudencia del poderoso Tribunal Constitucional Federal alemán que, en varias sentencias sobre el sistema electoral para la Dieta Federal (*Bundestag*), ha sostenido el carácter casi puro del sistema alemán. Se puede decir que la clasificación del sistema como proporcional determina la jurisdicción constitucional al respecto.

Antes de indagar, en la segunda parte, la argumentación jurídica de este Tribunal, conviene recordar que este sistema alemán, llamado proporcional-personalizado, ha servido como modelo de reforma en tres países latinoamericanos, en Venezuela, Bolivia, y México. En los dos primeros países, se establecieron circuitos uninominales dentro de circunscripciones plurinominales, sin embargo, sin escrutinio proporcional a nivel nacional que antecede a aquella a nivel territorial inferior, como ocurre en el caso alemán. En Venezuela y Bolivia, todos los escaños se distribuyen a nivel de las circunscripciones. México es un caso diferente, porque en su origen, no era el sistema alemán que sirvió de modelo, sino su percepción equivocada de sistema mixto. En México se implantó un sistema segmentado, en parte mayoritario de 300 circunscripciones uninominales y en parte proporcional de 200 escaños repartidos estos primero a nivel nacional entre los partidos y luego a las listas regionales de partidos en cinco circunscripciones, cada una de 40 escaños. Este sistema mexicano representa una válida alternativa al sistema alemán y parece en cuanto a funciones que cumplir el más balanceado entre los sistemas combinados, aquellos que constan de elementos mayoritarios y proporcionales, cuyas diferentes funciones en un determinado sistema deciden sobre el tipo de sistema electoral.

3. Jurisdicción constitucional

Pasando ahora a la segunda parte de mi ensayo, la jurisdiccional constitucional en materia de los sistemas electorales en su sentido restringido, parece conveniente empezar con el Tribunal Constitucional Federal alemán porque dispone de una larga tradición acerca de los requisitos que el derecho constitucional plantea al respecto, aunque la constitución misma no prescribe ningún sistema electoral y tampoco ningún principio que debe gobernar la representación política.

3.1. La jurisdicción del Tribunal Constitucional Federal alemán

La actividad jurisdiccional del Tribunal Constitucional Federal en materia electoral se basa en la comprensión de la igualdad en el sufragio como caso de aplicación del principio general de igualdad, tal como lo establece el artículo 3 de la Ley Fundamental. Se juntan, además, otros dos supuestos: la aplicabilidad de los principios del derecho de sufragio en materia de sistemas electorales en su sentido restringido y la idea algo voluntarista de que la representación proporcional de la República Federal tiene que orientarse al ideal de proporcionalidad mostrada en votos en la composición del *Bundestag*. En otras palabras, el sistema electoral no solamente tiene que respetar la igualdad numérica, sino también la igualdad de logro de los votos (Nohlen/Nohlen, 2007; Nohlen, 2015b; Nohlen, 2016).

Mis dudas acerca de esta filosofía se refieren, primero, a nivel teórico, a la comprensión del principio proporcional. La representación proporcional no es un requisito de exactitud matemática, sino una guía general de múltiples posibles aplicaciones en diferentes contextos. Segundo, la igualdad de logro de los votos no es algo que se puede decretar por ley, sino que depende, a nivel empírico, de varios factores fuera del alcance de las reglas electorales. Más sustancialmente, mis dudas se refieren al hecho de que el Tribunal Constitucional Federal sentencia sobre el sistema electoral con criterios emanados del derecho de sufragio. Por este derecho rigen disposiciones uniformes de naturaleza constitucional que se aplican en todas las democracias representativas: el derecho de sufragio tiene que ser universal, igual, directo y secreto, para que pueda ser considerado como democrático. Está sujeto su papel real en todas las democracias constitucionales a examen jurídico continuo. En este sentido, las cuestiones de sufragio son asuntos jurídicos de principio.⁶ Para el sistema electoral, no existen normativas uniformes. El significado y la función de los sistemas electorales, por el contrario, consisten en las diferencias que ellos gene-

6 Para la argumentación en la jurisdicción constitucional a partir de los principios ver Ezquiaga Ganuzas, 2008.

ran mecánica- y psicológicamente en la formación de las preferencias políticas y en la transmisión de estas en escaños parlamentarios. Se ofrecen alternativas entre diferentes sistemas electorales, y las opciones nacionales dependen de las constelaciones de poder; los efectos de los sistemas electorales de determinados contextos. La negligencia de esta diferencia entre principios de derecho de sufragio y funciones del sistema electoral, también portadores de principios, pero diferentes, fomenta la suspicacia de que el Tribunal Constitucional Federal toma decisiones por su cuenta. De verdad, ha obligado al *Bundestag* en 2013 a reformar la ley electoral en función de máxima proporcionalidad en detrimento de otras funciones, y respecto a la elección del contingente alemán del Parlamento Europeo, ha sustituido al legislador alemán por implantar por su sentencia de Febrero de 2014 un sistema electoral sin barrera legal, o sea un sistema proporcional puro, en contra de la voluntad del *Bundestag* democráticamente elegido.

Respecto al valor de logro de los votos, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Austria es particularmente pertinente y relevante. A diferencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, esta Corte redujo el principio de igualdad del sufragio como ha sido tradicionalmente a la igualdad del valor numérico de los votos. En su sentencia que confirma mi postura, dice: „Pedir, además, que cada voto tenga el mismo peso, el mismo beneficio o valor de logro, queda fuera del principio de igualdad de sufragio, fuera incluso del reino de la posibilidad“. La Corte Constitucional austríaca sostiene “qué valor los votos tienen en la distribución de los escaños depende de circunstancias cambiantes y contingentes...El efecto del sufragio igualitario, por tanto, se agota con el recuento de los votos emitidos. El principio de la igualdad del sufragio no tiene ningún efecto sobre los factores que determinan el valor de logro de los votos...” Un comentarista apuntó: “Cuestiones de la igualdad del sufragio... tienen que ser tratados como problemas de la representación proporcional y de las variantes constitucionalmente permisibles” (Poier, 2001: 245).

3.2. La jurisdicción constitucional en América Latina

En América Latina, las sentencias judiciales convencen aún menos. ¿Cuáles son las razones que pueden fundamentar esta generalización?

Una primera razón consiste en el menor desarrollo doctrinal del derecho electoral que se hace notar, por ejemplo, cuando a nivel de la legislación constitucional se juntan los criterios del derecho de sufragio con el del principio proporcional. Así, en el caso de Venezuela, la Constitución de 1999 (Art. 186) dice: se elige “por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional”. En el caso de Ecuador, la Constitución de 2008 (Art. 126) dice: “Para las elecciones plurinominales, la ley establecerá un siste-

ma electoral conforme a los principios de proporcionalidad, igualdad de voto, equidad, paridad y alternabilidad entre mujeres y hombres”. En ambos casos, no se diferencia entre criterios de sufragio vinculados con los derechos políticos y aquellos de representación política vinculados con deseables o deseados efectos políticos y sociológicos. En la medida que ambas esferas confluyen más, es por esperar que se confundan más.

Una segunda razón consiste en la mayor politización de los tribunales electorales, lo que por un lado encaja perfectamente bien en la cultura política predominante en América Latina caracterizada por la tendencia al fraude electoral (Tovar Mendoza, 2016) y a la desconfianza en personas e instituciones. Por otro lado, parece impulsada por la enorme ampliación de las competencias de los órganos de administración y jurisdicción electoral, que hace sugestivo tratar de influir en sus decisiones, contraponiéndose así al propio fortalecimiento de la justicia electoral en el sentido de su mayor independencia y autonomía. Cuando ella no solo es responsable de organizar y controlar el proceso electoral conforme a parámetros del Estado de derecho sino incide también en los partidos políticos, en su vida interna, en su financiación y en las campañas electorales, entonces toma decisiones en un campo políticamente muy sensible. No sorprende que es ampliamente percibido como jugador político mismo, demostrando un propio protagonismo político. Esta tentación se desprende bien cuando funcionarios electorales a veces piensan que merecen en su ejercicio un mandato directo del pueblo, liberándose de los partidos políticos en su nombramiento. Así, la justicia electoral se desenvuelve como objeto de la política, implicando que la renovación personal de su plantel sea de primer orden político, desatendiendo por completo que el servicio electoral consiste en una función de alto estándar profesional y ético en pro de la democracia y su consolidación. El peligro radica en que las resoluciones de la justicia electoral sean percibidas por los actores políticos y por la opinión pública en general como parte de la contienda electoral, involucrando a estos órganos de supuesta imparcialidad en la política misma.

No cabe duda que el mayor desafío de la justicia electoral en América Latina consiste en el mantenimiento de su independencia frente al poder político que en algunos países de América Latina ya no existe. Se puede decir que haber conseguido esta independencia en casi todos los países de la región durante los años noventa, ha sido la precondition necesaria para el desempeño regional positivo de las instituciones de la justicia electoral. Sin embargo, este logro no fue acompañado de la convicción realmente generalizada de que los actores políticos estén subordinados a las reglas. Sigue vigente la idea de que las reglas son disponibles y adaptables a los intereses de los actores políticos. Este pensamiento está insertado en la idea de que el objetivo legitima a los medios que no se dirigen al desarrollo y a la consolidación de la democracia.

Una tercera razón consiste en la creciente *judicialización de la política*, protagonizada por los Tribunales Constitucionales (o las Salas de lo Constitucional) y también por los Tribunales Electorales, que a veces se portan como actores opuestos. Los órganos de justicia electoral quieren a menudo jugar un rol activo, un rol más allá de ser imparcial, tomando parte en la contienda política, dejando de lado el *selfrestraint* judicial, en un ambiente que pierde de vista la sana diferenciación de funciones en un Estado constitucional. Uno de los casos históricamente más llamativos es el de Ecuador en 2006. Los principales actores eran entonces el Presidente y el Congreso Nacional, ambos recién elegidos. La controversia se centró en el proyecto de referéndum sobre la instalación de una asamblea constituyente para “refundar la democracia”, iniciado por el Presidente Rafael Correa, y su propuesta de composición y competencias de tal asamblea. El Congreso Nacional rechazó esta propuesta por mayoría absoluta. En vez de esperar un acuerdo entre ambas instituciones, el Tribunal Supremo Electoral decretó la puesta en marcha del referéndum, pasando por alto la inconstitucionalidad del intento del Presidente de organizar un referéndum en contra de la voluntad del Congreso Nacional, pues lesionaba los artículos 104 y 283 de la Constitución. Con esta decisión el conflicto iba a involucrar plenamente al Tribunal Supremo Electoral en sus siguientes etapas, prácticamente todas inconstitucionales: intento de destitución de su presidente por parte del Congreso Nacional, destitución de 57 diputados, o sea de quienes votaron esta medida, por parte de Tribunal Supremo Electoral (7 de marzo de 2007), medida igualmente inconstitucional, fundamentada en un artículo de la Ley Electoral que se refiere a la destitución de funcionarios en caso de que intervengan indebidamente en un proceso electoral. Lo aplicaron sin vacilar a representantes del pueblo, ejerciendo su mandato, medida que obviamente no está cubierta por este artículo. Así, era correcta la declaración de inconstitucionalidad de la destitución de los diputados por parte del Tribunal Constitucional (27 de abril de 2007), pero la actuación de la policía en pro del Presidente y del Tribunal Supremo Electoral, impidiendo el acceso de los 57 diputados al Congreso Nacional, hizo que esta declaración no tuviera efecto ninguno. Podemos terminar el cuento aquí (Albornoz e Hidalgo, 2007). Por cierto es un caso extremo, en el que ningún actor respetó la Constitución y se impuso el poder fáctico. Sin embargo, se desprende nítidamente el protagonismo político al que aspiró la institución electoral, en contra del parlamento y en contra del Tribunal Constitucional. Es un protagonismo que no le corresponde al Tribunal Supremo Electoral en una democracia constitucional.

No obstante, hay voces preconizando para América Latina una mayor judicialización de la política. En la práctica, parece demostrarse que ella no es la solución a los problemas en cuestión, dado que tiende a coincidir en el marco de la cultura política latinoamericana dialécticamente con mayor politización

de la justicia. Esta interrelación produce una creciente y contradictoria diversidad de normas y su interpretación se realiza acorde con coyunturas políticas.

3.3. Criterios de jurisdicción constitucional y/o electoral

Las anteriores consideraciones generales no deberían malentenderse como fijadas en un único estándar. Llamar la atención a estas tendencias ambivalentes no va en contra de la legítima diversidad de arquitecturas institucionales. Conviene recordar que no existe ningún sistema ideal ni para sistemas electorales ni para sistemas de justicia electoral que debería establecerse en cualquier lugar. El mejor sistema es el que se adapta mejor. Por ejemplo, en el caso de la realización del principio proporcional, la introducción de barreras legales puede convenir o no, porque una representación política tiene que cumplir con varias funciones que varían según el contexto (Nohlen, 2003). No sorprende observar diferencias. Así, mientras que hay una tendencia en la región a introducir barreras legales, en Brasil, el Supremo Tribunal Federal, la prohibió en 2006, recurriendo al principio de igualdad, del tratamiento igualitario de los partidos, establecido en art. 17 de la Constitución. Lo mismo compete a los sistemas de justicia electoral, velados teóricamente por los tribunales constitucionales y/o electorales. Lo que conviene a un país, no conviene a otros. Me gusta citar los casos de Alemania y México, porque contrastan al máximo: a nivel administrativo el mínimo cuidado por la integridad electoral en Alemania, sin que ella resulte empíricamente deficitaria, y el máximo esfuerzo en México, sin que resulte una confianza generalizada en los resultados electorales.

Acorde con estas observaciones, las justificaciones para estas diferencias varían entre los países, y la más importante referencia es el contexto. Sin embargo, parece imprescindible que los diseños institucionales y las prácticas políticas así como las sentencias jurisdiccionales en caso de controversias correspondan a dos principales criterios: la constitución y la teoría de la democracia, o sea la norma y la idea o el valor detrás de la norma. En el quehacer jurisdiccional electoral, es imperioso aplicar criterios que hagan valer el sentido de la democracia, por lo demás de carácter representativo, dado que es la única forma empíricamente comprobada. Es sobre todo imprescindible en el momento en el que la ley no contenga ninguna norma concreta en qué fundamentar una decisión jurisdiccional. El trasfondo natural es que la constitución y la ley electoral no pueden contener reglas que cubran cualquier caso, incluso los imprevisibles en el momento de su legislación. Lo importante entonces es captar el espíritu de la constitución, tomando en cuenta el contexto político en el que se plantea el asunto sin precedente. El sencillo argumento de que todo lo que no esté expresamente prohibido por la Constitución está permitido es una tesis que no hace honor —como vamos a ver más adelante— a los que están llamados a defenderla. Es una invitación a burlar la Constitución en su sentido de Cons-

titución. El juez constitucional y/o electoral tiene que profesar una postura en favor de la democracia, su buen funcionamiento y su profundización en la cultura política del pueblo, y tiene que tomar en cuenta las consecuencias de su decisión en la cultura institucional en la que tiene que sustentarse la forma de gobierno.

3.4. Algunos casos de jurisdicción constitucional y/o electoral en América Latina

En lo que sigue, vamos a indagar cuatro casos, Argentina, Venezuela, El Salvador y Nicaragua. Los primeros tres se refieren al sistema electoral parlamentario, el último a la reelección del presidente. Los ejemplos de Argentina y El Salvador corresponden más bien a la tendencia de judicialización de la política, Venezuela y Nicaragua más decididamente a la de la politización de la administración y justicia electoral por parte de un régimen autoritario, o sea en que ambas tendencias antes señaladas van dialécticamente mano a mano.

3.4.1. Argentina

Un buen ejemplo de cómo el juez electoral puede fallar en el sentido de no aplicar criterios de la democracia representativa, es la decisión de Junio de 2009 de la Cámara Electoral Nacional de Argentina sobre la práctica de candidaturas testimoniales que encabezan las listas cerradas y bloqueadas, allí llamadas listas “sábanas”. Con el término de ‘candidaturas testimoniales’ se alude a las personas que desempeñando cargos públicos se postulan por mandatos parlamentarios pero, en caso de ser elegidos, no ocuparán el escaño representativo. En el fallo de la Cámara Electoral Nacional se consideraron aspectos teóricos muy cuestionables, distinguiendo por ejemplo entre la autenticidad y la sinceridad de la elección: mientras que la primera sería justiciable, la segunda no. Sin embargo, se dejaron de lado consideraciones mucho más relevantes, por ejemplo la distinción entre la constitución escrita y el sentido de una constitución democrática. Se argumentó que el Estado de derecho impide considerar circunstancias más allá del texto escrito. Tampoco se distinguió entre la función de una constitución en relación al estatus que ella atribuye al individuo. La Constitución estipula y protege la libertad del individuo como ciudadano frente al poder, especialmente garantiza todos sus derechos, por ejemplo el derecho a sufragio. Al mismo tiempo, la Constitución limita la libertad del individuo, considerado actor político, candidato, representante, detentador de poder. Este individuo tiene sus márgenes de acción restringidos por el Estado de derecho, la separación de poderes, las reglas del juego democrático y las interpretaciones constitucionales y legales que se dan para que la democracia constitucional representativa funcione bien y se consolide. La limitación de la libertad del individuo se justifica por la protección de la libertad del otro y por sembrar confianza

en la democracia como juego limpio, por desarrollar la cultura democrática y fortalecer el Estado de derecho, entre otros.

En caso de que el juez electoral no esté seguro en los criterios por aplicar, podría consultar tal vez, cómo otros países que hayan legislado en la materia, hayan resuelto problemas similares. En la controversia argentina, el juez hubiera encontrado legislaciones que prescriben que un miembro del poder ejecutivo que se quiere postular por un mandato representativo, tiene que retirarse del puesto ejecutivo cierto tiempo antes de las elecciones, legislación que no sólo se justifica por la debida sinceridad de una candidatura, sino también para mantener una cierta equidad de medios en la campaña electoral. Hubiera encontrado normas dirigidas a garantizar la seriedad de una candidatura. Estas precauciones protegen al elector para que no sea defraudado por un individuo o por un partido en su derecho de aportar efectivamente con su voto a la conformación de la representación política del país. La comparación con la legislación y la práctica en el exterior es importante no tanto por encontrar soluciones concretas que podrían tal vez ser transmitidas, sino para familiarizarse con los criterios que han guiado a los legisladores y actores foráneos para proteger al ciudadano elector frente a prácticas electorales poco compatibles con el espíritu de la democracia y el Estado de derecho.

Así, en el debate sobre el fallo en Argentina se dejó casi fuera de atención la consecuencia que ocasionan los candidatos testimoniales en la apreciación del sistema político por parte de los que creen en la democracia. Ya es permanente en Argentina la crítica a las listas cerradas y bloqueadas por llevar como candidatos a gente que nadie conoce, que no cumplen con la necesaria representatividad, dado que estas listas contienen de manera visible para el elector en la boleta electoral sólo a los primeros candidatos. Llenar estos primeros puestos con candidatos que sólo testimonian su adhesión a la lista sin compromiso de cumplir con la confianza depositada en ellos, es simplemente burlar la institución democrática misma. En este sentido, era muy acertada la postura del voto de minoría, firmado por el juez Alberto Dalla Via: “Las llamadas “candidaturas testimoniales”, responden a una idea contraria al vínculo de representación política, en tanto proponen personas que, con anticipación anuncian que integrarán las listas para prestigiarlas con sus nombres y carreras políticas, pero que no accederán a los cargos a los que se postulan para conservar los que desempeñan en la actualidad. De ese modo, el vínculo entre representante y representado queda disuelto al proponerse una “oferta electoral” que se anuncia de antemano que no se va a cumplir, conformando una proposición vacía de contenido. Por lo tanto, tales candidaturas son manifiestamente inadmisibles ya que “quiebran” el sistema representativo instituido en la Constitución Nacional (arts.1º, 22 y 33 C.N.) debido a que se proponen como candidatos pero no como representantes del pueblo”.

3.4.2. Venezuela

En la República Bolivariana de Venezuela, en 2006, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia justificó aplicar el sistema electoral proporcional-personalizado, en contra del principio de representación proporcional establecido en la Constitución, de manera segmentada, al permitir que los escaños uninominales mayoritarios obtenidos por los partidos, no tendrían que restarse de los obtenidos por el voto proporcional (el voto de lista). El sistema combinado de tipo alemán se había introducido en 1989 (Nohlen, 2004: 410 y sig.). En un poco más de la mitad de los mandatos se eligieron en circuitos electorales, lo que no rompió con la proporcionalidad, dado que para la composición total del parlamento era decisivo el porcentaje de votos de los partidos a nivel de las circunscripciones plurinominales. Este sistema quedó prácticamente inalterado en el proceso de elaboración de la nueva Magna Carta del año 1999 (Molina y Thibaut, 2005). Precisamente, la Constitución de 1999 otorgó rango constitucional a la personalización del voto y a la representación proporcional, o sea a ambos elementos constituyentes de un sistema combinado. Respecto a la manera de su combinación, la Exposición de Motivos de la Constitución dejó bien claro que la personalización del voto “debe conciliarse con el principio de la representación proporcional, requerido para obtener órganos conformados de manera plural, en representación de las diferentes preferencias electorales del pueblo”. Sin embargo, las fuerzas vivas del país empezaron a interpretar y usar el sistema como más les convenía en la lucha por el poder. La puerta de entrada para estas maniobras fue el voto doble. Se presentaron candidatos para los escaños uninominales, llamados “morochas”, no vinculados con ninguna lista de partido, pero adictos a una misma corriente política, para doblar su fuerza parlamentaria, evitando el mecanismo de compensación proporcional. El conflicto ocurrió, cuando las fuerzas gobiernistas utilizaron el sistema de postulación “las morochas” de forma masiva en las elecciones de diciembre de 2005 con la perspectiva de diezmar a la oposición. Entonces, la oposición denunció la práctica como fraudulenta y su infructuoso intento de hacerla prohibir motivó su retirada de las elecciones (Molina, 2005). Su posterior recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia tampoco resultó. La Sala Constitucional de la Corte no encontró, como se lee en la Sentencia No. 74 del 25-1-2006, “pruebas, alegatos o argumentos que permitieran evidenciar la contradicción entre el mecanismo de postulación denominado “las morochas” y las normas superiores constitucionales”. En detalle, la Sala declaró primero que el mecanismo de “las morochas” no se encuentra prohibido ni por la Constitución ni por el resto del ordenamiento jurídico. Concluía, segundo, que lo que no esté prohibido, no puede estar en contra de la ley. Este argumento ya peca de ser muy dudoso, pues no parece lícito traspasar un concepto del derecho penal al derecho cons-

titucional. En este ámbito, no se regula todo por ley. Sin embargo, a menudo se definen sus principios, a veces en la declaración de motivos de la Constitución, a los que tienen que acomodarse las leyes y las prácticas para no ser declarados inconstitucionales en caso de que se objete la falta de tal concordancia. Así, una conducta o un procedimiento obviamente pueden ser inconstitucionales aunque no existiera una ley que los prohibiera. Por lo tanto, la afirmación de la Corte Suprema de Justicia de que la práctica de “las morochas” se encuadra dentro del orden jurídico, no significa más que su Sala Constitucional se resiste a aplicar sanos criterios de derecho constitucional en su juicio sobre una controversia de alcance constitucional.

La sentencia de la Corte se fundamentó en varias otras consideraciones, cada una de ellas muy cuestionable, a veces absurda. Se sostenía, por ejemplo, que el mecanismo de “las morochas” no afecta de ningún modo al principio de representación proporcional, “dado que no proscribire, rechaza, ni niega la representación proporcional”. Pero en realidad, en la distribución de los escaños, se da todo lo contrario, ese mecanismo de candidatura lesiona la norma constitucional de representación proporcional, contradice lo expuesto en la Exposición de Motivos de la Constitución y afecta de la manera más extrema el principio de representación proporcional, pues lo niega, produciendo empíricamente resultados electorales que corresponden al concepto diametralmente opuesto de representación por mayoría. La sentencia hace alusión también a principios que supuestamente apoyan la sentencia, principios que interpreta de forma sesgada o trivial, sin convencer en absoluto – o sólo convence a los que no entiendan de materia electoral. El principio de la libertad, por ejemplo, se realiza con y dentro de una Constitución, no fuera ni contra ella. Ampliar los canales de participación no es expresión por sí del Estado de derecho, pero sí la forma por la que se producen tales reformas.

Hay argumentos, sin embargo, que aclaran el contexto político en el que se ubica la sentencia (Kornblith, 2006). La Corte entendía la personalización del voto en forma de candidatos no conectados con listas como expresión de la democracia participativa, que en el mejor de los casos, citando a Norberto Bobbio (1996: 49 y sig.), “refuerza y profundiza únicamente la democracia representativa”. Suena bien fundamentar la decisión en el derecho de participación y en la democracia participativa: “ideas propias del proceso constituyente e integradoras de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. Sin embargo, con su postura la Corte Suprema de Justicia se alinea incondicionalmente con la transformación de la democracia venezolana de representativa a participativa, que en vez de ampliar y profundizar la democracia representativa implica su sustitución, negando sus principios constitucionales.

Las falacias de la sentencia comentada no deben sorprender, pues ellas emanaban de un tribunal que ya había perdido su independencia. Por destitución

o “jubilación” de los Magistrados que osaron no seguir la línea gubernamental, el gobierno pudo asumir en general un control absoluto de la Corte Suprema de Justicia. Representantes del régimen confesaban francamente que allí “no hay nadie que vaya a actuar contra nosotros” (Brewer-Carías, 2007: 30). La falta de voluntad de los miembros de corresponder a criterios de ética constitucional y profesionalidad quedaba plasmada por el hecho que la justa interpretación de la norma constitucional estaba presente en el debate de la Sala Constitucional, como desvelaba el voto salvado de uno de sus miembros. Este voto decía textualmente: “El propio diseño del sistema por parte del Legislador revela que el principio de representación proporcional –y con él el derecho al sufragio, y, especialmente, al sufragio pasivo– sólo se garantiza a través de su relación indisoluble con el sistema nominal, en el sentido de que se estableció que la adjudicación de la totalidad de los cargos que corresponden a cada agrupación política se hace de conformidad con los cocientes que arroja el método D’Hondt, los cuales se calculan exclusivamente a través de los votos de lista. Si esa relación no fuese indispensable, el sesenta por ciento de los cargos se adjudicaría a los vencedores de los circuitos electorales –que, lógicamente, no podrían superar en número a ese sesenta por ciento- y sólo el cuarenta por ciento de los escaños se adjudicaría a través del Método D’Hondt, que no es el caso venezolano. Es evidente así, que el argumento de la mayoría (de la Sala) es inaceptable en nuestro sistema electoral, no sólo porque es contra *legem*, sino porque implica la separación artificial de los dos elementos (del sistema proporcional personalizado), separación que impide... la garantía de satisfacción de sus principios fundamentales.” El voto disidente insiste correctamente en que la “adjudicación última a los candidatos por lista que fueron postulados por determinada agrupación política, se realiza luego de la deducción o resta del número de candidatos que previamente se adjudicaron de manera uninominal a esa misma agrupación”. Y seguía: “He allí, precisamente, donde se manifiesta la violación al principio de representación proporcional...(:) al momento de dicha adjudicación residual de escaños de la lista, luego de que se completa la adjudicación nominal, no se verifica deducción alguna, porque al tratarse de dos agrupaciones distintas, a la lista de la segunda agrupación se le adjudica la totalidad de escaños, se insiste, sin deducción de los adjudicados nominalmente a la otra”.

Tiene razón el voto de la minoría al considerar “que el Consejo Nacional Electoral violó el derecho al sufragio y a la participación en los asuntos públicos de todos los electores y elegibles en la medida en que admitió el mecanismo electoral que se identifica como “las morochas”. Se trata...de una tergiversación al sistema de adjudicación según la representación proporcional, jurídicamente se traduce en un fraude a la Ley y más grave aún, en un fraude a la Constitución, a través de un evidente abuso de las formas jurídicas en pro de

conseguir una finalidad distinta a la que las normas constitucional y legal establecieron”. La reforma electoral de 2010, legalizando esta práctica, no resolvió el manejo inconstitucional del sistema electoral⁷.

3.4.3. El Salvador

Al entrar en el siglo XXI, El Salvador tenía un sistema electoral proporcional común y corriente: una persona un voto, lista cerrada y bloqueada, circunscripciones plurinominales de diferente tamaño. Además existía una lista nacional (llamada plancha nacional) de 20 escaños (Krennerich, 2005). Desde entonces, la Sala de lo Constitucional empezó a jugar un rol en las controversias sobre este sistema, aplicando dos normas de su Constitución (Art. 78) en materia electoral y sin reserva: las normas del sufragio igualitario y libre. La Sala prohibió como inconstitucional primero el umbral de votación que tenía que pasar un partido para mantener su inscripción en el registro de partidos, por lesionar la igualdad de candidatura, y segundo, la plancha nacional, por lesionar la proporcionalidad, o sea, el peso del voto, como se argumentaba, en detrimento de las circunscripciones territoriales. En el primer caso, se negó la necesaria función de umbrales que ellos pueden tener en el proceso de representación, en el segundo no se consideraba bien que un sistema proporcional de circunscripciones de diferente tamaño produce, sin falta, con o sin plancha nacional, tal efecto declarado inconstitucional.

Mientras que estas sentencias jurisdiccionales quedaron algo inadvertidas, las siguientes confirmaron y fortificaron la creciente tendencia hacia la judicialización de la política en El Salvador. En interpretación del principio constitucional del sufragio libre a su manera, la Sala de lo Constitucional impuso al legislador en 2012 la sustitución de la lista cerrada y bloqueada por la lista cerrada y desbloqueada; y en 2015, esta lista por la lista abierta. Dado que la Asamblea Legislativa no logró el respectivo consenso y no cumplió con la directiva a tiempo, la Sala sustituyó también a través del Tribunal Supremo Electoral al legislador, de modo que las elecciones parlamentarias de 2015 se celebraron con un sistema electoral de orden jurisdiccional y administrativo.

7 En la actualidad existen circunscripciones uninominales (110 en total) y plurinominales paralelas. Las plurinominales se componen de 20 binominales y de cuatro trinominales. O sea: todas las circunscripciones son pequeñas, de modo que no puede haber ni representación proporcional ni partes proporcionales. El sistema de pequeñas circunscripciones tiende a convertir una mayoría relativa en una holgada mayoría legislativa, posiblemente de dos tercios. El nuevo diseño del sistema electoral, resultando de una maniobra política anticonstitucional, estaba pensado para favorecer al régimen autoritario-populista de Hugo Chávez cuando aún tenía un fuerte apoyo electoral; sin embargo, se volvió en su contra cuando el régimen perdió la aprobación plebiscitaria.

En el sistema de lista libre el elector tiene un voto (de partido) y dispone de tantos votos preferenciales, como le conviene, los que puede usar de diferente manera: votar por un candidato de una lista, por varios candidatos hasta todos los candidatos de una lista, por candidatos de otras listas y por candidatos no-partidarios, o sea independientes que pueden formar como tales también una lista. Para garantizar el valor igualitario del voto, se fraccionan los votos preferenciales y la sumatoria de las fracciones debe corresponder al valor de la unidad.⁸ No cabe duda que el funcionamiento del sistema no es fácil de entender. Y el escrutinio puede demorar bastante tiempo, de modo que puede ocasionar sospechas respecto a su honestidad, y así lesionar la función legitimadora del poder emanado de las elecciones.

De hecho, en el último decenio de América Latina, las formas de lista han constituido el campo de mayores reformas de entre los elementos técnicos de un sistema electoral. En el contexto de la diagnosticada crisis de la representación y de la representatividad en América Latina, el motivo era mejorar la representación política por medio de un voto personal. El elector tendría que elegir no solo entre listas de partidos, sino al mismo tiempo entre candidatos de su propio partido o entre todos los candidatos concurrentes. Efectivamente, las listas semiabiertas y abiertas amplían la “capacidad de opción” del elector. En este sentido, el lema de que estas listas, comúnmente conocidas también como voto preferente, serían el medio para llegar a la “verdadera democracia”(u otras denominaciones llamativas), hace aparecer a la lista cerrada y bloqueada como democráticamente deficitaria lo que no es cierto. Ella es también compatible con la democracia y sigue siendo la forma de lista más aplicada en el mundo de las democracias liberales. Dicho lema oculta, además, que en contraste con las virtudes democratizadoras del voto preferente, este contiene varios inconvenientes: la personalización de la política, ya un carácter distintivo de la cultura política de la región, en detrimento de la institucionalización de la política, que se expresa en la fragmentación del sistema de partidos políticos, la competencia intrapartidaria que disminuye la cohesión y disciplina partidaria, el aumento de los costos de las campañas electorales, del clientelismo, de la corrupción, etc. (Nohlen, 2015b). Se ha comprobado que la complejidad del voto preferente

8 El método de la fracción funciona de la siguiente manera: Primero, se suman los votos preferenciales de cada elector los cuales no pueden sobrepasar el número de escaños que corresponden a una circunscripción electoral. Por ejemplo ocho votos preferenciales que se distribuyen así: Partido A: 4, B: 2, C: 2. Segundo, se divide el voto de suma uno por el total de votos preferenciales para obtener el valor de la fracción; resultando 0,125. Tercero, esta fracción se multiplica por el total de votos preferenciales que cada partido político obtuvo; resultando para el partido A: 0,50, B: 0,25; C: 0,25. Este voto fraccionado es el que se suma a los votos enteros de los respectivos partidos.

tiende a aumentar el porcentaje de votos nulos, particularmente entre los votantes de perfil socio-educativo bajo.

Ahora bien: En el caso de El Salvador, llama la atención, primero, la ceguera de los propulsores del voto preferente frente a estas otras variables importantes y a las experiencias empíricas, que se pueden observar también en los casos latinoamericanos de Brasil y Perú, de larga experiencia, y en el reciente caso de la República Dominicana, donde después de tres elecciones ha sido abolido. Destaca segundo que no era el legislador democrático que favorecía la lista semiabierta y finalmente abierta, sino el órgano de jurisdicción constitucional. Al adaptar la legislación a la primera sentencia de la Sala, el legislador prohibió explícitamente (en el artículo 185 del Código Electoral) el voto cruzado, o sea, de votar por candidatos de diferentes listas. Sin embargo, esta prohibición fue declarada inconstitucional por la Sala de lo Constitucional en noviembre de 2014 “en razón que viola el carácter libre del voto contenido en el artículo 78 de la Constitución”. Al respecto opinaba correctamente el salvadoreño Luis Mario Rodríguez (2015) en su excelente análisis del caso: “Establecer que una forma mediana de personalización, como sucede en las listas semiabiertas, sea violatoria de la libertad del voto y al mismo tiempo no considerar otras variables, (es) bastante cuestionable”. Sin embargo, corrigiendo su sentencia de 2010, la Sala argumentó que “el sistema de listas cerradas y desbloqueadas no potencia integralmente la libertad del sufragio activo ya que ... solo permite votar por la propuesta electoral de un único partido político o candidato no partidario lo que se traduce en un reconocimiento incompleto de la libertad electoral” (Rodríguez, 2015).

Es notoria, tercero, la justificación jurídica de la intervención en el proceso político, basada exclusivamente en un principio malentendido. Pues la libertad de elección es un concepto genérico que se refiere a las condiciones necesarias para que unas elecciones puedan cumplir su función sumamente crucial para la legitimidad de cualquier democracia pluralista, “combinando el ejercicio del voto sin coacción o cualquier otra influencia ilegal externa, la competición pluralista y el resultado respecto a la cuestión sobre quién efectivamente va gobernar” (Hermet, 2000: 325). Al respecto, W.J.M. Mackenzie (1962: 14), al contestar precisamente la pregunta, ¿cuándo son libres las elecciones?, sentenciaba: “Jamás pueden serlo de manera absoluta, puesto que la libertad de opción ilimitada se niega a sí misma, siendo imposible que cada elector elija a su propio candidato... La libertad en las elecciones no es, pues, una noción absoluta, sino de grado, es decir, el saber en qué punto de la escala puede afirmarse que se ha alcanzado la “libertad”. Incluso es discutible si el principio “libre” implica más de lo que los clásicos principios del derecho de sufragio antes mencionados manifiestan. De todas maneras, si se da valor propio al principio de libertad de elección, éste significa (en términos de una sentencia del Tribunal Constitucio-

nal Federal alemán al respecto (BverfG 44, 125) “que el acto de la emisión del voto debe ser ejercido sin coerción y sin presión política”. En este sentido, la Carta Democrática Interamericana (2001), en su artículo tres, menciona entre los requisitos de la democracia representativa “la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo”, vincula correctamente el concepto “libre” con las elecciones y no con el sufragio. Por otra parte, cuando se reconoce el alto valor del concepto de “elecciones libres” en los procesos de democratización de regímenes políticos, conviene recordar que su postulado por parte de la oposición democrática en las manifestaciones callejeras no se dirige a que las listas sean abiertas, sino a que se crean y garanticen las condiciones para que las elecciones sean competitivas y honestas.

3.4.4. Nicaragua

Finalmente, en el ámbito del sistema electoral en su sentido amplio, hay varios casos de intervención de los tribunales constitucionales y/o electorales en función de ampliar el mandato electoral de un gobernante a través, por ejemplo, de permitir ser candidato más allá de lo que permite la constitución. Conviene recordar que entre las reformas institucionales en los últimos dos decenios, la reelección del presidente ha sido la más frecuente y con mayor efecto, pues casi todos los presidentes que postulaban por la reelección en América Latina, han sido reelegidos (Nohlen, 2016). Nicaragua es, por cierto, el caso más destacado de continuismo en el poder, logrado sobre todo por sentencias de jurisdicción constitucional. En la lucha de Daniel Ortega por su continua reelección y en ausencia de tres magistrados opositores que fueron sustituidos por suplentes afines al régimen sandinista, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentenció en 2015 (N° 2011) que el derecho fundamental inherente a la persona, aquí la igualdad en la participación política, más específicamente el derecho fundamenta la ser elegido, prevalece sobre el resto de las disposiciones constitucionales. Esta sentencia, así fundamentada, permite a *Ortega* y los miembros de su dinastía presentarse como candidatos cuando a él le conviene, con elecciones al estilo contra las que se dirigió en su momento el sandinismo que él lideraba. Es un buen ejemplo, como en la región latinoamericana florece lo extravagante.

4. Consideraciones finales

Para terminar, el problema fundamental que veo es que la jurisdicción constitucional recurre en sus sentencias a menudo a un solo principio del ámbito del sufragio, lo aplica al ámbito del sistema electoral, siguiendo más bien incons-

cientemente el muy discutible modelo jurisdiccional alemán. Para resolver jurídicamente conflictos acerca de los requisitos constitucionales en este ámbito, conviene enterarse del conocimiento comparativo sobre sistemas electorales, y tomar en cuenta que los sistemas electorales tienen que cumplir con varias funciones, que a lo mejor el legislador democrático y el juez constitucional saben atender de manera equilibrada, dado que estas funciones se encuentran, en general, en una relación *trade off*. Priorizar una de ellas desmesuradamente, o al máximo, va perjudicar a otra, con efectos sobre la democracia, su funcionamiento, desempeño y fortalecimiento. Es por eso que sugiero en mi consultoría política el balance. Espero comprensión por parte de los magistrados de jurisdicción constitucional y electoral para integrar en su quehacer criterios más amplios que los que hemos podido observar en los ejemplos citados. Por último, criterios funcionales y de contexto no han sido por completo ausentes en las controversias. Pero no pudieron imponerse.

5. Bibliografía

- Albornoz, Vicente y Hidalgo, José (2007). “Ecuador entfernt sich von der Demokratie”. *KAS/Auslandsinformationen*, 6(07): 86-98.
- Artiga-González, Álvaro (2008). “Reforma política en El Salvador”. En: D. Zovatto y J.J. Orozco Henríquez (coord.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*: 525-569. México: UNAM/ IDEA Internacional.
- Bobbio, Norberto (1996). *El futuro de la democracia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Brewer-Carías, Allan R. (2007). “El autoritarismo en Venezuela construido en fraude a la Constitución”. *Ponencia para las VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo y el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 25-27 de julio de 2007.
- Dalla Via, Alberto R. (2008). “Reforma electoral en Argentina”. En: D. Zovatto y J.J. Orozco Henríquez (coord.), *Reforma política y electoral en América Latina 1978-2007*: 213-264. México: UNAM/ IDEA Internacional.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier (2008). *La argumentación en la justicia constitucional*. Medellín-Bogotá: Biblioteca Jurídica Díké.
- García Costa, Guillermo y González Rissotto, Rodolfo (2013). *El fin de la inocencia. La representación proporcional integral falseada*. Montevideo: Ediciones de la Plaza.
- Hermet, Guy (2000). “Unfree Elections”. En: R. Rose (ed.), *International Encyclopedia of Elections*: 323-329. Washington DC: CQ Press.

- Kornblith, Miriam (2006). “Las elecciones presidenciales en Venezuela: de una democracia representativa a un régimen autoritario electoral”. *Desafíos*, 14: 115-152.
- Krennerich, Michael (2005). “El Salvador”. En: D. Nohlen (ed.), *Elections in the Americas*. vol.1: 269-299. Oxford: Oxford University Press.
- Lijphart, Arend (1984). “Advances in the Comparative Study of Electoral Systems”. *World Politics* 36: 424-436.
- Mackenzie, W.J.M. (1962). *Elecciones libres*. Madrid: Tecnos.
- Molina, José E. (2005, 13/04). “Las «morochas» defraudan la ley y la Constitución”. *La Nación*.
- Molina, José E. y Thibaut, Bernhard (2005). “Venezuela”. En: D. Nohlen (ed.), *Elections in the Americas*. vol.2: 543-592. Oxford: Oxford University Press.
- Nohlen, Dieter (1981). *Sistemas electorales del mundo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Nohlen, Dieter (1999). “Distritos electorales: Efectos y criterios de evaluación”. En: Organización de los Estados Americanos (ed.), *Seminario internacional sobre legislación y organización electoral: Una visión comparada*: 49-52. Lima: Transparencia.
- Nohlen, Dieter (2003). *El contexto hace la diferencia: Reformas institucionales y el enfoque histórico empírico*. México: UNAM.
- Nohlen, Dieter (2004). *Sistemas electorales y partidos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Nohlen, Dieter (2013). *Ciencia política comparada. El enfoque histórico-empírico*. Granada: EUG.
- Nohlen, Dieter (2015a). *Gramática de los sistemas electorales. Una introducción a la ingeniería de la representación*. Madrid: Tecnos.
- Nohlen, Dieter (2015b). *Ciencia política y justicia electoral*: 189-200. México: IJ-UNAM.
- Nohlen, Dieter (2016). *Principio mayoritario, jurisdicción constitucional e integridad electoral. Tres ensayos*. México: UNAM.
- Nohlen, Dieter y Nohlen, Nicolás (2007). “El sistema electoral alemán y el Tribunal Constitucional Federal. La igualdad electoral a debate con una mirada a Venezuela”. *Revista de Derecho Público*, 109: 7-26.
- Nohlen, Dieter y Pachano, Simón (2005). “Ecuador”. En: D. Nohlen (ed.), *Elections in the Americas*: (2) 365-410. Oxford: Oxford University Press.
- Nohlen, Dieter; Picado, Sonia y Zovatto, Daniel (1998). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Orozco Henríquez, José de Jesús (2015). “Panorama sobre la jurisprudencia interamericana en materia electoral”. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2: 23-38.
- Ortiz, Richard (2016). *Reforma electoral en Ecuador*. Quito: UDLA.

- Poier, Klaus (2001). *Minderheitenfreundliches Mehrheitswahlrecht*. Viena: Böhlau.
- Rodríguez, Luis Mario (2015). *De la reforma pactada a la modificación judicial del sistema electoral. El caso salvadoreño*. San Salvador: FUSADES.
- Sartori, Giovanni (2003). *Ingeniería constitucional comparada*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Tovar Mendoza, Jesús (2016). “Las metareglas del juego electoral”. En: D.Nohlen, *México y el desarrollo de la democracia en América Latina*: 27-35. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

DIETER NOHLEN

El Dr. Dieter Nohlen es profesor titular emérito de la Universidad de Heidelberg, Alemania. Se doctoró en 1967 por la Universidad de Heidelberg con una tesis sobre *El Parlamentarismo español del siglo XIX*. Ha dirigido proyectos de investigación sobre Elecciones en Europa, Elecciones en África, Elecciones en Asia y el Pacífico, Elecciones en las Américas, así como sobre Transición a la democracia en España, Regionalismo y desarrollo desigual en Europa del Sur, Reforma Política en Europa y América Latina, Descentralización en Europa y América Latina, Política Social en Regímenes Autoritarios, La Prensa en Procesos de Transición a la Democracia, Política Exterior y Democratización, entre otros. Entre su densa y prolija obra destaca su ya clásico libro *Sistemas electorales del Mundo*, aparecido en Madrid en el Centro de Estudio Políticos en 1981, su obra *Sistemas electorales y partidos políticos*, publicado en México (Fondo de Cultura Económica), cuya tercera edición se publicó en 2004, y su ya mencionada monumental compilación *Tratado de Derecho Electoral comparado de América Latina* (1998), que en una versión actualizada y ampliada fue publicada en 2007 (México, Fondo de Cultura Económica) y más recientemente el *Nuevo Tratado de Derecho Electoral Comparado de América Latina* (2017). En 2006 apareció el *Diccionario de Ciencia Política* (dos tomos, México, Editorial Porrúa), una versión ampliada de la obra alemana por entradas de interés hispanoamericano y en todo adaptada al público hispanoparlante. El Dr. Nohlen ha sido galardonado con numerosos premios y reconocimientos entre los que destacan el Premio Max Planck de Investigación (junto con Sonia Picado Sotela, 1990), el Premio Libro del Año de la Fundación Friedrich Ebert (junto con Franz Nuscheler, 1995), el Premio de Investigación sobre España y América Latina de la Universidad de Ausburgo (2000). Es *Doctor honoris causa* por la Pontificia Universidad Católica del Perú en 2010, por la Universidad de Buenos Aires en 2010, por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla en 2011, por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, en 2012, y por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima, en 2012.