



ADMINISTRACIÓN
DE LAS ELECCIONES
Y JURISDICCIÓN ELECTORAL:
UN ANÁLISIS DEL MODELO
MEXICANO Y UNA CRÍTICA
A LA OPCIÓN BRASILEIRA

ENEIDA DESIREE **SALGADO**



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

ADMINISTRACIÓN DE LAS ELECCIONES Y JURISDICCIÓN
ELECTORAL: UN ANÁLISIS DEL MODELO MEXICANO
Y UNA CRÍTICA A LA OPCIÓN BRASILEIRA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 760

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Vanessa Díaz
Lucía Angélica Olvera Badillo
María Teresa de Jesús Baena Sánchez
Cuidado de la edición

Ana Julieta García Vega
Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada

ENEIDA DESIREE SALGADO

ADMINISTRACIÓN
DE LAS ELECCIONES
Y JURISDICCIÓN
ELECTORAL: UN ANÁLISIS
DEL MODELO MEXICANO
Y UNA CRÍTICA
A LA OPCIÓN BRASILEIRA



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2016

<p>Clasificación LC</p> <p>JL969.A45 S35</p>	<p>Salgado, Encida Desiree</p> <p><i>Administración de las elecciones y jurisdicción electoral: un análisis del modelo mexicano y una crítica a la opción brasilera</i> / Encida Desiree Salgado -- México : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016</p>
<p>Clasificación IJ</p> <p>E800 S234A</p>	<p>248 p. – (Serie Doctrina Jurídica, 760) ISBN 978-607-02-7716-0</p> <p>1. Elecciones – Fraude - México. 2. Sistemas Electorales - Brasil. 3. Tribunales Electorales - México. 4. Democracia - Brasil.</p> <p>I. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas II. Salgado, Encida Desiree, autor</p>

Primera edición: 10 de marzo de 2016

DR © 2016. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-7716-0

CONTENIDO

Introducción	VII
CAPÍTULO PRIMERO	
LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA	1
I. La representación política	7
II. El ideal republicano y la cultura democrática	28
III. Entre la democracia y el constitucionalismo	37
CAPÍTULO SEGUNDO	
LA AUTENTICIDAD DE LAS ELECCIONES Y SUS GARANTES	63
I. Las reglas electorales y la determinación de la calidad de la democracia	69
II. La patología electoral y la influencia indebida en las elecciones	75
1. Los fraudes normativos	76
2. Los fraudes en la administración de las elecciones	81
3. Los fraudes en la formación del voto	83
4. Los fraudes en la manifestación del voto	99
5. Los fraudes en el escrutinio y cómputo	100
6. Los fraudes en la declaración de la validez de la elección	103
III. La responsabilidad de los actores políticos.	103
IV. Los sistemas de control de las elecciones y su credibilidad	109
CAPÍTULO TERCERO	
EL MODELO MEXICANO DE GARANTÍA DE LA AUTENTICIDAD DE LAS ELECCIONES	115

I. La historia por detrás de su diseño.	116	
II. La administración pública electoral	134	
III. La justicia electoral.	149	
CAPÍTULO CUARTO		
EL MODELO BRASILEÑO DE GARANTÍA DE AUTENTICIDAD DE LAS		
ELECCIONES		159
I. Un poco de historia de las elecciones bajo en control judicial.	160	
II. Principios democráticos del proceso electoral	184	
1. El principio de la autenticidad electoral	185	
2. El principio de la libertad para el ejercicio del mandato	188	
3. El principio de la necesaria participación de las minorías en el debate público y en las instituciones políticas.	190	
4. El principio de la máxima igualdad en la disputa electoral.	192	
5. El principio de la estricta legalidad en materia electoral	196	
6. La democracia interna de los partidos políticos	199	
III. La justicia electoral brasileña y su actuación en la administración, en la regulación y en la adjudicación de las elecciones	205	
IV. Los problemas derivados de la confusión de papeles de la justicia electoral brasileña.	212	
Bibliografía.	217	

INTRODUCCIÓN

No existen muchas certezas respecto al diseño institucional adecuado para garantizar —o mejor dicho para promocionar— una democracia legítima y verdadera. Las experiencias históricas de los países suelen provocar distintas opciones, así como lo hacen las prioridades elegidas.

Como afirma Pontes de Miranda, “o «processo eleitoral», que seja o melhor para determinado povo e em determinado momento, é questão de facto”.¹ Así también ocurre con la definición de las autoridades electorales, su integración y competencia, bien como con todas las reglas electorales y sus lecturas por los aplicadores del derecho.

Cabe resaltar que, si las decisiones políticas en lo que toca a la institucionalización del poder, en todas sus variables, son desde luego complejas e intrincadas, dicha especificidad se potencializa cuando se está delante del derecho electoral, de la definición de las reglas del juego democrático.

Teniendo en cuenta la definición de Jorge Fernández Ruiz, el derecho electoral, es “el conjunto de valores, principios y normas que atañen al derecho subjetivo del sufragio, y regulan los procedimientos de designación, y en su caso revocación de tal designación, de los miembros de ciertos órganos depositarios de las funciones del poder público, así como la adopción de resoluciones relativas a temas públicos trascendentales, mediante la emisión del voto de la ciudadanía”,² las reglas electorales son los engranajes fundamentales del eje democrático de un Estado de derecho.

Si desde el surgimiento de la mentalidad moderna no se admite el ejercicio del poder político que no sea consentido por los individuos, el proceso de elección de los titulares de tal poder es definitivo para asegurar la legitimidad de los poderes públicos. Considerando este proceso desde un amplio punto de vista, se involucran aquí los principios constitucionales electorales; las condiciones constitucionales de elegibilidad; las restricciones constitucionales y legales a dicho derecho político fundamental; los rasgos de los partidos políticos y el rol que les da el sistema constitucional, con garantías y

¹ Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, Río de Janeiro, Editora Guanabara, 1936, t. I, p. 734.

² Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado de derecho electoral*, México, Porrúa-UNAM, 2010, p 184.

prohibiciones; las reglas del financiamiento de la política; las normas para el registro de los candidatos; la disciplina de la campaña electoral, con las formas de propaganda permitidas y prohibidas, el control de la influencia de los medios de comunicación, las excepciones a la actuación de los agentes públicos en las campañas electorales; las encuestas; la previsión de delitos electorales; el sistema de votación y cómputo de los votos; la organización de las elecciones y por último, la delineación de los organismos electorales, su composición y competencia.

En el trabajo aquí realizado, el centro de la preocupación es exactamente el último de los puntos indicados. Esta elección es el reflejo de una cuestión muy personal, pues deriva de un conjunto de inquietudes, recurrentes de una actividad cotidiana en el estudio del derecho electoral y de una cercanía con su aplicación desde hace casi dos décadas. La labor junto a la autoridad electoral brasileña durante más de trece años acabó por provocar reflexiones críticas en lo que toca a su ubicación en el sistema constitucional brasileño, integración y principalmente, en su impresionante conjunto de atribuciones.

La angustia conllevó a la necesidad de pensar “fuera de la caja”. Y el modelo mexicano, que representaba absolutamente el contrario de la imagen del sistema brasileño, pareció muy seductor. Así que, a través de un proyecto de investigación postdoctoral bajo la tutoría del doctor Jorge Fernández Ruiz y junto al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, la idea fue estudiar los rasgos de los dos sistemas y sus justificaciones. Por lo cual aquí se presentan sus resultados.

El primer capítulo se dedica a las premisas del tema, pues para hablar de modelos de garantía de la autenticidad de las elecciones, hay que partir de un Estado necesariamente democrático. La idea de igualdad y el principio republicano, que, más allá de la necesidad de elecciones periódicas, define el contenido de la actuación del Estado, marcan toda la estructura de los Estados de derecho. Así como lo hace la representación política, instrumento necesario para la concreción de la democracia en el ahora.

El capítulo siguiente, aún introductorio al tema central de la investigación, es dedicado a la autenticidad electoral y a sus “enemigos”. La influencia de las reglas electorales y de su respeto para la calidad de la democracia es evidenciada. Se defiende la existencia de un principio de legalidad estricta en materia electoral, ante su importancia para la adjetivación del Estado y del régimen político. Posteriormente, se indican algunos fraudes a la autenticidad electoral, desafortunadamente comunes en las experiencias mexicana y brasileña. El historial pasa por fraudes normativos, relativos a la alteración de las reglas electorales en beneficio de un grupo político, fraudes en la ad-

ministración de las elecciones, fraudes en la formación de la voluntad electoral (como la compra de votos, el uso del poder político, la comunicación gubernamental con fines electorales, las encuestas y la propaganda electoral irregular), bien como fraudes en la manifestación del voto, en el cómputo y en la declaración de la validez de las elecciones.

Aún en el segundo capítulo se trata de la responsabilidad de los actores políticos en la autenticidad de la elección, se relaciona la postura de los contendientes, de las autoridades y de la ciudadanía con el ideal republicano, y de los sistemas de control de la autenticidad de las elecciones y de su credibilidad. Por el momento en que fué realizada la investigación, el marco normativo tratado es el de la Reforma de 2006-2007.

El capítulo tercero se detiene sobre México, la historia por detrás del diseño institucional, y sus frecuentes cambios, los rasgos de la autoridad administrativa y sus desafíos y el control jurisdiccional de las elecciones. Todo el análisis se limita al modelo federal, sin derivar para el tratamiento del tema por los entes federados.

Existen limitaciones obvias en el análisis del modelo mexicano en comparación con la descripción del sistema brasileño. La ausencia de experiencia de elecciones vividas en México y la apropiación de sus críticas y elogios a partir de lo que se publica, evidencia una mirada alienígena sobre el tema. Se intentó la búsqueda de fuentes primarias para abreviar dichas deficiencias, aunque siempre serán insuficientes. Empero, si eso puede implicar una visión un tanto “inocente” de los hechos y de las normas, se compensa por una visión puramente académica, sin preferencias políticas, partidistas o ideológicas.

Finalmente, el modelo brasileño es tratado, con un descender histórico sobre la opción, desde el principio del siglo XX, por involucrar al Poder Judicial en el control de las elecciones. Como ocurre en el caso de México, cabe subrayar que mucho de lo que ahí se describe es fruto de una investigación académica; pero, al contrario de allá, los efectos de los traumas autoritarios son percibidos en la sociedad e identificables de inmediato, quizá gracias al sentimiento nacional, en el que se comprate el mismo pasado y el mismo futuro.

También son enumerados los principios constitucionales electorales que informan (en el mundo del deber ser, lógicamente) el sistema brasileño y sus derivaciones. No hay un tema sobre la administración electoral porque, como se verá, la justicia electoral brasileña reúne las atribuciones de la organización de las elecciones, al lado de una amplia competencia jurisdiccional. La confusión proveniente de dicha acumulación de papeles es evidenciada al final del texto.

Lo que se propone, y se espera, no es simplemente el trasplante de soluciones extranjeras para problemas puramente nacionales. No se trata de un planteamiento así de ingenuo. La propuesta es demostrar las características de ambos sistemas para particularizar sus ventajas, sus defectos y sus potenciales efectos. Es proponer un examen desde lo que se tiene para lo que se desea, evitando el espejismo tan común cuando se mira al jardín del vecino.

Por fin, merece la pena evidenciar la advertencia de Romeu Felipe Bacellar Filho: “a honestidade científica impõe a assunção da postura segundo a qual o trabalho científico revela, denuncia o homem e seus valores, sua experiência de vida, visão de mundo e desejo de contribuir para a difusão e o aperfeiçoamento do Direito na sociedade”.³ El trabajo presentado a continuación pretende revelar la postura de la autora ante el derecho y la democracia.

³ Bacellar Filho, Romeu Felipe, *Processo administrativo disciplinar*, 2a. ed., São Paulo, Max Limonad, 2003, p. 156.

CAPÍTULO PRIMERO

LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

La igualdad es la base de las democracias. No es posible pensar contemporáneamente en un régimen político que no sea igualitario. A menudo, la configuración igualitaria no traspasa el diseño normativo, lo que falsea la caracterización del sistema.

Las Constituciones presentes conllevan una concepción de la democracia, con contornos únicos, profundamente marcadas por las ideas de libertad e igualdad, por la soberanía popular y el pluralismo político. No descuidan del ideal republicano,⁴ de la noción de interés público y de la responsabilidad de los ciudadanos en las decisiones políticas, tomadas directamente o por la actuación de los representantes.

Desde sus diseños constitucionales, se pueden combinar en el reconocimiento de las democracias más ambiciosas, las nociones de Ronald Dworkin y Carlos Santiago Nino. Para Dworkin,⁵ la democracia requiere, en primer lugar, tratar a los ciudadanos con igual respeto y consideración y la posibilidad de que cada uno tenga sus propios juicios de moralidad personal. La democracia implica una acción colectiva que no se debe confundir con acciones individuales, sino que requiere la conciencia individual de pertenencia al grupo, a quien se le imputa la acción.⁶ Por lo tanto, las decisiones del grupo no se forman a partir de la lectura de cada ciudadano, de sus deseos y preferencias, de la faceta colectiva de sus intereses, es decir, de su dimensión pública, conectada a su condición de miembro de la colectividad; no de un individuo aislado y singularmente considerado.

⁴ Se entiende aquí el ideal republicano no como señal de un régimen de gobierno, como contrapuesto a la monarquía. Se trata de la visión del neorrepblicanismo, que se relaciona con la exigencia de una virtud cívica.

⁵ Dworkin, Ronald, *Liberalismo, Constitución y democracia*, trad. de Julio Montero y Alfredo Stolarz, Buenos Aires, La isla de la luna, 2003, [1980-1990].

⁶ Dicha comprensión se ajusta a la noción de ciudadano de Clèmerson Merlin Clève, no como aquél que puede votar y ser votado, sino como el “*sujeito, aquele ser responsável pela história que o envolve*”, que es activo, “reivindicante”, (Clève, Clèmerson Merlin, *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*, São Paulo, Acadêmica, 1993, p. 16.

Conforme explica Daniel Wunder Hachem,

os interesses dos cidadãos expressam-se mediante duas dimensões: (i) uma particular, que corresponde às conveniências exclusivamente pessoais do indivíduo, singularmente considerado (v.g., interesse de não ter o seu imóvel expropriado); (ii) uma pública, representada pelo interesse do indivíduo considerado como membro da coletividade maior na qual está inserido (v.g., interesse do mesmo indivíduo de que exista o instituto da desapropriação, e de que ele seja utilizado quando necessário).⁷

Esta lectura es muy adecuada para la democracia constitucional brasileña. Los valores de la igualdad y la libertad, con los principios normativos y las normas constitucionales que los concretan, demuestran dicha idea. No existe un plan de vida bueno, adoptado por el Estado, que excluya los proyectos personales de vida, imponiendo una visión perfeccionista de la sociedad y del ciudadano. Al mismo tiempo, de manera complementaria, la Constitución refleja un contenido republicano, que parte de una comunidad de personas que comparten el mismo pasado y el mismo destino y, por lo tanto, exige la solidaridad y la responsabilidad colectiva para las decisiones. Es decir, la Constitución no tiene una concepción axiológica totalizadora, pero incluye un proyecto para cambiar la realidad.⁸

Para Emerson Gabardo, dicho proyecto contiene una propuesta de felicidad para todos los seres humanos. La felicidad, fundamento político del Estado y finalidad característica del Estado social contemporáneo, debe ser objetivamente considerada.

A dicha idea puede ser añadida la concepción deliberativa de la democracia epistémica de Carlos Santiago Nino,⁹ también coherente con el texto constitucional. La justificación moral de la democracia reside en su capacidad de transformar los intereses de la gente de una manera moralmente aceptable, entendiendo la deliberación colectiva como un proceso capaz de alterar los intereses individuales.¹⁰ Dicha configuración democrá-

⁷ Hachem, Daniel Wunder, *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 156.

⁸ Gabardo, Emerson, *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*, Belo Horizonte, Fórum, 2009.

⁹ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1996.

¹⁰ De ahí proviene su énfasis en el carácter epistémico de la democracia. En Nino, “la democracia tendría un valor intrínseco no por lo que es, sino por lo que permite conocer” (Greppi, Andrea, “Consenso e imparcialidad. Sobre la justificación moral de la democracia en el pensamiento de C. S. Nino”, en Rosenkrantz, Carlos y Vigo, Rodolfo L. (comps.), *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, Mexico, Fontamara, 2008,

tica requiere que todas las partes participen en la discusión y decisión, de una forma bastante igualitaria y sin coacción, y puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga un tamaño adecuado para maximizar la probabilidad de un resultado correcto; que las mayorías y las minorías se formen a cada asunto discutido y ninguna minoría permanezca aislada; y los individuos no estén sujetos a emociones extraordinarias.¹¹

Nino confía en el carácter moral de la democracia, a partir de contenidos morales y de procedimientos deliberativos que también se configuran como morales.¹² Tanto Nino como Dworkin alejan del alcance de las mayorías democráticas parte del conjunto normativo de rango superior.

Para la concepción democrática compartida, la participación directa de las personas en la toma de decisiones políticas es obligatoria siempre que sea posible, para minimizar la distorsión de la representación y los hiatos en el proceso de deliberación.¹³ Pero no se ignora que los dos componentes principales de la democracia contemporánea son los partidos políticos y las elecciones periódicas.¹⁴

La democracia, señalan Fátima Anastasia, Carlos Ranufo Melo y Fabiano Santos, “supõe um poder responsivo ao interesse público (dimensão da responsiveness) e um poder que é exercido em público e, por consequência, passível de controle público (dimensão da accountability)”. Para los autores, tres son los atributos del orden democrático: estabilidad, *accountability* y representatividad.¹⁵

El derecho y la política están estrechamente relacionados con la moral, no sólo en la aplicación de las reglas desde la construcción de proposiciones

pp. 229-259, p. 242). Dicho entendimiento de la democracia aleja la afirmación de Herbert L. A. Hart de que las reglas o principios jurídicos cuyo contenido sea moralmente ínicuo puedan ser válidos (Hart, Herbert L. A., “Pós-escrito”, *O conceito de Direito*. 4a. ed., trad de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1994], pp. 299-339, en especial p. 331).

¹¹ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 180.

¹² Roberto Gargarella defiende la democracia deliberativa, afirmando que ella impone el tratamiento de todos con igual consideración y así favorece la toma de decisiones imparciales, valorando el proceso que antecede la decisión (Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno, sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 157 y 158).

¹³ Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, pp. 204 y 205.

¹⁴ Abal Medina, Juan, *La muerte y la resurrección de la representación política*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 14.

¹⁵ Anastasia, Fátima *et al.*, *Governabilidade e representação política na América do Sul*, São Paulo, da Unesp, 2004, pp. 11 y 15.

para un razonamiento justificativo,¹⁶ sino también en la determinación del contenido del derecho del Estado, pues la justificación de la Constitución depende de que su contenido exprese los principios morales.¹⁷

La democracia no aniquila el espacio de la autonomía individual. Al revés, lo garantiza, para permitir que los ciudadanos puedan expresarse democráticamente en el debate político y exponer, o no, sus convicciones personales acerca de cuál debe ser el contenido de la ley y de la acción del Estado. La exigencia de la responsabilidad por las decisiones tomadas por la sociedad no es una ofensa a la autonomía: es parte del ideal republicano, de la acción colectiva común.

La concepción democrática tampoco abraza a todas las opciones y posibilidades individuales. Existen, por lo tanto, cuestiones que no son —y no pueden ser— puestas bajo el debate democrático. Existen temas que la deliberación democrática no puede tocar porque están más allá del ámbito de la determinación colectiva.

Las prácticas democráticas no garantizan por sí mismas la legitimidad de las decisiones políticas. La decisión no se legitima sólo por el procedimiento legítimo, aunque la atención sobre el método democrático de toma de decisiones políticas es esencial. Las personas, no obstante vinculadas a un ordenamiento jurídico, preservan sus libertades y garantías, una esfera de elección, cuyo contenido y alcance no están sujetos a la deliberación, cuya protección e inviolabilidad son ajenas a las mayorías democráticas.

Así también se configuran las decisiones políticas estructurales en la constitución de un Estado democrático. Dichas disposiciones constitucionales estructurales que establecen de forma democrática y con contenido democrático la organización del Estado y de los órganos de soberanía, la labor estatal, el estatuto de los derechos y garantías, y los principios de la competencia democrática, garantizan y fortalecen la democracia. Deben ser protegidas de las mayorías eventuales, pues son compartidas por los miembros de la sociedad y evidencian los ideales comunes.¹⁸

Dicha noción permite combinar los tres elementos del constitucionalismo en un sistema de apoyos recíprocos. El proceso democrático, el respeto a los derechos individuales y la preservación de la práctica jurídica no se encuentran en tensión, sino que se complementan y se fortalecen: un debate moral, base del proceso democrático, presupone la autonomía, la inviola-

¹⁶ Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 87-100.

¹⁷ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución...*, *cit.*, pp. 44 y 45.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 45, 51 y 64.

bilidad y la dignidad, y genera una densa constitución ideal de derechos, lo que permite maximizar el valor epistémico de la democracia; así como la protección a la práctica constitucional garantiza la eficacia de las decisiones democráticas y asegura los derechos reconocidos por dicha práctica y por las decisiones; y la discusión colectiva y el respeto a los derechos generan un consenso que promueve la práctica constitucional.¹⁹

La propia Constitución combina dichos elementos, lo que permite, y en cierta medida impele un constitucionalismo así concebido. Las condiciones normativas ya están puestas en la Constitución. Si esto todavía no encuentra eco en la realidad, es por la falta de identificación del autor con su obra, del pueblo con su Constitución, y la mala percepción de la función normativa del texto constitucional.

Para Manuel Aragón, el principio democrático actúa como principio material y como principio estructurante: la democracia material es complementada con la democracia procedimental. Para el autor, es el principio más fundamental de todos,²⁰ y es, al mismo tiempo, un principio sobre la Constitución (que “juridifica” la democracia y exige procedimientos democráticos para su alteración), un principio jurídico de la Constitución (que “juridifica” el poder constituyente y la soberanía popular, con connotación procedimental) y un principio jurídico en la Constitución (donde actúa como principio de legitimidad, de carácter material —en relación con los derechos fundamentales— y estructural —cuando se refiere a la división de los poderes, a la composición y elección de los órganos representativos—, revelándose soporte de la validez de la Constitución, núcleo de comprensión del texto constitucional y directriz del ordenamiento jurídico).²¹

Aragón sigue afirmando tres áreas de la eficacia jurídica del principio democrático: el principio actúa como un vector en la concreción de la Cons-

¹⁹ *Ibidem*, pp. 296-303. Así también para Ronald Dworkin, que ve en su concepción “*comunal*” de democracia la armonía entre la exclusión de determinadas materias de la arena política y la democracia (Dworkin, Ronald, *Liberalismo, Constitución...*, cit., p. 78).

²⁰ Según Carlos Ayres Britto, el principio de la democracia es un megaprincipio, el valor de los valores, el valor-síntesis de la Constitución (Britto, Carlos Ayres, *Teoria da Constituição*, Río de Janeiro, Forense, 2003, pp. 181 - 186).

²¹ Aragón, Manuel, “La eficacia jurídica del principio democrático”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año. 8, vol. 24, septiembre-diciembre, 1985, pp. 9-45, pp. 29-31. El autor resalta la imbricación entre forma y contenido democráticos, la dimensión instrumental y la dimensión substantiva de la democracia: “la dimensión material de la democracia incluye, inexorablemente, a los dos valores materiales que la Constitución proclama (libertad e igualdad), sin cuya realización (siempre inacabada y siempre en tensión, pero que siempre también ha de ser «pretendida») no alcanzan efectividad las garantías procedimentales u organizativas, o si se quiere, la dimensión estructural de la democracia” (p. 32).

titudin y en la interpretaci3n de la ley, como un principio general-global; como principio general-sectorial, corolario del principio general-global, que tambi3n orienta la interpretaci3n y sirve como una raz3n para excluir las normas contrarias,²² y, en su aplicaci3n a organizaciones no p3blicas, como partidos pol3ticos y sindicatos, el principio se manifiesta en su dimensi3n estructural, pero no impone a los particulares su dimensi3n material.²³

Esta 3ltima noci3n es incompatible con una interpretaci3n m3s amplia de los principios estructurantes y fundamentales del orden constitucional. Los partidos pol3ticos, sindicatos u otras organizaciones privadas que cumplen en la funci3n p3blica no pueden eludir la observancia plena del contenido del principio democr3tico, a dichas asociaciones tambi3n se extiende la realizaci3n de los valores de la libertad y de la igualdad. Es la eficacia horizontal del principio democr3tico en su totalidad.

La lectura del principio democr3tico, considerado jur3dicamente, se identifica para Jorge Reis Novais, con la premisa mayoritaria (“legitima33o do t3tulo e exerc3cio do poder pol3tico a partir da livre escolha maiorit3ria do eleitorado”) y la de “parceria” (“a todos os cidad3os 3 dada a oportunidade de se constitu3rem em parceiros activos e iguais de um autogoverno colectivo”). Las premisas deben ser combinadas, de manera que ni siempre prevalezca la decisi3n de la mayor3a y que las posiciones m3s d3biles no sean simplemente opuestas a la mayor3a, pero que tengan garantizada su elecci3n de estilo de vida personal.²⁴

Se puede decir, con Reinhold Zippelius, que la extensi3n y la complejidad de un Estado conlleva la exigencia de la democracia representativa. La adopci3n de la representaci3n pol3tica tiene ventajas te3ricas, con ga3os en la capacidad de acci3n, racionalidad y capacidad de control, la cual se vive con fuertes elementos de 3lite olig3rquica.

Norberto Bobbio tambi3n realiza una lectura a favor de la democracia representativa. La democracia representativa ser3a una forma de institucionalizar el conflicto, permitiendo que las diferentes concepciones de la vida puedan participar en condiciones adecuadas de formaci3n de la voluntad pol3tica, sin el recurso plebiscitario a las elecciones entre s3 y no (que no im-

²² *Ibidem*, pp. 9-45 y p. 35. En ese punto, Manuel Arag3n se refiere a la sentencia n3m. 32/85 del Tribunal Constitucional Espa3ol, que, en su fundamento jur3dico 2, extrae del principio del pluralismo democr3tico la necesaria composici3n proporcional de las comisiones informativas municipales para el resguardo de los derechos de las minor3as, acentuando la posibilidad de la proyecci3n normativa de dicha dimensi3n del principio democr3tico por el Poder Legislativo y por el Poder Judicial.

²³ *Ibidem*, pp. 9-45 y pp. 33-36.

²⁴ Novais, Jorge Reis, *Direitos fundamentais: triunfos contra a maioria*, Coimbra, 2006, pp. 32-35.

plican responsabilidad de los ciudadanos, limitados en su elección que, ni siquiera necesita justificación, tampoco la responsabilidad de los dirigentes, que se basan en la “voz del pueblo”).²⁵

En la dirección opuesta, expresando una fuerte crítica a la democracia representativa e identificándola como un despotismo electivo, Paul Hirst sostiene que la participación del pueblo se limita a elegir aquéllos que él supone que decidirán en cierto sentido.²⁶

Antonio D’Atena contrasta con la realidad de la democracia contemporánea directa —necesariamente monosilábica— y los elementos de la responsabilidad así como los representantes de “enfriamiento” y “racionalización” de las decisiones a la opinión popular de que la democracia representativa es una democracia incompleta frente a las restricciones técnicas. La democracia representativa, así, no es pues un punto *minus*, más un *aliud*.²⁷

Una democracia representativa, de hecho, no permite una intervención real de la sociedad en la formulación de políticas. La elección, que forma parte de una visión democrática formal, le permite decidir quién decidirá, nada más.

I. LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

La instrumentalización de la ciudadanía y de la soberanía popular, en una democracia contemporánea, se hace por el instituto de la representación política. Y la “transformación” de la soberanía popular en representación, se realiza en gran parte por medio de la elección. Ese tema involucra ficciones y mitos, lo que conlleva tanto una insatisfacción social con su funcionamiento como críticas, con relación a su disciplina jurídica.

El pueblo de la soberanía “popular” es considerado como una unidad. No es identificado como una suma de individuos. Jurídica y constitucionalmente, la representación “personifica” al pueblo (y no a todos sus individuos). Además, no existe propiamente un “mandato”, ya que la función del representante es dada en los límites constitucionales y no es determinada por instrucciones o cláusulas establecidas entre él (o el conjunto de repre-

²⁵ Bobbio, Norberto, *Teoria geral da política: A filosofia política e a lição dos clássicos*, Río de Janeiro, Campus, 2000.

²⁶ Hirts, Paul, *A democracia representativa e seus limites*, trad. de Maria Luiz X. de A. Borges, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 1992, p. 34.

²⁷ D’atena, Antonio, “Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali”, en Mirandá, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, 1996. vol. 1, pp. 437-456, y 441-444.

sentantes) y el electorado. Las condiciones para el ejercicio del mandato y, en el límite, su contenido, ya están determinadas en la Constitución y sólo en ella. Específicamente, ni siquiera es posible hablar en “representación”, pues no existe una voluntad preformada. No se “representa” a algo o a alguien definido ante otro. Lo que efectivamente existe es la construcción de una voluntad, limitada solamente por los contornos constitucionales.

En el pasaje de la soberanía del monarca para la soberanía popular o nacional, el soberano deja de ser reconocido por un orden preexistente, para pasar a ser aquél que establece el orden, que encarna el poder constituyente, “capaz de cancelar o pasado e inventar o futuro”.²⁸ A pesar de ello, resalta Maurizio Fioravanti, la comprensión de soberanía en el sentido moderno no se coaduna con una noción de poder absoluto, sea de quien sea su titularidad.²⁹

En este sentido, la expresión “soberanía popular” se reviste de un carácter más simbólico que real, pues presupone un sujeto colectivo capaz de expresar una voluntad unívoca. Un “pueblo”, una colectividad, que sea capaz de manifestarse sobre las decisiones políticas de manera inequívoca.

La soberanía popular como voluntad colectiva se muestra así cercada de nociones hipotéticas o ficciones jurídicas y políticas. Es una “mitología jurídica”,³⁰ y una de las más difíciles de morir.³¹ Sin embargo, es como un alejamiento de otras imposiciones, por lo menos las evidentes, cuando se considera el soberano como aquél “que decide cuál es la idea de derecho

²⁸ Costa, Pietro, “Elezioni, partecipazione, cittadinanza: un’introduzione storica”, *La cittadinanza elettorale. IX Convegno internazionale della S.I.S.E.*, Firenze, 2006, disponible en <http://ius.regione.toscana.it/elezioni/Documenti/IXConvegnoSISE/Costa.pdf>.

²⁹ Fioravanti, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne, Le libertà fondamentali*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli, 1995, p. 121. Para el autor, la soberanía pasa a ser entendida como soberanía estatal.

³⁰ Grossi, Paolo, *Mitologie Giuridiche della Modernità*, Milán, Giuffrè, 2001, en Grossi, Paolo, “Il costituzionalismo moderno fra mito e storia”, *Giornale di Storia costituzionale*, storia, giustizia, costituzione, per i cinquant’anni della costituzionale, Macerata, núm. 11, 1 sem, 2006, pp. 25-52.

³¹ La representación política, la autonomía del sujeto, la soberanía popular, la autodeterminación democrática y la igualdad jurídica son mitos jurídicos, cristalizados por el constitucionalismo, “naturalizados” por la ciencia jurídica y divinizados por el positivismo historiográfico. Por la combinación de la concepción del progreso histórico y científico con la dignidad científica del derecho (y su consecuente y natural “neutralidad”) los institutos jurídicos del presente son presentados como ápice de un desenvolvimiento histórico de perfeccionamiento constante. Como acentúa Ricardo Marcelo Fonseca, la historiografía jurídica positivista cumple el papel de legitimadora del derecho presente. Se usa ese discurso para naturalizar determinados institutos jurídicos y legitimarlos por la tradición, sacralizándolos (Fonseca, Ricardo Marcelo, *Introdução teórica à história do direito*, Curitiba, Juruá, 2009, pp. 62 y 63).

válida en la colectividad”³² y se impide la imposición sin el consentimiento popular.

La exigencia del consentimiento para la sujeción a normas jurídicas enmarca la noción de libertad política.³³ Hans Kelsen señala la reacción contra la heteronomía como postulado de la democracia.³⁴ Para Bernard Manin, el

principio de que toda autoridad legítima procede del consentimiento general de aquellos sobre los que va ejercerse” es el lema de las tres revoluciones modernas. Los sistemas electivos permiten la reiteración constante de dicho consentimiento, a partir de la aceptación del método de selección y a cada elección, además de crear “en los votantes una sensación de obligación y compromiso hacia quienes han designado.”³⁵

El principio de la representación popular deriva de la noción moderna de igualdad. Para Maurice Duverger, sólo una elección puede permitir que un hombre pueda dirigir a los otros, y esa elección debe ser renovada periódicamente, “a fim de que os governantes não se sintam demasiado independentes dos governados e que a representação dos segundos pelos primeiros seja sempre mantida”.³⁶

³² Burdeau, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de Ramón Falcón Tello, Madrid, Editora Nacional, 1981 (1977), p. 46.

³³ Así es la comprensión de Georges Burdeau: “la liberté politique est la situation de l’individu qui n’est socialement assujéti qu’à sa volonté, c’est-à-dire, pratiquement, qui participe au gouvernement. Elle ne se définit plus, comme la liberté naturelle, par l’autonomie de la personne humaine, mais par la place et le rôle de l’individu dans le régime politique. Elle trouve son climat favorable dans la démocratie qui est le régime où la part des volontés individuelles est la plus grande dans la formation des décisions étatiques” (*Ibidem*, p. 18).

³⁴ Kelsen, Hans, *A democracia*, trad. de Ivone Castilho Benedetti *et al.*, São Paulo, Martins Fontes, 2000 [1955], p. 27. Se trata del artículo “Essência e valor da democracia”, publicado en 1920 y revisto en 1929.

³⁵ Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, trad. de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1998 [1995], pp. 108 y 110. Para Pierre Bourdieu, sin embargo, las condiciones de la democracia representativa ponen el ciudadano entre la “demissão pela abstenção” y el “desapossamento pela delegação” (Bourdieu, Pierre, “A representação política. Elementos para uma teoria do campo político”, en *O poder simbólico*, 6a. ed., trad. de Fernando Tomaz, Río de Janeiro, Bertrand Brasil, 2003, pp. 163-207, en español p. 163).

³⁶ Duverger, Maurice, *Os grandes sistemas políticos. Instituições Políticas e Direito Constitucional – I*, trad. de Fernando Ruivo y Fernando Augusto Ferreira Pinto, Coimbra, Almedina, 1985 [1980], p. 58. Acentúa Max Weber que una relación social se caracteriza por la representación cuando “la acción de un partícipe determinado se impute a los demás” (Weber, Max, *Economía y sociedad*, 2a. ed., trad. de José Medina Echavarría, *et al.*, Fondo de Cultura Económica, 1964 [1922], p. 37).

La soberanía popular, los procedimientos electorales legitimadores,³⁷ el principio de la representación popular y de la participación, y los instrumentos de democracia directa³⁸ concretan el principio democrático y dan el contorno de su contenido.³⁹

La promesa de soberanía popular exige dirección y control del pueblo en relación con el ejercicio del poder político. Esto impone la publicidad de los programas y de la actuación de los partidos y de los representantes,⁴⁰ también para que el electorado haga su elección a partir del conocimiento de los “motivos, fins e consequências presumíveis das atividades e dos planos políticos”.⁴¹ Sólo de esa forma es posible, para Norberto Bobbio, afirmar que un régimen es democrático: el poder necesita ser ejercido en público.⁴²

Sin embargo, no es solamente la noción de voluntad colectiva que debe ser problematizada en la concepción de la soberanía popular. La segunda parte de la expresión, el “pueblo”,⁴³ también demanda atención. ¿Pero quién es este pueblo del radical del término democracia y del adjetivo soberanía?

Esta cuestión fue enfrentada por Friedrich Müller. El autor presenta cuatro conceptos de pueblo —pueblo activo, como instancia global de atribución de legitimidad, pueblo ícono y como destinatario de prestaciones civilizatorias del Estado— y defiende la utilización del término como “con-

³⁷ Para J. J. Gomes Canotilho, el sistema electoral es constitutivo del principio democrático y está vinculado a la reserva de Constitución (Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 300 y 301).

³⁸ Para Joaquín Herrera Flores, la imposibilidad de la democracia directa en una sociedad de masas no debe alejar la sociedad de la democracia, siendo posible pensar y realizar formas concretas de participación directa, como la descentralización de las decisiones, creación de espacios sociales de discusión de temas generales y aceptación de un pluralismo jurídico en la interpretación de las normas (Herrera Flores, Joaquín, “Democracia, Estado y derecho. Hacia un marco alternativo de estudios jurídicos”, *Teia Jurídica*, 2000, www.teiajuridica.com).

³⁹ Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito...*, cit., pp. 286-293.

⁴⁰ Para Zippelius, “o imperativo democrático de publicidade impele também no sentido de aperfeiçoamento ético da ação política – que frequentemente não passa, porém, de uma aparência de moralidade” (Zippelius, Reinhold, *Teoria Geral do Estado*, 3a. ed., trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 [1994], p. 248).

⁴¹ *Ibidem*, p. 247.

⁴² Bobbio, Norberto, *Teoria geral da política cit.*, Río de Janeiro, Campus, 2000, pp. 386 y ss.

⁴³ ... palavra semanticamente excessiva, «gorda» o suficiente para sofrer manipulações de toda ordem”, afirma Menelick de Carvalho Netto (Carvalho Netto, Menelick, “Racionalização do ordenamento jurídico e democracia”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, núm. 88, dez. 2003, pp. 81-108, p. 84).

cepto de combate”. La primera noción se relaciona con la autodeterminación; la segunda es la que legitima el ejercicio del poder político por representantes y por agentes públicos; la noción icónica se refiere al pueblo como una unidad homogénea que, como un sello, aprueba el ejercicio del poder; la cuarta indica aquéllos que son alcanzados por la acción estatal. El pueblo como concepto de combate impone una tarea para legitimar las constituciones llamadas democráticas para aproximar el término “pueblo” de los textos Constitucionales del pueblo activo, del pueblo como instancia global de atribución de legitimidad y del pueblo destinatario de prestaciones civilizatorias del Estado. Y la política constitucional debe dirigirse a aproximar el pueblo activo del pueblo como instancia de atribución.⁴⁴

Subraya Georges Burdeau que el pueblo de los regímenes políticos no es el pueblo como realidad sociológica. Crítica la utilización de la figura pueblo-nación, pues permite solamente una democracia gobernada, donde la nación, formada por ciudadanos, que no son hombres reales, es “la encarnación estereotipada de la inmutable naturaleza humana”, que gobierna el pueblo. Para una democracia gobernante debe reflejarse el pueblo real, sin el desdoblamiento entre ciudadano y sujeto.⁴⁵

La noción de pueblo debe ser concreta, pues sólo ciudadanos reales forman la voluntad exigida por el principio democrático. Así, como la soberanía popular, que “pertenece a los ciudadanos existentes”. Sin embargo, la voluntad del electorado (manifestada por parte de los ciudadanos, que son parte del pueblo) corresponde jurídicamente a una decisión soberana de la soberanía popular.⁴⁶

⁴⁴ Müller, Friedrich, *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, 2a. ed., trad. de Peter Naumann, São Paulo, Max Limonad, 2000. Carlos Frederico Marés denuncia la apropiación de la soberanía popular por el Estado, y “ao povo restaria o direito de ser indivíduo, cidadão e não coletividade organizada, com sentimento próprio e cultura conjunta” (Souza Filho, Carlos Frederico Marés de, “Soberania do povo, poder do Estado”, en Novaes, Aduino (org.), *A crise do Estado-nação*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, pp. 229-256, p. 239).

⁴⁵ Burdeau, Georges, *Derecho constitucional...*, cit., p. 239 y 243. Para el autor, el ciudadano no es un individuo real, con sus defectos: “Es el hombre iluminado por la razón, hablando según los imperativos de esta razón común a todos y, por tanto, desembarazado de los prejuicios de clase y de las preocupaciones inherentes a su condición económica, capaz de opinar sobre la cosa pública sin estar dominado por su interés personal. En resumen, es una especie de santo laico que debe su calidad de miembro del soberano —la nación— a su desinterés” (p. 254).

⁴⁶ Baptista, Eduardo Correia, “A soberania popular em Direito Constitucional”, en Miranda, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, 199, vol. 1, pp. 481-513, en especial pp. 482, 492 y 502.

Giuseppe Duso afirma que el pueblo que hace la ley no es el pueblo que la obedece: no son un sujeto único. Lo primero se manifiesta como una unidad, lo segundo, como un conjunto de ciudadanos.⁴⁷

Tampoco el pueblo que elige sus representantes se confunde con el pueblo que es representado: en aquél hay una pluralidad de sujetos individualizados, pues el ejercicio de la ciudadanía es dado individualmente; en éste, la relación con el órgano representativo es dado colectivamente. De este modo, el pueblo como unidad se revela en el ideal de autogobierno y en el diseño representativo; el pueblo como conjunto de ciudadanos se muestra en la elección del cuerpo representativo y en la sumisión a la ley.

António Manuel Hespanha señala que las elecciones en el inicio del siglo XIX en Portugal, son indirectas y el derecho de voto está relacionado a la disposición de determinada renta o propiedad (voto censitario). Dicha separación se deriva de una comprensión que conecta riqueza y virtud —habría parsimonia y prudencia en aquél que sabe acumular bienes—. De esto resulta una credibilidad y también sensibilidad a los intereses públicos. Son éstos que eligen, entre ellos, los mejores para el ejercicio del gobierno. No existe “representación” propiamente dicha: las decisiones políticas deben ser guiadas por la razón y no por la voluntad.⁴⁸

El gobierno representativo, resalta Bernard Manin, es concebido, basado por el principio de distinción: los representantes son considerados superiores a aquéllos que los eligen, ya que su elección se debe a la reunión de cualidades no compartidas de manera igual, como la riqueza, el talento y la virtud.⁴⁹ Aunque esta concepción se relacione a los orígenes de la representación, la elección y sus exigencias financieras permiten afirmar la existencia, en los gobiernos democráticos actuales, de una aristocracia electiva.

⁴⁷ Duso, Giuseppe, *La rappresentanza politica, Genesi e crisi del concetto*, 2a. ed., Milán, Franco Angeli, 2003, p. 62.

⁴⁸ Hespanha, António Manuel, *O liberalismo do Estado liberal: o exemplo português do constitucionalismo monárquico (1800-1910 – confrontos com o Brasil)*, Curso da Escola de Altos Estudos -Capes, realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito-UFPR, Curitiba, 16 de marzo a 5 de mayo de 2009.

⁴⁹ Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, trad. de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza Editorial, 1998 [1995], p. 119. En las páginas siguientes el autor evidencia dicho entendimiento en la concepción de representación en Inglaterra, Francia y en los Estados Unidos. Roberto Gargarella señala dos concepciones que representan la filosofía dominante en los orígenes del sistema representativo: la existencia de “principios políticos verdaderos” más allá de la “ciudadanía común y la convicción de la actuación irracional de las mayorías” (Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno: Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 27 y 28).

La palabra representación, con sus varios significados, es objeto de un análisis conceptual por Hanna Pitkin. La autora subraya que el concepto de “seres humanos representando a otros seres humanos” tiene su origen en la modernidad, y señala las posibilidades de su comprensión formal, descriptiva, simbólica y como “actuación por”.⁵⁰

Dichas distinciones son trabajadas también por David Ryden. Para el autor, la representación formalista se relaciona con el conjunto de estructuras y mecanismos que permiten un gobierno representativo y el establecimiento de una relación de autoridad (formada por la autorización) y de *accountability* (una relación de responsabilidad). La elección es el mecanismo que garantiza formalmente la representación. En la “representación reflexiva”, como la denomina el autor, el representado se ve en el representante; es la visión del órgano representativo como miniatura de la sociedad, lo que exige un carácter deliberativo del cuerpo legislativo. Dicha representación, fuertemente simbólica, no tiene un origen racional, pero se caracteriza por una relación emocional y afectiva. La representación puede ser vista aún como una relación entre el legislador y el constituyente que permite que este exprese sus opiniones y preferencias en la formación de la voluntad del Estado. Finalmente, la representación en su carácter sustantivo se revela como una actividad de identificación y realización de preferencias.⁵¹

Bruce Ackerman apunta que la representación política fue pensada por los federalistas estadounidenses como una alternativa a una república idealizada bajo la base de la virtud pública. Instituciones representativas, señala el autor, permiten la coexistencia de distintos intereses económicos y religiosos en un régimen de libertad política.⁵² Bernard Manin indica, expresamente, la concepción de un sistema representativo como oposición a la democra-

⁵⁰ Pitkin, Hanna Fenichel, *The concept of representation*, Berkeley, University of California Press, 1967. Para la autora, Thomas Hobbes y los autores alemanes adeptos de la teoría orgánica tienen un concepto formalístico de representación; el concepto descriptivo es adoptado por Edmund Burke y por los proporcionalistas; la noción simbólica en su visión extremada forma la teoría fascista de representación; y la representación como “actuación por” no es asumida expresamente por ningún autor. Para un análisis del uso del término “representação” en el antiguo régimen, como “dando a ver uma coisa ausente” o como “exibição de uma presença”, que hace que “a identidade do ser não seja outra coisa senão a aparência da representação”, ver Chartier, Roger, *A história cultural: entre práticas e representações*, trad. de Maria Manuela Galhardo, Lisboa, Bertrand Brasil, Río de Janeiro, 1990, pp. 20 y ss.

⁵¹ Ryden, David K, *Representation in crisis. The Constitution, Interest Groups and Political Parties*, Albany, State University of New York Press, 1996, pp. 15-19.

⁵² Ackerman, Bruce, “¿Un neofederalismo?”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune (orgs.), *Constitucionalismo y democracia*, trad. de Monica Utrilla de Neira, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988] p. 189.

cia.⁵³ Gilberto Amado subraya una definición de democracia cuya esencia es la elección, por la masa, de los hombres más capaces para dirigir el país. Y, para el autor, la democracia falla cuando conlleva la representación por los mejores.⁵⁴ Los autores aquí parecen compartir una visión formalista de la representación, relacionándola con un conjunto de instituciones que autorizan determinados ciudadanos a ejercer el poder político en nombre de la colectividad y permiten, en mayor o menor grado, un control popular sobre la actuación del representante.

Roberto Gargarella señala el contexto histórico y social de las discusiones de los “padres fundadores” en la construcción del sistema representativo. El sentido del debate se fija en la elaboración de un sistema capaz de filtrar la voz de la mayoría, permitiendo su superposición por otros órganos, como el Senado (electo indirectamente, para imponer un freno a la “furia democrática”), el presidente (con su derecho de veto legislativo) y el Poder Judicial (formado por indicación, de miembros vitalicios —para quedaren lejos del pueblo— y dotado del control de constitucionalidad que después viene a tornarse en la última palabra). La idea es separar “la ciudadanía del ejercicio directo del poder”, ante la incapacidad de las mayorías de gobernar, y de su sumisión a pasiones, con la exclusión consciente y deliberada de mecanismos de control. La propuesta del autor es pensar en otra forma de ejercicio de la democracia o rever las opciones abandonadas en la formación del sistema.⁵⁵

En la contemporaneidad, la voluntad del pueblo —con todas las reservas que dicha expresión ocasiona— se revela preponderantemente por medio de la representación; aquélla que se refiere el Estado de derecho, pese llevar el mismo nombre y con él tenga una menor adherencia, no se confunde con la representación experimentada durante el periodo medieval. En aquel tiempo, el vínculo representativo reunía las características del instituto de derecho privado, en que la relación era delegatoria y los sujetos,

⁵³ Manin, Bernard, *Los principios...*, cit., p. 11.

⁵⁴ “Examine-se bem, e veja-se que se alguma coisa é responsável pelo desprestígio do sistema de representação, é essa traição das massas por inófia em alguns casos, países e momentos, por corrupção em outros, à sua missão. Não é no votar o povo livremente que consiste a democracia; a democracia consiste em votar inteligentemente. Por ter traído a inteligência, é que tem a democracia sido injustamente punida. Levanta ela às vezes na embriaguez do circo ídolos cascudos que a deitam por terra, humilhada e batida, sangrando no chão da arena” (Amado, Gilberto, *Eleição e representação*, Brasília, Senado Federal, 1999 [1931], p. 20).

⁵⁵ Gargarella, Roberto, *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 1997, pp. 43, 47, 71, 73, 86 y 93-95.

la extensión y el contenido involucrados en ella estaban claramente establecidos.⁵⁶

Maurizio Fioravanti aduce que las asambleas representativas que surgen a partir del siglo XIII y que colaboran en la gestión del poder, no “representan” sujetos colectivos y no elaboran la ley, que es dada por la naturaleza de las cosas.⁵⁷ Por su vez, afirma Pietro Costa que, en la Edad Media, el soberano, más que crear el derecho, lo declara y lo conserva, y debe obedecer el orden natural de las cosas. La *majestas* imperial y el poder absoluto son, en realidad, limitados a la naturaleza y a un sistema de poder dado.⁵⁸

Además, resalta Javier Perez Royo, la representación preconstitucional (como denomina el autor) no es un instrumento de legitimación del poder: la legitimidad del monarca es anterior e independiente del mecanismo representativo.⁵⁹ La representación del rey o del príncipe se revela como la necesidad de tornar pública la autoridad, constituyéndola; el soberano, como la asamblea de antaño, no representa al pueblo, sino ante el pueblo, conforme piensa Jürgen Habermas.⁶⁰ Se trata de una representación simbólica.

Es necesario enmarcar la distinción, de manera indeleble. La representación política moderna no es un resultado de las experiencias anteriores de representación, tampoco de su “evolución”.⁶¹ La existencia de una

⁵⁶ Pedro de Vega resalta dicha característica, afirmando que el “representante se obligaba personalmente con sus propios bienes a reparar los perjuicios causados si sobrepasaba los límites del mandato, además de producirse, en ese caso, la revocación del mismo” (Vega, Pedro de, “Significado constitucional de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, Madrid, núm. 44, marzo-abril, 1985, pp. 24-44, en especial p. 26).

⁵⁷ “Quando i rappresentanti dei ceti siedono insieme, accanto al signore, essi non rappresentano infatti alcun ‘popolo’, o alcuna ‘nazione’, per la buona ragione che in questi secoli non esiste affatto um soggetto collettivo di questo genere che in quanto tale possa volere, e chiedere, ed ottenere, di essere rappresentato. I rappresentanti dei ceti, inoltre, non pretendono di dire, insieme al signore, quale sia la legge del territorio; finché si rimane nella esperienza medievale, nessuno, né i primi, né il secondo, ha questo potere di definizione, poiché il diritto –come già abbiamo visto– è in sostanza jus involuntarium, che se impone nelle cose, e non è dunque voluto da alcun potere costituito” (Fioravanti, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne, Le libertà fondamentali*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli, 1995, p. 21).

⁵⁸ Costa, Pietro, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Nápoles, Scientifica, 2006, p. 10.

⁵⁹ Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 390. Bruno Accarini resalta todavía otra “representación” existente en la Edad Media, relacionada con la fe católica: el *corpus mysticum*, deja de referirse a la obra para significar a toda la Iglesia, con el significado de personificación, en el Papa y en los cardenales, de la colectividad (Accarini, Bruno, *Rappresentanza*, Bolonia, Il Mulino, 1999, pp. 19 y en especial 26-36).

⁶⁰ Habermas, Jürgen, *Mudança estrutural da esfera pública*, trad. de Flávio R. Kothe, Río de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984 [1961], pp. 19 y 20.

⁶¹ Antonio Manuel Hespanha aduce que la historia así escrita hace que el pasado, al ser leído y aprendido por las categorías del presente, se vuelve una prueba convincente del

figura jurídica de representación política y de un mandato representativo de carácter jurídico debe ser analizada a partir de la modernidad y de sus categorías.⁶²

Pietro Costa subraya que en la representación moderna no existe una voluntad preexistente y que existe una distinción absoluta y cualitativa entre los representantes y los representados. La prohibición del mandato imperativo surge como una consecuencia de esa nueva visión, que parte de la independencia del representante en relación con el representado. La representación es fundamentada en la designación del representante, mediante elección, que hace que, simbólicamente, la decisión independiente de los representantes se pueda reconducir al consenso de los representados.⁶³

Esa es la lectura de Carré de Malberg, al afirmar que quien tiene la voluntad es la Asamblea, el órgano de la nación. El órgano, unidad jurídica que tiene voluntad y capacidad de acción, origina la voluntad. El autor niega la existencia de una verdadera representación, que “implica siempre cierta subordinación del representante al representado”.⁶⁴ Para Maurice Hauriou, la representación no deriva de un contrato de mandato, “porque el de los gobernados, mientras carece de representantes, no tiene calidad

carácter intertemporal —y, por lo tanto, racional— de las categorías como Estado, representación política y persona jurídica, que pasan a ser aceptadas como formas continuas y necesarias de la razón jurídica y política. E “institui-se uma visão progressista da história do poder e do direito, que transforma a organização institucional atual num ómega da civilização política e jurídica. O Estado liberal-representativo e o Direito legislado (ou, melhor ainda, codificado), constituiriam o fim da história, o termo último de todos os processos de ‘modernização’” (Hespanha, António Manuel, *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2005, pp. 54 y 55).

⁶² Como señala Giuseppe Duso, existe una alteración en el modo de comprender el hombre, la ciencia y la política en la modernidad (Duso, Giuseppe, *La rappresentanza politica, Genesi e crisi del concetto*, 2a. ed., Milan, FrancoAngeli, 2003, p. 9). Ver, también, el libro de Hasso Joffman sobre la historia antigua y medieval del término “representación” y sobre su utilización en la terminología jurídica, eclesiástica y política hasta el siglo XVIII (Hofmann, Hasso, *Rappresentanza – rappresentazione. Parola e concetto dall’antichità all’Ottocento*, trad. de Claudio Tommasi, Milan, Giuffrè, 2007 [2003]).

⁶³ Costa, Pietro, “Elezioni...”, *cit.*, en <http://ius.regione.toscana.it/elezioni/Documenti/IXConvegnoSISE/Costa.pdf>.

⁶⁴ Malberg, R. Carré de, *Teoría general del Estado*, trad. de José Lión Depetre, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2001 [1922], pp. 939 y 940. Gilberto Amado afirma que no hay en el pueblo o en el electorado, “nenhuma idéia ou ponto de vista a ser representado” (Amado, Gilberto, *Eleição e representação*, Brasília, Senado Federal, 1999 [1931], p. 41). Igualmente, la visión de Fernando Gustavo Knoerr, al afirmar que en la política no hay representación de voluntad: “o representante impõe ao representado sua opção” (Knoerr, Fernando Gustavo, *Fidelidade partidária: o controle ético no exercício do mandato*, Curitiba, 2002. 305f. Tese [Doutorado em Direito do Estado]. Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, p. 76).

jurídica para contratar”. El autor afirma que los representantes gestionan la empresa del Estado en nombre de los gobernados, que consienten con el nombramiento de los representantes y los invisten con el propósito de garantía y control.⁶⁵

Bruno Accarino manifiesta la distinción entre *Vertretung* y *Repräsentation*. Mientras la primera se refiere a una representación de carácter privado, en que existe un sustituto o *luogotenente* que carga una voluntad preexistente y determinada, la segunda “funda o crea una voluntad unitaria que antes no existía”. Para el autor, la representación política, *Repräsentation*, es característicamente juspublicística, no relacionándose con los conceptos de encargo, mandato, gestión de negocios y administración fiduciaria. La representación política se relaciona con el futuro.⁶⁶

Hasso Hofmann afirma que la diferencia entre *Vertretung*, la representación por mandato, y *Repräsentation*, es marcada por la doctrina alemana contemporánea, que niega la tradición francesa y estadounidense de ver la representación como un concepto intrínsecamente relacionado a la democracia, a la elección, y evidencia la inexistencia de una relación jurídica entre el pueblo y el Parlamento, sea como un vínculo orgánico, sea como una disociación entre titularidad y ejercicio del derecho. A partir de dicha configuración, infiere la independencia jurídica de los representantes.⁶⁷

En la representación política debe haber, al menos, una “representación virtual”, en la que, como acentúa Edmund Burke, haya una unión de intereses e intercambio de sentimientos y deseos entre representante y pueblo; aunque el pueblo no lo elija realmente, alguna relación debe existir.⁶⁸ Para Brian

⁶⁵ Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, 2a. ed., trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1927, pp. 233 y 234. El autor resalta que la elección es simplemente un procedimiento empírico de designación. No hay delegación de poder. Los poderes de la Asamblea derivan de la Constitución o de ella misma. Y afirma: “las competencias de gobierno no residen en el pueblo, y éste, que carece de ellas, no puede transmitir las. El único efecto de la elección es conferir al electo la investidura en nombre de la soberanía nacional y colocar la competencia de gobierno que le es propia —y que debe al hecho de formar parte de una «élite» política— bajo el control del poder mayoritario de los electores” (p. 237).

⁶⁶ Accarino, Bruno, *op. cit.*, pp. 21 y 40.

⁶⁷ Hofmann, Hasso, *Rappresentanza—rappresentazione, Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, trad. de Claudio Tommasi, Milan, Giuffrè, 2007 [2003], pp. 3, 6, 7 y 10.

⁶⁸ “Virtual representation is that in which there is a communion of interests and a sympathy in feelings and desires between those who act in the name of any description of people and the people in whose name they act, though the trustees are not actually chosen by them. This is virtual representation. Such a representation I think to be in many cases even better than the actual. It possesses most of its advantages, and is free from many of its inconveniences; it corrects the irregularities in the literal representation, when the shifting current

Seitz, la “representación virtual” es metafísica, así como la “representación real”. Aquélla absorbe las diferencias, racionalizando los intereses y legitimando el sistema de representación.⁶⁹ Dicha representación simbólica, acentúa Olavo Brasil de Lima Junior, no se relaciona directamente con la elección por el voto, sino que permite la justificación del ejercicio del poder por el jefe del Poder Ejecutivo, que representa la totalidad, y no sólo sus electores.⁷⁰

Resalta Hans Kelsen que la adopción de la forma parlamentaria por los gobiernos democráticos exige una forma de libertad democrática que suponga la ficción de la representación. El aspecto ficcional, para el autor, está en la idea de que el Parlamento sirve para el pueblo expresar sus voluntades, aunque sea jurídicamente independiente del pueblo. La vinculación del representante debe establecerse con el partido político que lo eligió, por un listado en que el elector pueda adherir al partido y no más. En este caso, debe haber la pérdida de mandato cuando el representante abandona las filas de la agremiación partidista.⁷¹

La representación política aquí considerada, se relaciona con los aspectos del Estado moderno, su organización y racionalidad. La representación política, en este sentido, nace relacionada con la exigencia de división de los poderes, y su naturaleza jurídica se configura por la atribución de la función y de la autorización para actuación conjunta del representante en nombre de sus representados, advierte Karl Loewenstein. Es la representación que permite la institución del Parlamento como órgano de soberanía contra-puesto al gobierno; pero se molda según una sociedad homogénea y no da cuenta de un concepto de voluntad política más allá de la idea de voluntad general de Rousseau, fundamentada en la noción de liderazgo político, concentrado en el gobierno.⁷²

of human affairs or the acting of public interests in different ways carry it obliquely from its first line of direction. The people may err in their choice; but common interest and common sentiment are rarely mistaken. But this sort of virtual representation cannot have a long or sure existence, if it has not a substratum in the actual. The member must have some relation to the constituent” (Burke, Edmund, A letter to Sir Hercules langrishe on the subject of the roman catholics of Ireland (extract), en <http://www.ourcivilisation.com/smartboard/shop/burkee/extracts/chap18.htm>).

⁶⁹ Seitz, Brian, *The trace of political representation*, Albany, State University of Nueva York Press, 1995, pp. 96, 100 y 104.

⁷⁰ Lima Junior, Olavo Brasil de, *Instituições políticas democráticas: o segredo da legitimidade*, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 1997, p. 41.

⁷¹ Kelsen, Hans, *A democracia*, trad. de Ivone Castilho Benedetti *et al.*, São Paulo, Martins Fontes, 2000 [1955], pp. 48, 56 y 57. Se trata del ensayo “Essência e valor da democracia”, publicado en 1920 y revisto en 1929.

⁷² Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed. Barcelona, Ariel, 1976 [1961], pp. 57-62. A partir de dicha constatación, Karl Loewenstein afirma la superación de la doctrina

Destaca Maurizio Cotta que la representación es pensada a partir de la necesidad de controlar el poder, por aquél que no puede ejercerlo personalmente. Para el autor, la representación política combina confianza, elementos de delegación y de representación-espejo, para garantizar la legitimidad y credibilidad.⁷³ Esa visión, señala Maurice Duverger, es adecuada a un significado de representación política, en términos jurídicos, en que se relaciona con la figura privatista del mandato. Con la adopción del sistema proporcional, la representación política pasa a ser comprendida como un reflejo de la sociedad, un retrato que moldea su modelo, en un sentido sociológico. Mientras en su origen se representa la voluntad, en este nuevo aspecto, las opiniones son representadas. Deja de existir un vínculo entre mandante y mandatario para haber una relación entre la unidad “pueblo” y la unidad de la asamblea representativa.⁷⁴

Existe una nítida oposición entre el principio democrático —que impone la identidad entre gobierno y gobernado— y el principio representativo —que supone su distinción—. Menelick de Carvalho Netto resalta el carácter positivo de esta tensión constante, que “importa uma revisão permanente dessa identidade do povo em relação aos próprios representantes, tornando essa representação sempre precária, requerente de revisões”.⁷⁵

Bernard Manin indica cuatro principios que acompañan a los regímenes representativos desde su “invención”: 1. Nombramiento de los gobernantes por elecciones en intervalos regulares; 2. Cierta grado de independencia entre las decisiones de los gobernantes y de los deseos de los electores; 3. Libre expresión de opiniones y de deseos políticos por los gobernados; y 4. Sumisión de las decisiones políticas a un proceso de debate.⁷⁶ Auro Au-

de la separación de poderes y presenta una nueva división adecuada a las sociedades pluralistas de masa: la toma de decisiones fundamentales, concentrada en un número reducido de personas, y con una forma legal; la ejecución de las decisiones políticas fundamentales (que es atribución de los tres órganos de soberanía), y el control político, donde se incluye el control judicial de la constitucionalidad y la responsabilidad de los agentes públicos (pp. 63-72).

⁷³ Cotta, Maurizio, “Representação política”, en Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola, Pasquino, Gianfranco (orgs.), *Dicionário de política*, 12a. ed., trad. de Carmen C. Varriale et. al., Brasília, Universidade de Brasília, 2002 [1983], pp. 1101-1107.

⁷⁴ Duverger, Maurice, “Esquisse d’une théorie de la représentation politique”, en *L’Evolution du Droit Public. Études offertes à Achille Mestre*, París, Sirey, 1956, pp. 211-220.

⁷⁵ Carvalho Netto, Menelick, “Controle de constitucionalidade e democracia”, en Maués, Antônio G. Moreira (org.), *Constituição e Democracia*, São Paulo, Max Limonad, 2001, pp. 215-232, en especial p. 220. Ver también Mouffe, Chantal, “Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt”, trad. de Menelick de Carvalho Neto, *Cadernos da Escola do Legislativo da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, vol. 1, núm. 2, pp. 91-107, julio-diciembre. 1994.

⁷⁶ Manin, Bernard, *Los principios...*, cit., p. 17.

gusto Caliman resalta el “peculiar procedimiento deliberativo” y la pluralidad de los miembros, sin jerarquía, como características del Parlamento,⁷⁷ órgano representativo por excelencia.

Jorge Miranda subraya que la representación política es exigida por la Constitución, que no hay una transferencia de poderes y que se configura por un mandato de derecho público. Señala que la representación conlleva la responsabilidad política, con la exigencia de un canal recíproco de informaciones, y que se impone por el ejercicio de las libertades públicas, por el derecho de oposición y las elecciones, raramente por la posibilidad de destitución o revocación del mandato. Aduce que la representación y la responsabilidad se establecen entre la Asamblea y el pueblo, siendo consecuencia de eso la prohibición del mandato imperativo.⁷⁸ Además de la idea de soberanía nacional, que pasa a exigir una representación general, sin relación entre los segmentos del pueblo y sus representantes específicos, la ley producida por la representación es el instrumento más hábil para expresar los valores de la razón y de la justicia.⁷⁹

Para Georges Burdeau, el gobierno representativo permite una corrección de la democracia, como un instrumento de contención del poder del pueblo, que posibilita simultáneamente la libertad política (relacionada con la elección) el orden y la estabilidad.⁸⁰ Sin embargo, solamente una parte del pueblo tiene derechos políticos, pues una parte de éstos son representados y sólo una parte de los representantes toman decisiones, debido a la regla de la mayoría.⁸¹ La democracia supone una confrontación de una mayoría y de una minoría y su autenticidad está vinculada al lugar que garantiza a la minoría: “*A minoria é a opinião dissidente, a liberdade é o direito à dissidência*”.

⁷⁷ Caliman, Auro Augusto, *Mandato parlamentar. Aquisição e perda antecipada*, São Paulo, Atlas, 2005, p. 17.

⁷⁸ Miranda, Jorge, *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito, 2003, pp. 92 y 93.

⁷⁹ Conforme Vega, Pedro de, “Significado constitucional de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, Madrid, núm. 44, pp. 24-44, marzo-abril 1985, en especial pp. 32 y 33.

⁸⁰ Burdeau, Georges, *Derecho constitucional...*, cit., p. 166. El autor resalta la asimilación de la voluntad de la nación a la voluntad del representante, lo que “impide al pueblo tener una voluntad diferente de la que formula la Asamblea” y subraya que la Asamblea, “compuesta de representantes experimentados y ponderados, podrá imputar a la nación una voluntad razonable que la libraré de los arrebatos de la demagogia”.

⁸¹ Análisis realizado anteriormente por León Duguit, que subraya que en los países del sufragio universal y de régimen representativo, las leyes en general son votadas por un número de diputados que no representan más que la minoría del cuerpo electoral (Duguit, León, *La transformación del Estado*, 2a. ed., trad. de Adolfo Posada, Madrid, Francisco Beltrán, [1909], p. 84).

La cuestión se ubica en la necesidad de conciliación entre la autoridad de la mayoría y la libertad de la minoría.⁸²

Roberto Gargarella acentúa que el sistema representativo fue pensado para grupos sociales, contrapuestos, internamente homogéneos, cuyos intereses podrían ser defendidos por cualquier miembro. Estos supuestos del pensamiento fundador estadounidense, empero, no encuentran espacio en la configuración política actual, ante la multiplicidad y diversidad de los grupos sociales, con intereses internamente divergentes. Se vuelve difícil certificar la representación de los diferentes intereses sociales en el Parlamento y —resalta el autor— eso se repite en el Poder Judicial, que se muestra incapaz de defender la minoría en contra de la mayoría cuando estos grupos son variables según coaliciones, o mismo en vista de distintas cuestiones.⁸³

La representación política presenta propósitos paradójicos: debe, al mismo tiempo, tener en cuenta la unidad y la identidad. Como señala David Ryde, debe ser capaz de generar un intercambio de intereses y valores y dar respuesta a demandas específicas, individualizadas.⁸⁴ La representación surge como un medio indispensable para dar voz a un sujeto colectivo y al

⁸² Burdeau, Georges, *Manuel de Droit Public*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948, pp. 28 y 29. “Toute démocratie repose sur cette confrontation d’une majorité et d’une minorité. Son authenticité se vérifie par la place qu’elle fait à la minorité, c’est-à-dire à cette fraction du peuple qui ne partage pas les idées de ceux qui sont au pouvoir. Or une minorité n’existe que par le jeu des libertés dont elle dispose. La minorité c’est l’opinion dissidente, la liberté c’est le droit à la dissidence”. “Le problème demeure donc posé de savoir comment la démocratie concilie l’autorité de la majorité avec la liberté de la minorité”.

⁸³ Gargarella, Roberto, (comp.), “Introducción”, *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 11-30, en especial pp. 13-16. Para Brian Seitz, la representación y la democracia representativa se caracterizan por un conflicto continuado, por combates, “ganos de terreno”, deserciones, treguas, rendiciones, compromisos, victorias transitorias y derrotas totales es una guerra (Seitz, Brian, *The trace of political representation*, Albany, State University of New York Press, 1995, p. 153).

⁸⁴ Para David Ryden, los objetivos de unidad están relacionados con el control popular y se identifican por la regla mayoritaria, por la obtención del consenso de los gobernados, por la institucionalización de valores, por la construcción del censo de valores comunes, por la canalización de opiniones y preferencias en políticas, por el interés colectivo del gobierno y por su accountability. Los relacionados a la diversidad se coadunan con los valores liberales y se muestran en la protección de derechos individuales, en la igualdad política, en la tolerancia y garantía de valores especiales y en el interés individual. Los partidos políticos deben ser los canales que permiten la realización de los dos conjuntos de objetivos, como subsistemas de representación que permiten la conexión entre ciudadano y gobierno (Ryden, David K., *Representation in crisis, The Constitution, Interest Groups and Political Parties*, Albany, State University of New York Press, 1996, pp. 25-30).

mismo tiempo, permitir que los ciudadanos, con sus diferencias y particularidades, expresen su voluntad y participen de la formación de la voluntad común.⁸⁵

La teoría de la representación que más parece y se aproxima de una lectura jurídica es la formalista.⁸⁶ La existencia de un conjunto de instituciones destinadas a construir un lugar de autoridad, a permitir que uno ejerza el poder político en nombre de otros y al menos posibilitar un débil control consistente en la no renovación de la relación representativa, es garantizada por normas jurídicas de carácter constitucional.⁸⁷ No parece haber un aspecto jurídico en la representación simbólica, en la representación descriptiva (pese a determinados conjuntos institucionales derivados de normas jurídicas que puedan revelar la opción por hacer que el Parlamento “refleje la sociedad”, como por la adopción de un sistema proporcional) y en la representación como actividad.

Es conveniente, jurídicamente, definir la representación política como lo hace Hanna Pitkin: un conjunto institucional de carácter público destinado a permitir la participación del pueblo en el gobierno, que involucra personas y grupos y opera de manera compleja, sin que se pueda configurar la representación a partir de una relación singular, sea por el lado del individuo, sea por el representante aisladamente considerado.⁸⁸

⁸⁵ Duso, Giuseppe, *op. cit.*, p. 10. Para el autor, la representación no puede ser reducida a una relación entre representante y representado, sino debe incluir el representante, la unidad política ideal que debe ser representada, el representado como producto de la representación, y los que se sienten representados (p. 32).

⁸⁶ Afirma Georg Jellinek: “la representación es un concepto jurídico y no político. En virtud de un estatuto legal la voluntad de la minoría se considera como voluntad del conjunto. Pero en la realidad política únicamente prevalece la voluntad mayoritaria de los parlamentarios que votaron una resolución” (Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Förster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 [1906], p. 73).

⁸⁷ Afirma José Alfredo de Oliveira Baracho que la elección es un procedimiento que visa a la designación de los gobernantes por los gobernados y que “*o corpo eleitoral, através da eleição, manifesta seu assentimento a certa candidatura*” (Baracho, José Alfredo de Oliveira, “A teoria geral do Direito Eleitoral e seus reflexos no Direito Eleitoral brasileiro”, en Miranda, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra, vol. 2, 1997, pp. 477-530.). Para Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “a democracia representativa sempre se acha consubstanciada em um processo técnico de escolha de pessoas para que exerçam o poder em nome do povo, quanto, então, esse participa da formação da vontade do governo e no processo político” (Ferrari, Regina Maria Macedo Nery, “O desenvolvimento da democracia como resultado da efetiva participação do cidadão”, en Garcia, Maria (org.), *Democracia, hoje*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, pp. 209-256, p. 217).

⁸⁸ “Political representation is primarily a public, institutionalized arrangement involving many people and groups, and operating in the complex ways of large-scale social arrange-

La actuación del representante informada por el interés público⁸⁹ es un supuesto de la relación de representación y se reviste de carácter jurídico en la medida de su configuración constitucional. En virtud de la libertad para el ejercicio del mandato, tónica de los regímenes representativos contemporáneos, y de una visión colectiva de los representados, no existen mecanismos jurídicos para atestiguar el contenido de la relación subjetiva de representación. Existen límites objetivos, establecidos por la Constitución y garantizados por sanciones a los mandatarios que de estos escapan.

La confianza, tenida como el fundamento subjetivo de la relación del mandato representativo, no se reviste de carácter jurídico: no existe una sanción jurídica para el rompimiento de la confianza, tampoco un remedio jurídico para su restauración.

Pierre Bourdieu analiza la confianza —o *fides implícita*, como denomina el autor— por su tendencia sociológica, y afirma que configura una delegación total y global, una especie de crédito ilimitado que retira cualquier tipo de controle del pueblo (“os mais desfavorecidos”) sobre la representación.⁹⁰ El rompimiento de la relación subjetiva de confianza acaba por provocar efectos sólo en la esfera política, por su no renovación, en la búsqueda de los representantes por medio de una nueva decisión electoral.

No se puede afirmar, al menos jurídicamente, que sea la confianza el fundamento de la representación política. No existe cualquier criterio para su verificación, sea en el momento de la formación de la relación, sea en el

ments. What makes it representation is not any single section by any one participant, but the over-all structure and functioning of the system, the patterns emerging from the multiple activities of many people. It is representation if the people (or a constituency) are present in governmental action, even though they do not literally act for themselves” (Pitkin, Hanna Fenichel, *The concept of representation*, Berkeley, University of California Press, 1967, pp. 221 y 222). Brian Seitz conceptúa representación como una herramienta de traducción: “representation is the tool by which the political subject communicates its needs, interests, and wishes and offers it consent. That is, representation is the apparatus by means of which consensus is communicated and expressed, formally inscribed and authorized” (Seitz, Brian, *op. cit.*, p. 114).

⁸⁹ Sólo el interés público, para Sieyès, debe ser representado. Afirma el autor que “o direito de fazer-se representar só pertence aos cidadãos por causa das qualidades que lhes são comuns e não devido àquelas que os diferenciam”. “A legislação de um povo só está encarregada de um interesse geral” (Sieyès, Emmanuel Joseph, *A constituinte burguesa. Que é o terceiro estado?*, trad. de Norma Azeredo, Río de Janeiro, Liber Juris, 1986 [1789], pp. 144 y 146).

⁹⁰ Bourdieu, Pierre, “A representação política. Elementos para uma teoria do campo político”, en *O poder simbólico*, trad. de Fernando Tomaz, 6a. ed., Río de Janeiro, Bertrand Brasil, 2003, p. 167.

desarrollo del ejercicio del mandato. Tampoco existen instrumentos jurídicos para la ruptura de la relación cuando la confianza se deteriora.

La relación de representación, jurídicamente, se forma por medio de una autorización del cuerpo electoral para el cuerpo representativo, ambos tomados como sujetos colectivos. Una autorización por plazo determinado y cuya motivación puede tener cualquier contenido no prohibido por el derecho. Su invalidez únicamente puede ser declarada si la autorización es falseada: por fraude, por corrupción, por compra del voto, o por cualquier forma de abuso. Pero no se permite su destitución si lo que la constituye es un criterio subjetivo cualquiera: la belleza, amistad, una forma de protesta, una manifestación chistosa.

La autorización que forma la relación de representación no lleva consigo ningún contenido jurídico para el ejercicio del mandato.⁹¹ El representante tiene como limitación, el ordenamiento jurídico, sin cualquier determinación por parte del cuerpo electoral. No existe, por la representación política, una influencia del ciudadano en las manifestaciones del representante, aunque él actúa fuertemente en la composición del cuerpo representativo y de ello pueda resultar en expectativas para el electorado.

Nuevamente con Pierre Bourdieu, se puede reconocer que dicha autorización concede al representante, además del poder político, un poder simbólico, que le proporciona un crédito, relacionado con la confianza del grupo.⁹² Sólo en este sentido, fuertemente sociológico, es posible hablar en confianza. Ella no se manifiesta, sin embargo, en el campo jurídico. Jurídicamente existe libertad para el ejercicio del mandato: se trata más de un “encargo confiado a alguien de expresar la voluntad unitaria de la nación”.⁹³

La forma que tiene el ciudadano de intervenir en la formación de la voluntad política de manera más concreta es por medio de mecanismos de democracia directa. La democracia brasileña presenta, constitucionalmente, un diseño participativo. La práctica democrática, no obstante, es esencialmente representativa.

⁹¹ Sin embargo, como resalta Auro Augusto Caliman, los senadores juren “desempenhar fiel e lealmente o mandato”, según el artículo 4o., §2o. del Regimiento Interno del Senado (Caliman, Auro Augusto, *Mandato parlamentar. Aquisição e perda antecipada*, São Paulo, Atlas, 2005, p. 56).

⁹² Bourdieu, Pierre, *op. cit.*, p. 188.

⁹³ De acuerdo a la lectura que hace Giuseppe Duso de la representación pensada por la Revolución francesa: “perciò se parla di mandato libero: un mandato che non consiste tanto nell'espressione di una volontà determinata che deve essere rispettata e riportata in una sede superiore, quanto piuttosto in un incarico affidato a qualcuno di esprimere la volontà unitaria della nazione” (Duso, Giuseppe, *op. cit.*, p. 61).

La representación, pese a ser necesaria, no debe ser la única forma de participación del pueblo en la voluntad del Estado, en vista de las distorsiones que presenta por la mediación, lo que aparta el valor epistémico de la democracia.⁹⁴ Para Clèmerson Merlin Clève, “nos países do terceiro mundo, a democracia representativa, e pois, o direito de voto, assume uma proporção paradoxal: - é muito, mas, também, pouco”.⁹⁵

La crítica a la representación política, en lo principal a la representación parlamentaria, surge con los Parlamentos y se acentúa fuerte con la extensión del derecho de sufragio. Su núcleo está en la incompatibilidad de una visión individualista de la sociedad y una actuación necesaria colectiva de la representación, agregada a la ausencia de mecanismos de control y de prestación de cuentas del mandatario.⁹⁶ Y, también, en una comprensión indebida de la relación de representación.

Bruno Accarino afirma que, en el sentido común, la representación es sinónimo de apropiación indebida, confianza robada, traición de las aspiraciones de los electores y falta de espíritu público.⁹⁷ Georg Jellinek, en los primeros años del siglo XX, afirma, con relación a Inglaterra, la absoluta sumisión de la Cámara baja al gobierno.⁹⁸ Para el autor, la censura no se direcciona en acabar con el parlamentarismo, sino intenta mejorarlo, a partir de sus instituciones, como la ampliación del sufragio y la adopción de la

⁹⁴ Según la posición de Carlos Santiago Nino (Nino, Carlos Santiago, *La Constitución...*, cit., pp. 204 y 205).

⁹⁵ Clève, Clèmerson Merlin, *Temas...*, cit., p. 17. Para Francisco Weffort el desafío es encontrar medios de participación sin prescindir de la representación política, buscando la mejora de la democracia por la complementación de los dos principios (Weffort, Francisco, *Por que democracia?*, São Paulo, Brasiliense, 1984, pp. 121 y 128-129).

⁹⁶ Para Nelson Jobim, esa crítica se debe también a la incapacidad del cuerpo parlamentaria en cumplir sus funciones, parte causada por el vacío del poder del Parlamento durante el modelo constitucional anterior (Jobim, Nelson, “Partidos políticos e organização partidária”, *ANAIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*, Puerto Alegre, Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990, pp. 138-147, 169-172, en especial p. 142).

⁹⁷ “Nel sentire comune, rappresentanza è sinonimo di appropriazione indebita, fiducia carpitata e non ripagata, tradimento delle aspettative degli elettori e mancanza di spirito pubblico”. Y continúa: “l’astrazione giuridico-formale della cittadinanza, che sola rende possibile la rappresentanza moderna, produce effetti contro-intenzionali che la svuotano e la vanificano” (Accarino, Bruno, *op. cit.*, pp. 10 y 11). En sentido más enfático, Raul Zibechi afirma que la representación es siempre alienación y configura un principio contrario a la democracia (Zibechi, Raúl, *Poder y representación: ese estado que llevamos dentro*, Chiapas, núm. 13, 2002).

⁹⁸ “Por eso, ahora se ha observado, amargamente, que la Cámara baja se parece menos a una asamblea legislativa y mucho más a un cuerpo que registra los decretos gubernamentales”, Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Förster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 [1906], p. 61.

representación proporcional. El exceso de partidos debilita el Parlamento, lo vuelve incapaz de manifestar la voluntad unitaria de la nación y deja las mayorías a las colusiones o al azar.⁹⁹

La crítica en relación con la representación política se direcciona a la imposibilidad de determinación de su contenido. Cabe resaltar, sin embargo, que “ningún sistema institucional puede garantizar la esencia, la substancia de la representación”.¹⁰⁰ Se exige, por tanto, un control efectivo y la toma de la responsabilidad por el ciudadano, que necesita percibir su papel en la democracia representativa y darse cuenta de las demás formas de interferencia en la formación de la voluntad política.

Paulo Bonavides hace una defensa intensa de la democracia participativa, caracterizándola como un derecho fundamental de cuarta generación. Afirma la necesidad de apartar la “perversão representativa”, el “falsamento da vontade”, las “imperfeições conducentes às infidelidades do mandato” y los “abusos da representação”, en busca de una “repolitização da legitimidade criadora de uma neocidadania governante”. Los vicios electorales, la propaganda dirigida, la manipulación de la conciencia pública y de opinión del ciudadano por los poderes y medios de información a servicio de la clase dominante, desvirtúan la democracia haciendo que el mandato pierda sus rasgos republicanos y se vuelva usurpador, “*confisco da vontade popular e transmutação da chamada democracia representativa em um simulacro de governo popular*”.¹⁰¹

Para Lúcia Avelar, la participación política, instrumento de legitimación y fortalecimiento de las instituciones democráticas, asumida como “a ação de indivíduos e grupos com o objetivo de influenciar o processo político”, puede darse por la vía electoral, por la vía corporativa (que busca la representación de intereses privados en el sistema estatal y se realiza por

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 68 y 69.

¹⁰⁰ “*No institutional system can guarantee the essence, the substance of representation*” (Pitkin, Hanna Fenichel, *op cit.*, p. 239). Para Olavo Brasil de Lima Junior, la crisis asociada al sistema de representación deriva de la insuficiencia de la reflexión de la teoría política sobre las atribuciones del Poder Legislativo (Lima Junior, *op. cit.*, p. 14). Desde otro punto de vista, Walter Benjamin también critica el Parlamento: “si vien meno la consapevolezza della presenza latente della violenza in un istituto giuridico, esso decade. Un esempio di questo processo è fornito, in questo periodo, dai parlamenti. Essi presentano il noto, triste spettacolo, perché non sono rimasti consapevoli delle forze rivoluzionarie a cui devono la loro esistenza... Manca loro il senso della violenza creatrice di diritto che è rappresentata in essi; non c'è quindi da stupirsi che non pervengano a decisioni degne di questo potere, ma curino, nel compromesso, una condotta degli affari politici che vi vorrebbe senza violenza” (Benjamin, Walter, “Per la critica della violenza”, en Solmi, Renato (a cura di) *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, Turin, Einaudi, 1995 [1920], en especial pp. 5-30, p. 17).

¹⁰¹ Bonavides, Paulo, *Teoria constitucional da democracia participativa*, 14a. ed., São Paulo, Malheiros, 2004, capítulo 1.

lobbies y por organizaciones profesionales) y por la vía organizacional (relacionada con un espacio no institucionalizado de la política, formado por grupos identificados a partir de un déficit de reconocimiento).¹⁰²

Para la “salvación” de la representación política, algunos autores presentan el mandato partidista. Hans Kelsen señala, en un escrito de la década de 1920, a los partidos políticos como “um dos elementos mais importantes da democracia real”, única forma de influencia del individuo en la voluntad del Estado. Y es enfático: “só a ilusão ou a hipocrisia pode acreditar que a democracia seja possível sem partidos políticos”.¹⁰³

En contra de la representación se pone, para algunos autores, la “multitud”. La multitud, que rechaza la homogeneización de los conceptos de nación y pueblo, es multicolor y actúa políticamente en la búsqueda de la democracia,¹⁰⁴ resistiendo al “Imperio” y creando nuevos espacios a partir de demandas por ciudadanía global, condiciones de vida y control sobre la producción.¹⁰⁵ Y la multitud no se deja representar, es autoconvocable, se organiza en redes de participación y de toma de decisiones.¹⁰⁶

Con una visión menos romántica, advierte Brien Seitz que la democracia, más allá de la representación, no se muestra como una democracia directa, como “la voz pura de la soberanía popular” o “la voluntad orgánica del pueblo”, sino como una hegemonía organizada tecnológicamente que enmarcaría el fin del conflicto ontológico de la representación.¹⁰⁷

Con la superación del conflicto, sin embargo, poco restaría de la democracia.

¹⁰² Avelar, Lúcia, “Participação política”, en Avelar, Lúcia y Cintra, Antônio Octávio (orgs.), *Sistema político brasileiro: uma introdução*, São Paulo, Editora da Unesp, 2004, pp. 223-235.

¹⁰³ Kelsen, Hans, *A democracia*, trad. de Ivone Castilho Benedetti et. al., São Paulo, Martins Fontes, 2000 [1955], pp. 39 y 40. Se trata del ensayo *Essência e valor da democracia*, publicado en 1920 y revisado en 1929.

¹⁰⁴ Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Multidão*, trad. de Clóvis Marques, Río de Janeiro, Record, 2005, pp. 13 y ss. La noción de multitud parte de la idea de biopoder (en que el poder domina la vida, haciendo vivir y dejando morir, concentrándose no más sobre el individuo, sino sobre la población, con una estrategia política nueva) desarrollada por Michel Foucault en la última clase de su curso *Em defesa da sociedade* y retomada en el curso *Segurança, território, população* (Foucault, Michel, *Em Defesa da Sociedade*, trad. de Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2002; mismo autor, *Seguridad, territorio, población*, trad. de Horacio Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006).

¹⁰⁵ Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Império*, trad. de Berilo Vargas, Río de Janeiro, Record, 2001.

¹⁰⁶ Zibechi, Raul, “Poder y representación: ese estado que llevamos dentro”, *Chiapas*, México, núm. 13, 2002.

¹⁰⁷ Seitz, Brian, *op. cit.*, p. 157. Puede que sea el “pensamiento único” de la globalización capitalista, denunciado por Milton Santos (Santos, Milton, *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, 5a. ed., Río de Janeiro, Record, 2001).

II. EL IDEAL REPUBLICANO Y LA CULTURA DEMOCRÁTICA

Brasil presenta un déficit en su cultura democrática y también un espíritu republicano hueco.

La falta de participación popular en la proclamación de la República brasileña está evidenciada por historiadores, como José Murilo de Carvalho. El autor señala los debates sobre el modelo republicano a ser adoptado, las “tradições” republicanas en disputa y la lucha por la construcción del “mito de origem”, con la elaboración de historias, héroes y símbolos. El de Carvalho utiliza la expresión de Aristides Lobo y afirma que el pueblo acompaña el nacimiento de la República “bestificado”, sorprendido.¹⁰⁸

Maria García afirma que se encuentran demandas republicanas en los movimientos e insurrecciones al final del siglo XVIII y en la primera mitad del siglo XIX en Brasil como la Inconfidencia Minera, Inconfidencia Baiana (Revuelta de los Sastres), Revolución Pernambucana, Confederación del Ecuador, Cabanada, Revolución de los Farrapos y Sabinada.¹⁰⁹ La autora subraya, sin embargo, que después de la proclamación, las “diversas repúblicas” brasileñas evidenciaron “a descontinuidade do processo democrático, seus hiatos e lacunas e, ao mesmo tempo, a desvinculação entre as instituições firmadas em nome do regime republicano, nas suas bases populares e as raízes populares”.¹¹⁰

No obstante, es posible afirmar que el momento constituyente democrático que culmina en la Constitución de 1988 promueve la fundación de una República. A partir del nuevo ordenamiento constitucional, la sociedad brasileña, republicana por casualidad, tiene un substrato normativo que autoriza afirmar que el Estado brasileño está fundado en un ideal republicano y permite la construcción de un *idem sentire de republica*.¹¹¹

¹⁰⁸ Carvalho, José Murilo de, *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990. También, véase el análisis del periodista Hélio Silva (Silva, Hélio, *1889: a República não esperou o amanecer*, Puerto Alegre, L&PM, 2005).

¹⁰⁹ Raymundo Faoro exterioriza dicha impresión en su análisis sobre la formación de la política brasileña (Faoro, Raymundo, *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*, 3a. ed, revista São Paulo, Globo, 2001 [1957], pp. 303 y ss.).

¹¹⁰ García, María, *A República no Brasil*, Brasília, Programa Nacional de Desburocratização/Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985, pp. 21 y 44.

¹¹¹ Jürgen Habermas señala la idea de que la formación del Estado constitucional democrático exige un pueblo que se autodetermine. “Caso o povo, porém, que se autocompreendia autoritativamente, não tivesse se tornado uma nação de cidadãos autoconscientes, haveria faltado força propulsora a uma reformulação jurídico-política como essa, e também força vital à república formalmente instruída”. La idea de nación viene completar el vacío, “capaz de integrar as consciências morais” (Habermas, Jürgen, “O Estado nacional europeu

La noción de República no se contrapone a la de la monarquía. En un escrito del siglo XVIII, Edmund Burke defiende que la monarquía inglesa no es garante solamente por no violación de la ley por el príncipe, sino que exige que los poderes discrecionales del monarca “deben ser ejercidos todos ellos basándose en principios públicos y fundamentos nacionales y no en las preferencias o los prejuicios, las intrigas o la política de una corte”. Resalta que todos —parlamentarios, jueces y el rey— son “fideicomisarios del pueblo”, “porque ningún poder se confiere para beneficio exclusivo de su poseedor”.¹¹² La noción de los principios públicos como criterio de legitimidad de la acción política está vinculada al ideal republicano. Sus enemigos no se confunden con el rey.

Philip Pettit señala que el pensamiento republicano respecto a la ciudadanía y al gobierno parte de una noción de confianza y que el papel del gobierno es promover la libertad de los ciudadanos. La confianza en los gobernantes deriva de la convicción de su actuación conforme las reglas legales y con una disposición cooperativa, vista como una virtud cívica, siendo así, al mismo tiempo impersonal y personal. Aunque la confianza impersonal sea garantizada por algunos mecanismos, como mandatos limitados, separación de poderes y control democrático, la relación republicana entre gobernantes y gobernados siempre supone la virtud, la confiabilidad tanto en los ciudadanos como en aquéllos que ejercen el poder. Al ciudadano, resalta el autor, cabe la eterna vigilancia: sin eso, no hay esperanza para la virtud pública.¹¹³ Para que exista libertad es necesaria una virtud cívica, que exige disposición para la participación en el gobierno y determinación para el ejercicio de una eterna vigilancia con relación a los gobernantes.¹¹⁴

Es posible aproximar el ideal republicano como intercambio de valores de la noción de *Verfassung*. Entendida como una condición histórico-existen-

– sobre o passado e o futuro da soberania e da nacionalidade”, en *A Inclusão do outro*, Estudios de teoría política, trad. de Paulo Astor Soethe, São Paulo, Loyola, 2004 [1996], pp. 127-151, en especial p. 135).

¹¹² Burke, Edmund, “Pensamientos sobre las causas del actual descontento”, en *Textos políticos*, trad. de Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1942 [1770], pp. 259-293, en especial pp. 268 y 274.

¹¹³ Pettit, Philip, “Republican Theory and Political Trust”, en Braithwaite, Valerie y Levi, Margaret (eds.), *Trust and Governance*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 1998, pp. 295-314.

¹¹⁴ Pettit, Philip, “Republican Political Theory”, en Fleurbaey, Marc, Salles, Maurice, Weymark, John A. (eds.), *Justice, Political Liberalism, and Utilitarianism*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, pp. 389-410: “the price of liberty is civic virtue, then, where that includes both a willingness to participate in government and a determination to exercise eternal vigilance in regard to the governors” (p. 389).

cial de una comunidad de hombres que se articulan permitiendo la construcción de una comunidad política y así, del Estado,¹¹⁵ supone la asunción de un conjunto de valores que informa el orden jurídico y la actuación de los poderes públicos.

Dichos valores, sin embargo, como subraya António Manuel Hespanha, no son valores densos o espesos. Existe un acuerdo entre valores finos, mínimos: todos están de acuerdo con la idea democrática, pero no con su contenido.¹¹⁶ Para Antonio D'Atena, el valor común, de la fundamentación de todas las reglas, es la igualdad de los ciudadanos.¹¹⁷

Para Zygmunt Bauman, la idea republicana no impone un modelo de vida correcto, pero incita “a capacitação dos cidadãos para discutirem livremente os modelos de vida de sua preferência e praticá-los. A república é uma ampliação, não uma redução de opções – seu objetivo é aumentar, não limitar as liberdades individuais”.¹¹⁸ En Aristóteles, el mejor gobierno es “aquele no qual cada um encontre a melhor maneira de viver feliz”.¹¹⁹ Esa vertiente del ideal republicano encuentra especial guarida en Constituciones como la Carta Brasileña de 1988.¹²⁰

El ideal republicano repercute el valor de la igualdad.¹²¹ Dicho valor, bien final a ser perseguido, se reviste constitucionalmente de un principio

¹¹⁵ Noción de *Verfassung* a partir del entendimiento de Maurizio Fioravanti (Fioravanti, Maurizio, *Stato e costituzione: Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Turín, G. Giappichelli, 1993, p. 191). El autor resalta que la *Verfassung* no puede ser creada por la voluntad de contractual de los individuos, tampoco por la voluntad del Estado (p. 193).

¹¹⁶ Hespanha, António Manuel, *O liberalismo...*, cit., Francisco Weffort, en escrito de 1985, afirma que la lucha política en Brasil era una lucha respecto al significado de la democracia (Weffort, Francisco, *Por que democracia?*, São Paulo, Brasiliense, 1984, p. 59).

¹¹⁷ D'atena, Antonio, “Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali”, en Miranda, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra, 1996, p. 440.

¹¹⁸ Bauman, Zygmunt, *Em busca da política*, trad. de Marcus Penchel, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 2000, p. 190. Se debe, sin embargo, atender para una advertencia del autor. La idea republicana niega la necesidad de la memoria histórica y se presenta como fábrica de bien común a partir de la capacidad humana de criticar, razonar y juzgar, suponiendo la tríplice libertad de discurso, expresión y de asociación y considerando la felicidad universal como propósito supremo de la República. El peligro de la República es firmar el compromiso equivocado, y su propuesta es garantizar una libertad positiva a sus ciudadanos, combinando la libertad individual en contra de la interferencia y el derecho del ciudadano de intervenir, como argamasa que une la comunidad republicana (pp. 166-169).

¹¹⁹ Conforme Aristóteles, *A política*, São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 59.

¹²⁰ Gabardo, Emerson, *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*, Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 367.

¹²¹ Para Roberto Gargarella, la primera promesa del derecho es la igualdad (Gargarella, Roberto, *Aula magna*, Proferida na Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, 02 de marzo de

de igualdad, con fuerza normativa y que se muestra como un bien inicial con contenido normativo que orienta las acciones.¹²² Además, la exigencia de igualdad es indispensable para el concepto deliberativo de una teoría epistémica de democracia: igual voz e igual voto son precondiciones para la caracterización de una igualdad substantiva.¹²³

No se trata de una visión liberal de igualdad, que considera los sujetos como igualmente propietarios de su propio cuerpo, como iguales ante el contrato social, ciudadanos iguales a Rousseau y miembros iguales de la nación, como resalta Pietro Costa. El autor subraya que, en este contexto, la defensa de los derechos contra el poder también significa la defensa de la libertad contra la igualdad. La igualdad, para el liberalismo, es una igualdad formal, jurídica, que compone la ciudadanía solamente en la medida en que permite que todos se vuelvan titulares de derechos. Esa es la única igualdad compatible con su noción de libertad.¹²⁴

La libertad, en el pensamiento republicano, es vista como la no-dominación. La no-dominación no excluye la interferencia, sino única la interferencia arbitraria, sustancial o procedimental, y aunque potencial,¹²⁵ subraya Philip Pettit. La inexistencia de dominación permite que todos sean iguales, sin que nadie necesite hacer deferencia a otro, tampoco temerlo. La ley republicana no restringe la libertad y tampoco la compromete, sólo la condiciona. Además, el significado del ideal republicano implica en una noción de justicia distributiva: la máxima distribución de la libertad, asumida como no-dominación, requiere un compromiso con la redistribución, que sirve para alejar los factores que permiten la dominación.¹²⁶

2009). Para el autor, la tradición radical republicana, inspiración en la América Latina en el siglo XIX, buscaba realizar las condiciones materiales del constitucionalismo (Gargarella, Roberto, *Constitucionalismo, democracia e poder judiciário*, Ciclo de ponencias presentadas en el Programa de Posgrado en Derecho-UFPR, Curitiba, 02 y 03 de marzo de 2009).

¹²² Se tiene en cuenta aquí, la distinción expuesta por Gustavo Zagrebelsky. Los valores autorizan la acción o el juicio en relación con el resultado, al fin buscado, mientras los principios establecen el contenido legítimo de las acciones o juicios que persiguen valores a partir de direcciones, sin indicación precisa de la acción o del juicio (Zagrebelsky, Gustavo, “Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 31, Florencia, t. 1, pp. 865-897 2002).

¹²³ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución... cit.*, p. 92.

¹²⁴ Costa, Pietro, *Democrazia...*, *cit.*, pp. 27 y 28.

¹²⁵ Newton Bignotto afirma que “*para os novos republicanos, um cidadão não deve apenas não sofrer interferência em sua independência (liberdade negativa), ele deve ter a garantia institucional de que tal não ocorrerá*”, (Bignotto, Newton, “Humanismo cívico hoje”, en mismo autor (org.), *Pensar a República*, Belo Horizonte, UFMG, 2000, pp. 49-69, p. 56). Cabe repetir que no se trata de interferencia, pero de interferencia arbitraria, que configura dominación.

¹²⁶ Pettit, Philip, “Republican...”, *cit.*, pp. 389-410.

Como afirma Sérgio Cardoso, la idea republicana supone “um espaço comum equalizador, definido pela implicação de todos os cidadãos no sistema das decisões políticas”, extrapolando la exigencia de democracia política para alcanzar “a democratização econômica, social e cultural”.¹²⁷

Roberto Gargarella se dedica a analizar el republicanismo contemporáneo, que surge al final del siglo XX y acaba combinando críticas liberales y comunitarias. Para el autor, esa corriente de pensamiento —defiende valores cívicos (como la igualdad, la integridad, la solidaridad, el compromiso con los demás, entre muchos otros) y una idea fuerte de libertad— que exige un conjunto de condiciones políticas y económicas para que pueda realizarse. El Estado, así, necesita actuar en el sentido de asegurar dichas condiciones, pero siempre bajo el control efectivo de los ciudadanos. La preocupación de Gargarella con el republicanismo está en la posibilidad de intervención en la esfera individual, a partir de la exigencia de determinadas posturas morales, con un ideal de excelencia que alcance a la autonomía individual. Es posible, sin embargo, un compromiso sin involucrar un concepto moral vigoroso, asumiendo valores “institucionalmente circunscritos”: se exige un compromiso con el bien público, con la permisión de que cada individuo pueda desarrollar su vida de la manera como mejor le convenga.¹²⁸

La idea de igualdad tomada por la Constitución de 1988 indica posibilidades de lectura que extrapolan la noción de igualdad formal y se ajustan a la noción de libertad republicana.¹²⁹ No es posible, en ningún momento, agotar la exigencia en una “igualdad frente a la ley”. La configuración social del Estado exige una actuación estatal efectiva en el sentido de garantizar las condiciones igualitarias de vida, de participación política y de realización personal.

No se trata de una Constitución comunitaria,¹³⁰ sino de una Constitución republicana, que combine elementos liberales y elementos igualita-

¹²⁷ Cardoso, Sérgio, “Notas sobre a tradição do ‘governo misto’”, en Bignotto, Newton (org.), *Pensar a República*, Belo Horizonte, UFMG, 2000, pp. 27-48, en especial p. 29.

¹²⁸ Gargarella, Roberto, *As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política*, trad. de Alonso Reis Freire, São Paulo, Martins Fontes, 2008 [1999], pp. 183-221. Otra importante cuestión levantada por el autor se refiere a la primacía del bien común sobre los derechos individuales, defendida por el republicanismo.

¹²⁹ Sérgio Cardoso aduce que las reivindicaciones republicanas componen lo que resta de la cultura política de izquierda, después del abandono de la exigencia de la socialización de los medios de producción y de la riqueza social y de la democratización de la vida social y política (Cardoso, Sérgio, *op. cit.*, p. 27-48, p. 27).

¹³⁰ Roberto Gargarella se refiere a la crítica a los comunitaristas y su visión de que ni todos los ideales de vida buena son igualmente valiosos (Gargarella, Roberto, *As teorias... cit.*, pp. 183-221. Adelante, Gargarella presenta la posición de Joseph Raz, para quien “o fato de

rios. El Estado y la Constitución no son axiológicamente neutrales, pero no imponen un contenido cerrado para los valores que eligen a partir de una deliberación democrática.¹³¹

Los objetivos de la República federativa de Brasil, expuestos en el artículo 3o. de la Constitución brasileña son: construir una sociedad libre, justa y solidaria; garantizar el desenvolvimiento nacional; erradicar la pobreza y la marginalización; reducir las desigualdades sociales y regionales, y promover el bien de todos sin perjuicios de origen, raza, sexo, color, edad y otras formas de discriminación. También pueden ser entendidos como una exigencia de trato de todos los ciudadanos con igual consideración y respeto.

El adjetivo “solidaria” remete a una relación de pertenecer a la comunidad, a la responsabilidad conjunta por los actos y por los destinos de la sociedad, y la tarea de la erradicación de la pobreza y de la marginalización evidencia la necesidad de integrar a todos a la categoría de ciudadano, y se justifica respecto a la mejora de las instituciones democráticas. No parece haber dudas en relación con los demás objetivos: ninguno de ellos valora o desvalora visiones individuales de vida y moral.

El bien común¹³² de la sociedad brasileña, definido por el artículo 3o. y por otros dispositivos de la Constitución, como criterio de evaluación de la

o Estado agir motivado por certos ideais do bem não implica assumir que exista apenas uma concepção moral plausível (pelo contrário —acrescenta—, o perfeccionismo é compatível com um ‘pluralismo de valores’ – com a idéia de que existem múltiplas formas de vida muito diferentes entre si, e todas elas preciosas)” (p. 167).

¹³¹ A menos que se tenga una baja visión del comunitarismo, como la de Gisele Cittadino, que afirma su compatibilidad con múltiples identidades sociales, con una idea de justicia bajo valores compartidos (desde que débilmente) y con una visión de la Constitución que trae como contenido un proyecto social. Bajo dicho prisma, la autora defiende que hay un “constitucionalismo comunitario” en Brasil, a partir del establecimiento de una fundamentación ética para el orden jurídico y de la prioridad a los valores de igualdad y de dignidad. La autora afirma, todavía, que la Constitución de 1988 trae un lenguaje comunitario (Cittadino, Gisele, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, 2a. ed., Río de Janeiro, Lumen Juris, 2000).

¹³² Subraya Newton Bignotto que si “a noção de bem público pode nos parecer abstracta, a idéia de que o melhor de todos é a somatória dos interesses particulares também não possui a objetividade alegada por alguns teóricos” (Bignotto, Newton, “Humanismo cívico hoje”, *cit.*, pp. 49-69, en especial p. 64). Además de eso, si la ausencia de concreción es obstáculo para la defensa de un valor o de un principio, no se puede afirmar que el Estado brasileño defienda la libertad y la igualdad o que el constitucionalismo asegura la democracia. Debería, pues, ser completamente descartada la expresión “estado de derecho”. Y más, cabe traer la advertencia de Zygmunt Bauman, sobre la incredulidad en la existencia de un bien común y sus consecuencias: “Como a arte de negociar intereses comuns e um destino compartilhado vem caindo em desuso, raramente é praticada, está meio esquecida ou nunca foi propriamente aprendida; como a idéia do ‘bem comum’ é vista com suspeição, como ameaçadora, nebulosa ou confusa – a busca de segurança numa identidade comum e não em

legitimidad y de la legalidad de la actuación del Estado, no interfiere en la libertad individual. Sus exigencias se relacionan con una noción de igualdad, pero no una igualdad total. Es una noción de bien común que permite la realización de la comunidad política.

El modelo republicano de democracia, que no supone una verdad moral objetiva, aunque abierto al debate respecto a los fines y medios de la sociedad política, impone, sin embargo, la cooperación de los ciudadanos.¹³³

También en el cerner de la idea republicana está la visibilidad de la decisión política. Para Jônatas Machado, el gobierno republicano se caracteriza por la instrucción pública, el derecho de sufragio y la libertad de expresión.¹³⁴ Todavía es posible vislumbrar en el ideal republicano la vinculación de los agentes estatales a las funciones, en una insuperable relación entre su competencia y sus tareas, todas constitucionalmente determinadas, allá de la reserva de autodeterminación individual.¹³⁵

Geraldo Ataliba afirma que el principio republicano es lo más importante del ordenamiento constitucional. La República es la síntesis de todas las instituciones e implica la representación del pueblo en el ejercicio de las funciones públicas. El principio republicano demanda compromiso de los gobernantes con las instituciones y con la función que ejercen. La República exige todavía la libre expresión de las minorías, la existencia de canales de oposición institucional. Aduce tres principios que son la base de las instituciones republicanas: la legalidad, igualdad e intangibilidad de las libertades públicas.¹³⁶

função de interesses compartilhados emerge como o modo mais sensato, eficaz e lucrativo de proceder; e as preocupações com a identidade e a defesa contra manchas nela tornam a idéia de interesses comuns, e mais ainda interesses comuns negociados, tanto mais incrível e fantasiosa, tornando ao mesmo tempo improvável o surgimento da capacidade e da vontade de sair em busca desses interesses comuns” (Bauman, Zygmunt, *Modernidade líquida*, trad. de Plínio Dentzien, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 2001, p. 124).

¹³³ Para Andrea Greppi, dicha visión de Carlos Santiago Nino le aproxima del perfeccionismo de John Stuart Mill y del modelo de ciudadano virtuoso de Rousseau. Todavía, afirma que Nino establece su modelo valioso de ciudadanía sin considerar la voluntad concreta de los individuos (Greppi, Andrea, *op. cit.*, pp. 252 y 253).

¹³⁴ Machado, Jônatas E. M, *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 52 y 61.

¹³⁵ Resalta Eduardo García de Enterría que el contenido de la Constitución, establecido popularmente, determina que “los ejercientes del poder serán agentes y servidores del pueblo y no sus propietarios, y, por su parte, esas funciones han de definirse como limitadas, especialmente por la concreción de zonas exentas al poder, reservadas a la autonomía privada (libertades y derechos fundamentales)” (García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 44 y 45).

¹³⁶ Ataliba, Geraldo, *República e Constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985. El autor afirma que los principios de la República y de la Federación “exercem função capitular

La igualdad de acceso a los puestos electivos de poder como elemento del principio republicano es el énfasis de Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho y Paulo Gustavo Gonet Branco: una República constitucional presupone la igualdad de condiciones, sin distinciones, en la investidura en el poder y el acceso a los cargos públicos, desde que queden satisfechas las condiciones constitucionales y legales.¹³⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello se dedica al contenido jurídico del principio de igualdad, afirmando la imposición del trato desigual cuando existe un factor diferenciador relevante. La distinción de trato, sin embargo, debe ser adecuado a la diferencia real y coadunarse con los valores y principios constitucionales.¹³⁸

La noción de “Constitución-proyecto” o “*costituzione-indirizzo*” se relaciona no sólo con la atribución de tareas al Estado, sino también a la imposición de funciones a los ciudadanos. A partir de la comprensión de la Constitución como un sistema de valores, no solamente el Estado tiene su poder limitado por la persecución de determinados fines, sino que la sociedad pasa a ser vista como una *universitas*, en la que cada integrante tiene un papel a cumplir para la realización de una empresa colectiva.¹³⁹

Una de las facetas positivadas del ideal republicano en su relación con el ciudadano está en la obligatoriedad del voto. Su aceptación, sin embargo, no es pacífica ante el principio democrático y la idea de libertad. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “o voto obrigatório degrada tanto a qualidade quanto a representatividade efetiva dos eleitos”, al desvalorar la decisión de votar y permitir más fácilmente la manipulación.¹⁴⁰

Maurizio Fioravanti se refiere al voto como función, al explicar el modelo estatal de las libertades. En dicha visión, en que el Estado surge como origen de los derechos, la elección de los representantes no significa el ejercicio de una libertad originaria del individuo, tampoco configura una trans-

da mais transcendental importância, determinando inclusive como interpretar os demais”, son reiterados por otras disposiciones constitucionales y configuran un núcleo rígido de la Constitución (Ataliba, Geraldo, “Eficácia dos princípios constitucionais—República—Periodicidade e alternância—Reeleição das mesas do Legislativo”, *Revista de Direito Público*, São Paulo, núms. 55 y 56, julio-diciembre 1980, pp. 166-170.

¹³⁷ Mendes, Gilmar Ferreira, Coelho, Inocêncio Mártires y Branco, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2a. ed., São Paulo, Saraiva, 2008, p. 147.

¹³⁸ Bandeira de Mello, Celso Antônio, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002, p. 21.

¹³⁹ Fioravanti, Maurizio, *Appunti...*, *cit.*, pp. 136 y 139.

¹⁴⁰ Bandeira de Mello, Celso Antônio, “Representatividade e democracia”, en Rocha, Cármen Lúcia Antunes y Velloso, Carlos Mário da Silva (coords.), *Direito Eleitoral*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, pp. 41-53, en especial p. 43.

ferencia de poder. Existe el ejercicio de una función, “aquella de designar, no interesse público e sobre a base exclusiva do direito positivo estatal, aqueles que terão a tarefa de expressar a soberania do Estado em forma de lei”.¹⁴¹

El ideal republicano y el Estado social exigen del ciudadano: una postura más activa de lo que la posición liberal clásica. Les cobran un sentimiento de participación y compartición de destino, una preocupación creciente con la colectividad y una solidaridad, por lo menos objetiva y económica.

Se pasa a exigir del individuo no sólo la elección de candidatos y su mínima vigilancia. El voto periódico, que aprueba o desaprueba mandatarios o adhiere a determinada candidatura, no es suficiente. Una ciudadanía activa es ahora reivindicada, como lo es una democracia más allá del momento electoral, una opinión pública que supere el resultado de las urnas y los sondeos de opinión.

Del ciudadano se exige un papel de protagonismo, no sólo en la defensa de sus derechos, sino también “en el cumplimiento de sus obligaciones y deberes”, en una actuación.¹⁴²

Además de los deberes ciudadanos, el principio republicano reclama un sentimiento constitucional.¹⁴³ Una compartición de valores —aunque finos— que permitan la configuración de una comunidad jurídica.

En el hoy, la cuestión de la ciudadanía se encuentra insertada en una lógica de mercado. Se habla del usuario, los derechos contra el Estado, y los deberes republicanos son excluidos del discurso. Quizá al efecto del vaciado de la política, quizá de la incredulidad en la democracia.¹⁴⁴

¹⁴¹ Fioravanti, Maurizio, *Appunti... cit.*, p. 47: “...che è quella di designare, nell’interesse pubblico e sulla base esclusiva del diritto positivo statale, coloro che avranno il compito di esprimere la sovranità dello Stato in forma di legge”.

¹⁴² Montufar, Cesar, “Antipolítica, representación y participación ciudadana”, *Ecuador Debate*, Quito, núm. 62, agosto de 2004. www.dlh.lahora.com.ec/paginas/debate/paginas/debate1126.htm. El autor se refiere a cuatro líneas de acción: exigencia y expansión de derechos y garantías; control, vigilancia y petición de cuentas; colaboración con la autoridad y fortalecimiento institucional; e innovación política.

¹⁴³ Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, Brasil sufre de “uma das piores pragas que pode corroer a prática jurídica e democrática de um povo: o desconhecimento ou a não vivência do sentimento constitucional” (Rocha, Cármen Lúcia Antunes, “A Constituição segundo a lei eleitoral ou a lei eleitoral segundo a Constituição”, *Paraná Eleitoral*, Curitiba, núm. 30, 1998).

¹⁴⁴ “...o outro lado da individualização parece ser a corrosão e a lenta desintegração da cidadania”. “Se o indivíduo é o pior inimigo do cidadão, e a individualização anuncia problemas para a cidadania e para a política fundada na cidadania, é porque os cuidados e preocupações dos indivíduos enquanto indivíduos enchem o espaço público até o topo, afirmando-se como seus únicos ocupantes legítimos e expulsando tudo mais do discurso público. O ‘público’ é colonizado pelo ‘privado’; o ‘interesse público’ é reduzido à curiosidade sobre as vidas privadas de figuras públicas e a arte da vida pública é reduzida à exposição pública

III. ENTRE LA DEMOCRACIA Y EL CONSTITUCIONALISMO

En la realidad brasileña actual, la política se ha vuelto una cuestión jurídica. Como en este estudio también se debatirá el papel del Poder Judicial en el control de las elecciones y por lo tanto, en la garantía de la calidad de la democracia, cabe iniciar un duro debate.

A partir de las nociones constitucionales de democracia y de Estado de derecho, es necesario enfrentar la cuestión central de la teoría constitucional: los límites constitucionales de las decisiones democráticas y, por consiguiente, el papel de la jurisdicción constitucional en la garantía de la observancia de dichos límites. Como afirma Gustavo Zagreblesky, “la función del tribunal (constitucional) es política, pero al mismo tiempo no pertenece a la política; resulta esencial en nuestro modo de entender la democracia, pero al mismo tiempo no deriva de la democracia”.¹⁴⁵

En primer lugar, es necesario resaltar el trato dado por el pensamiento liberal a la esfera pública. Benjamin Constant pone en relieve que la existencia de los individuos no puede estar sometida a la disposición de los ciudadanos: una parte de la vida debe quedarse al margen de la disputa social: “onde começa a independência e a existência individual termina a jurisdição da sociedade”. Entre las materias ajenas al legislador están los derechos individuales anteriores e independientes de la autoridad política, como la libertad individual, religiosa, de opinión y expresión, el gozo de la propiedad y la garantía contra todo alto arbitrario.¹⁴⁶ Existe una división entre lo que es puramente individual —pero que exige la protección estatal contra su violación, por el Estado o por otros individuos— y lo que dice res-

das questões privadas e a confissões de sentimentos privados (quanto mais íntimos, melhor). As ‘questões públicas’ que resistem a essa redução tornam-se quase incompreensíveis” (Bauman, Zygmunt, *Modernidade líquida*, trad. de Plínio Dentzien, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 2001, p. 46).

¹⁴⁵ Zagreblesky, Gustavo, *Princípios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2008 [2005], p. 11.

¹⁴⁶ Constant, Benjamin, *Princípios políticos constitucionais: Princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França*, trad. de Maria do Céu Carvalho, Río de Janeiro, Liber Juris, 1989 [1815], pp. 63-70. Escribiendo tras la Revolución francesa y el terror, el autor afirma: “o reconhecimento abstrato da soberania do povo não acrescenta nada na liberdade dos indivíduos e caso se lhes atribua uma dimensão ilimitada pode perder-se a liberdade” (p. 62). Roberto Gargarella afirma que las decisiones sobre privacidad no deben ser tomadas ni por el legislador ni por los tribunales, sino por el individuo Gargarella, Roberto, “Constitucionalismo...”, *cit.*

pecto a la comunidad, al conjunto de ciudadanos, y que debe ser decidido por todos.¹⁴⁷

Sin embargo, la elección entre los principios que deben orientar la vida en común y los derechos reconocidos y protegidos por el Estado, con la definición de lo que es de autonomía individual y lo que constituye la esfera pública se somete, a partir de la adopción del constitucionalismo, a una decisión constituyente. Ésta supone una intención fundadora y permanente, o por lo menos, la constitución de un núcleo que tiende a permanecer a lo largo del tiempo. De alguna forma, esto ofende la autonomía individual de los individuos del futuro, sin problematizar la falta de consentimiento o el consentimiento erróneo de los individuos contemporáneos al acto constituyente.

Así, se impone la cuestión del embate entre el constitucionalismo y la democracia. Dicho conflicto aparece en los debates entre los padres fundadores de los Estados Unidos. El alcance de las decisiones constituyentes, el espacio de la configuración legislativa y el papel del control judicial de constitucionalidad dividen los idealizadores de una Constitución que no vale se exterioriza como un pacto entre el rey y la sociedad, sino que es un pacto de la sociedad consigo misma.¹⁴⁸

Para Pietro Costa, la relación entre democracia y Constitución en la segunda mitad del siglo XX busca presentar una solución para la tensión entre el poder y el derecho, entre volutas y ratio, pretendiendo dar respuesta a la idea de un poder supremo e irresistible y a la exigencia de limitar ese poder, “de enlazar la volutas soberana a una medida indiscutible, a un derecho inderrogable, a una ratio superior”. La relación entre soberanía y derechos se establece, sin embargo, a partir de términos casi opuestos: mientras

¹⁴⁷ Esa visión, no obstante, retomada de manera distinta por Stephen Holmes, puede llevar a una negación de la garantía de libertad. Stephen Holmes debate sobre *gag rules*, reglas-mordaza, afirmando que para que la democracia sea posible, algunos temas son alejados del debate público —como, ejemplifica, la cuestión de la esclavitud en el inicio de la existencia de los Estados Unidos—, las puniciones para los dictadores en época de transición para la democracia, las cuestiones religiosas, el aborto, temas que provocarían una cisión tal vez insuperable en la sociedad. El propio autor reconoce, no obstante, que evitar el conflicto puede volver el régimen un rehén del conflicto (Holmes, Stephen, “Las reglas mordaza o la política de omisión”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune (orgs.), *Constitucionalismo y democracia*, trad. de Monica Utrilla de Neira, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], pp. 49-88).

¹⁴⁸ Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, Jon y Slagstad, Rune (orgs.), *Constitucionalismo y democracia*, trad. de Monica Utrilla de Neira, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988], pp. 217-262, en especial p. 231.

la soberanía está ligada a un pueblo señor de su destino, los derechos tienen una base individualista.¹⁴⁹

Conforme explica Stephen Holmes, lo que la Constitución instituye es un precompromiso. Una decisión, con la cual se comprometen los ciudadanos, y que ata las manos de esa y de futuras generaciones en relación con determinados temas —lo que, bajo ese prisma, muestra que el constitucionalismo es, esencialmente, antidemocrático. Para el autor, no obstante, la alegada tensión irreconciliable entre constitucionalismo y democracia es uno de los mitos del pensamiento político moderno. La autolimitación del pueblo por sí misma, evidencia más una incoherencia en vez de una tensión. Sin embargo, más que un obstáculo, la existencia de amarras garantiza la libertad— la libertad de esa generación o de las generaciones futuras, que cuentan con una estructura democrática consolidada y que dificulta decisiones como las que implican la renuncia de la libertad. Para evitar que los dispositivos constitucionales sean unas ataduras demasiado estrechas para las generaciones futuras, el texto tiene muchas disposiciones ambiguas y términos abiertos.¹⁵⁰

Bruce Ackerman analiza esa cuestión a partir de su distinción entre momentos constituyentes y periodos de política normal. En éstos, no se puede considerar que el pueblo se manifiesta por el Congreso o por la Suprema Corte: en la Constitución es donde reside la voluntad del pueblo. Y para que los representantes políticos, en la defensa de intereses particulares, no alejen la voluntad del pueblo, el control judicial de constitucionalidad es imperioso.¹⁵¹

¹⁴⁹ “...di vincolare la voluntas sovraña a una misura indiscutibile, a un diritto inderogabile, a una ratio superiore” (Costa, Pietro, *Democrazia...*, cit., pp. 8, 9 y 14). La solución, dada por los Estados Unidos, es la de conferir la tutela de los derechos fundamentales a un órgano jurisdiccional (p. 31).

¹⁵⁰ Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, *op. cit.*, pp. 217-262. El autor presenta como respuesta a lo paradojo, la necesidad de restricción de la voluntariedad para conservar la voluntariedad: “el compromiso previo es moralmente permisible, siempre que refuerce la prohibición de la autoesclavización. Entre sus otras funciones, la obligación constitucional es un intento de impedir la posibilidad de que la nación (o cualquier generación) se venda a sí misma (o a su posteridad) como esclava” (p. 260). Cuestión negada por la tradición revolucionaria francesa: Sieyès afirma que “uma nação não pode nem alienar, nem se proibir o direito de mudar; e qualquer que seja sua vontade, ela não pode cercar o direito de mudança assim que o interesse geral o exigir” (Sieyès, Emmanuel Joseph, *A constituinte burguesa, Que é o terceiro estado?*, trad. de Norma Azeredo, Río de Janeiro, Liber Juris, 1986 [1789], p. 119).

¹⁵¹ Ackerman, Bruce, “¿Um neofederalismo?...”, *cit.*, pp. 176-216, pp. 191 y 192 y 194. Su concepto de “democracia dualista” es trabajado en el primer capítulo de “*nós, o povo*

La imposibilidad de una relación totalmente adecuada entre Constitución y la realidad es acentuada por Karl Loewenstein. El filósofo alemán afirma que las Constituciones de los Estados liberales democráticos pluralistas revelan el compromiso posible entre las fuerzas sociales que están representadas en el proceso constituyente para la búsqueda de un equilibrio. Como dicho equilibrio es temporario, la Constitución debe poseer “escapes” que permitan su adaptación a las futuras necesidades.¹⁵²

La necesidad del control de constitucionalidad al menos en los Estados que adoptan una Constitución como fundamento del ordenamiento jurídico, no parece encontrar muchos adversarios. La cuestión es establecer el lugar de dicho control.¹⁵³

En la década de los años treinta del siglo XX, se establece un debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre quien debería ser el “guardián de la Constitución”. Partiendo de diferentes conceptos de Constitución —mientras Schmitt la considera como una decisión política fundamental sobre la forma y el tipo de la unidad política,¹⁵⁴ Kelsen la considera una norma jurídica—,¹⁵⁵ los autores defienden diferentes formas de control de constitucionalidad.

Para Carl Schmitt, una decisión política no debe ser objeto de control por un tribunal. Además de eso, una norma no puede ser garantía de otra norma. Discrepa de Kelsen y afirma que existe una distinción esencial entre la función política —que elabora normas jurídicas— y la función jurisdiccional, que decide a partir de la aplicación de una ley. Sólo es aceptable el alejamiento por el juez de la aplicación de una ley ordinaria para aplicar directamente una norma constitucional.¹⁵⁶ El guardián de la Constitución,

soberano” (Ackerman, Bruce, *Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito Constitucional*, trad. de Mauro Raposo de Mello, Belo Horizonte, Del Rey, 2006 [1991] pp. 3-45).

¹⁵² Loewenstein, Karl, *op. cit.*, pp. 163 y 164. Para el autor, el control judicial de constitucionalidad siempre tiene carácter político, configurándose como una decisión política (p. 309).

¹⁵³ Para Paulo Bonavides, existe entendimiento pacífico en relación con la necesidad de alejar del ordenamiento jurídico leyes contrarias a la Constitución. “*As dificuldades principiam porém quando se trata de alcançar os meios com que expungir do sistema normativo as leis constitucionais*” (Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 14a. ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 297).

¹⁵⁴ Schmitt, Carl, *Constitutional Theory*, trad. de Jeffrey Seitzer, Chicago, Duke University Press, 2008 [1928], p. 3.

¹⁵⁵ Kelsen, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2000 [1945], primera parte, capítulo X.

¹⁵⁶ “Apenas a subsunção ao fato típico do regulamento da norma constitucional possibilita o juiz (não privar a lei ordinária de validade, mas, sim, como se expressa o tribunal do Reich) negar aplicação à lei ordinária ou, mais precisamente, subsumir, em vez de a seus fatos típicos, a aqueles da lei que tem primazia e, assim, decidir o caso presente. Na verdade, isso não é uma abjucação da validade, mas uma não aplicação da lei ordinária ao caso

de la decisión política fundamental, debe ser aquél que representa la unidad del Estado: el presidente del Reich, como poder neutral y verdaderamente independiente y con legitimidad democrática directa.¹⁵⁷

Hans Kelsen, idealizador del tribunal constitucional austríaco, coherentemente con su concepto de Constitución como norma jurídica, defiende un control judicial concentrado y exclusivo. Los actos del gobierno y del Parlamento deben ser sometidos a un control de constitucionalidad por un órgano independiente, para que la función constitucional de limitar jurídicamente el poder político se cumpla. Aunque defiende que la sentencia judicial es un acto de creación del derecho y que el tribunal constitucional actúa como un legislador negativo, afirma que eso es irrelevante para determinar quién debe ser el guardián de la Constitución: lo importante es permitir el debate de los argumentos, lo que es garantizado por el proceso judicial.¹⁵⁸

Aunque Kelsen señale como defecto del pensamiento de Schmitt no admitir la posibilidad de violación de la Constitución por el presidente del Reich,¹⁵⁹ su construcción tampoco parece, en un primer momento, admitir la posibilidad de violación de la Constitución por el tribunal constitucional. En disputas realizadas en el Instituto Internacional de Derecho Público, en 1928, sin embargo, Kelsen reconoce que ante principios incorporados a la Constitución que se manifiestan por términos como “equidad”, “moralidad”, “justicia”, “libertad” e “igualdad”, tanto los órganos legislativos como los órganos de aplicación del derecho pueden darles significado, no obstante, en sede de jurisdicción constitucional, la eventual falta de respeto a un pretendido contenido de dichos principios no puede llevar al alejamiento de la norma jurídica por el tribunal constitucional, con excepción de si la Constitución indica criterios objetivos para su comprensión.¹⁶⁰

concreto ocurrida devido à aplicação da norma constitucional” (Schmitt, Carl, *O guardião da Constituição*, trad. de Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte, Del Rey, 2007 [1931], p. 24).

¹⁵⁷ Punto central de su crítica al Tribunal Constitucional creado por Kelsen y tema de su obra específica: Schmitt, Carl, *O guardião...*, *cit.*, principalmente su tercera parte. Para el autor, la adopción del control concentrado de constitucionalidad realizado por un tribunal conlleva a la creación de una nueva Cámara legislativa, formada por funcionarios de carrera, una “aristocracia da toga”, lo que no encontraría ningún respaldo desde el punto de vista democrático (p. 228).

¹⁵⁸ Kelsen, Hans, *Jurisdição constitucional*, trad. de Alexandre Krug, São Paulo, Martins Fontes, 2003 [1928], pp. 237-298.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 292.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 169: “as disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, à liberdade, à moralidade, etc. poderiam ser interpretadas como diretivas concernentes ao conteúdo das leis. Equivocadamente, é claro, porque

Acentúa Karl Loewenstein, la inconveniencia de la sustitución de decisiones políticas de los órganos políticamente responsables —gobiernos y legisladores— por juicios políticos “camuflados en forma de sentencia judicial”, con la transformación de un tribunal en árbitro supremo del proceso de poder, llevando a una “judicialización de la política” y a una judicocracia.¹⁶¹

Otto Bachof analiza la extensión del control por el Poder Judicial establecido por la Ley Fundamental de 1949 y la relaciona a un cambio en la historia del espíritu, con la pérdida de la creencia en la omnipotencia del legislador y con una desconfianza con relación a la ley, derivada de la experiencia nazista. Ante la necesidad de proteger un orden de valores anteriores al derecho, ese papel debe caber al juez, que cuenta con un carácter representativo y una suficiente autoridad, órgano del pueblo como los demás, y en constante diálogo con la opinión pública. Para el autor, el tribunal constitucional no es soberano porque sólo actúa represivamente y no tiene iniciativa. Y afirma: “precisamente la jurisprudencia constitucional y el auge que ella imprime a la discusión pública sobre los valores decisivos puede contribuir decisivamente al nacimiento y consolidación de una conciencia general valorativa”.¹⁶²

só seria assim se a Constituição estabelecesse uma direção precisa, se ela própria indicasse um critério objetivo qualquer. No entanto, o limite entre essas disposições e as disposições tradicionais sobre o conteúdo das leis, que encontramos nas Declarações de direitos individuais, se apagará facilmente, e portanto não é impossível que um tribunal constitucional chamado a se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei anule-a por ser injusta, sendo a justiça um princípio constitucional que ele deve por conseguinte aplicar. Mas nesse caso a força do tribunal seria tal, que deveria ser considerada simplesmente insuportável. A concepção que a maioria dos juizes desse tribunal tivesse da justiça poderia estar em total oposição com a da maioria da população, e o estaria evidentemente com a concepção da maioria do Parlamento que votou a lei. É claro que a Constituição não entendeu, empregando uma palavra tão imprecisa e equívoca quanto a de justiça, ou qualquer outra semelhante, fazer que a sorte de qualquer lei votada pelo Parlamento dependesse da boa vontade de um colégio composto de uma maneira mais ou menos arbitrária do ponto de vista político, como o tribunal constitucional”.

¹⁶¹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976 [1961], p. 325. Para Pietro Costa, la defensa de un control judicial de constitucionalidad —y, por consiguiente, de defensa de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales contra la democracia mayoritaria— se basa en una convicción tradicional del “carattere meramente logico-razionale (sillogistico) dell’interpretazione giudiziale del diritto: il giudice è l’organo della ragione imparziale ed oggettiva e come tale difende il diritto dai contraccolpi della volontà del principe”, lo que no más se sostiene (Costa, Pietro, “*Democrazia...*”, *cit.*, pp. 65 y 66).

¹⁶² Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, Madrid, Civitas, 1985 [1959].

Como Otto Bachof, Gustavo Zagrebelsky fue miembro del tribunal constitucional de su país. Zagrebelsky afirma que el tribunal constitucional no decide sobre la Constitución, sino según la Constitución, y opera en un campo donde no se admiten mayorías y minorías políticas. La jurisdicción constitucional se legitima democráticamente y limita “la cantidad de democracia para preservar su calidad”, actuando en una función republicana, protege a la República limitando la democracia.¹⁶³

La Francia contemporánea ostenta un control político de la constitucionalidad de las leyes, realizado por el Consejo Constitucional.¹⁶⁴ Dicho órgano es formado por nueve miembros libremente¹⁶⁵ elegidos por tres autoridades —tres por el presidente de la República, tres por el presidente de la Asamblea Nacional y tres por el presidente del Senado— que actúan por un mandato no renovable de nueve años. La indicación es realizada por una tercera parte cada tres años, con el nombramiento de un miembro por autori-

¹⁶³ Zagrebelsky, Gustavo, *Principios...*, cit., pp. 22, 41, 101 y 102. En esta obra, el autor describe el funcionamiento del tribunal constitucional italiano: después de la presentación del caso y de los debates públicos, los jueces se reúnen para una deliberación separada de la audiencia y su manifestación es siempre la decisión del tribunal, sin que se haga referencia a los votos disidentes o que se identifique la posición personal de cada juez. El debate sobre el tema se hace en la sala de deliberaciones y el tribunal se muestra con un carácter colegial y unitario. El tribunal Constitucional puede, todavía, ante la imposibilidad de un acuerdo entre los jueces o del peligro de interferencias de la actividad legislativa en curso o aún ante obstáculos técnicos o de riesgos de consecuencias no controlables, cualificar una cuestión como “inadmisible”, que lleva a otro momento o a otro lugar la decisión sobre el tema.

¹⁶⁴ Creado por la Constitución de 1958, se trata de “un organe sans précédent dans la tradition républicaine de la France” (Pactet, Pierre, *Institutions politiques: Droit constitutionnel*. 11a. ed., París, Masson, 1992, p. 463). Además del control de constitucionalidad, el Consejo Constitucional actúa en la definición de lo que es materia legal y de lo que está en el campo del poder reglamentario (como un juez regulador de las competencias) y también como juez electoral, en la recepción de las presentaciones de candidaturas, en la fiscalización de los procedimientos electorales y de la apuración, en la proclamación de los resultados (en el caso de las elecciones presidenciales) y en la apreciación de los hechos electorales relacionados con la presentación de las candidaturas, de la regularidad de las operaciones electorales, del cuestionamiento de inelegibilidades e incompatibilidades en la elecciones legislativas. Se resalta que “*tout électeur inscrit*” puede proponer acciones electorales que serán apreciadas por el Consejo Constitucional. Sobre el papel del Consejo Constitucional, ver la tabla traída por Pierre Pactet en las páginas 485-487.

¹⁶⁵ “Le Conseil est constitué de neuf membres nommés pour neuf ans. Trois sont nommés par le Président de la République; il s’agit là pour lui d’un pouvoir qu’il exerce sans contre-seing. Trois sont nommés par le Président du Sénat et trois par le Président de l’Assemblée Nationale; dans ces cas également, il s’agit d’un pouvoir propre exercé personnellement par les Présidents des Assemblées et qui n’est pas soumis à une quelconque approbation des organes qu’ils président” (Lascombe, Michel, *Droit constitutionnel de la Vème République*, Paris, L’Harmattan, 1992, pp. 255 y 256).

dad. Además, son miembros de derecho, los ex-presidentes de la República. El presidente de la República determina libremente al presidente del Consejo entre sus miembros.

El control de constitucionalidad es dado entre la aprobación de la ley por el Poder Legislativo y su promulgación por el presidente da República y puede ser evocado por las “cuatro autoridades” —presidente de la República, primero ministro, presidente de la Asamblea Nacional y presidente del Senado— y a partir de 1974, también por sesenta diputados o sesenta senadores.¹⁶⁶ La apreciación por el Consejo Constitucional antes de la promulgación es obligatoria, en el caso de las *lois organiques*¹⁶⁷ y de las regulaciones de las cámaras legislativas.

El control previo por el Consejo Constitucional evita que una ley contraria a la Constitución entre en vigor. Pierre Pactet acentúa que el control es jurisdiccional —no se trata de apreciación sobre la equidad o sobre la oportunidad, sino solamente sobre el derecho—,¹⁶⁸ no es sistemático y no actúa en las *lois référendaires* y en las leyes de revisión constitucional. El Consejo, en la apreciación de la constitucionalidad, no está limitado a los argumentos y a los artículos señalados en la petición, pues la conformidad con el texto constitucional, y por lo tanto, la validez de la ley, es materia de orden público. Sus decisiones son inapelables y se imponen a los poderes públicos y a las autoridades jurisdiccionales y administrativas.¹⁶⁹

El control de la adecuación de la ley se hace por el “bloc de constitutionnalité”, formado por las disposiciones constitucionales, por el preámbulo de la Constitución de 1958 (que hace referencia al preámbulo de la Constitución de 1946 y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del

¹⁶⁶ En 1990 fue presentado un proyecto de revisión constitucional que pretendía permitir a cualquier ciudadano arguir ante cualquier juez o tribunal la inconstitucionalidad de las disposiciones de una ley en relación con los derechos fundamentales. No hubo, sin embargo, aprobación de las medidas. En 2008, no obstante, se añade a la Constitución francesa el artículo 61-1, con la siguiente redacción: “lorsque, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. Une loi organique détermine les conditions d’application du présent article”.

¹⁶⁷ Asemejadas a las leyes complementarias del ordenamiento jurídico brasileño, pues son expresamente previstas en la Constitución y cuentan con un proceso legislativo específico que exige aprobación por mayoría absoluta de las casas legislativas.

¹⁶⁸ Y eso, para Michel Lascombe, es lo que aleja la crítica que compara el Consejo Constitucional a una tercera Cámara (Lascombe, Michel, *op. cit.*, p. 275).

¹⁶⁹ Pactet, Pierre, *op. cit.*, pp. 469-473. Michel Lascombe habla en “autoridad de sentencia firme” en las decisiones del Consejo Constitucional (Lascombe, Michel, *op. cit.*, p. 278).

Ciudadano de 1789) y por fuentes no escritas: los “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República” (que, según la jurisprudencia del Consejo Constitucional, incluyen la libertad de asociación, la libertad de enseñanza, el respeto a los derechos de defensa y la independencia de la justicia administrativa), los “principios particularmente necesarios a nuestro tiempo” (como el derecho de huelga, el principio de la igualdad de género, la libertad sindical y el principio de la prohibición del uso de la fuerza contra la libertad de un pueblo) y los “objetivos de valor constitucional” (como la continuidad del servicio público, la salvaguarda del orden público, la limitación a la concentración de los medios de comunicación social y la libertad personal del asalariado).¹⁷⁰

La institución del Consejo Constitucional en Francia pone en jaque dos principios fundamentales de aquel derecho constitucional: la primacía de la ley¹⁷¹ y la soberanía del Parlamento.¹⁷² Su composición específica, con indicación directa de los mandatarios con legitimidad electoral, y la temporalidad de los mandatos, sin embargo, parecen minimizar las críticas que se ponen en contra de esa modalidad de control de constitucionalidad. Además, respetando la tradición francesa, impide el juez de alejar la aplicación de una ley por considerarla inconstitucional.

Algunas Constituciones atribuyen al Poder Legislativo la responsabilidad de verificación de la conformidad de la ley con la Constitución. La Constitución de Holanda establece un proceso legislativo que exige la aprobación de las dos Cámaras, ambas electas por el sistema proporcional, y la ratificación del rey. El artículo 120 expresamente prohíbe el análisis de constitucionalidad de la ley por el Poder Judicial.¹⁷³

Aunque la democracia moderna se identifique con la soberanía del Parlamento, ella es también constituida por la imposición de límites al legislador, por medio de la Constitución. Permitir que el Poder Legislativo sea el guardián de sus propios límites parece suponer un legislador absolutamente virtuoso.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Lascombe, Michel, *op. cit.*, pp. 268-272.

¹⁷¹ Añadida a la enumeración de las materias reservadas a la ley, con el reconocimiento de la competencia reglamentaria para los demás temas, hecha por el artículo 34 de la Constitución francesa de 1958.

¹⁷² Para Maurice Hauriou, defensor de un control jurisdiccional difuso de constitucionalidad para la Francia, “hay una última Bastilla que demoler, que es la creencia en la soberanía del Parlamento” (Hauriou, Maurice, *op. cit.*, p. 156).

¹⁷³ Article 120, “The constitutionality of Acts of Parliament and treaties shall not be reviewed by the courts”.

¹⁷⁴ Así Hans Kelsen analiza la hipótesis: “o órgão legislativo se considera na realidade um livre criador do direito, e não um órgão de aplicação do direito, vinculado pela Consti-

Teórico de la democracia deliberativa, Carlos Santiago Nino propone que el Poder Judicial goce de una especie de veto, que devolvería la apreciación para el Poder Legislativo.¹⁷⁵ En este punto, se aproxima a John Stuart Mill, cuya teoría democrática es vista por Nino como indicando un punto de vista perfeccionista, en la que la democracia desempeña el papel de promover determinados valores en los individuos. Para Mill, de los “três membros coordenados da soberania”, quien debe tener la supremacía del Estado son los representantes del pueblo. El gobierno representativo exige que se asegure “ao corpo representativo o controle de tudo em última instância”.¹⁷⁶

Roberto Gargarella defiende “un mayor protagonismo ciudadano en la resolución de los asuntos públicos”, pero cuestiona, ante las fallas del sistema representativo y de la práctica parlamentaria, que el Poder Legislativo tenga el último control sobre su propia actividad (lo que sería presumir su infalibilidad). Como crítica de manera ácida la actuación del Poder Judicial en el control de constitucionalidad, indica soluciones intermediarias, como la actuación de grupos de presión de los sectores con menos expresión política, la introducción de jurados y jueces legos para la democratización de la justicia, la alteración en la forma de nombramiento de los magistrados y la restricción de la actuación del tribunal constitucional como un legislador negativo. Reconoce las posibles críticas a esas soluciones, pero reafirma

tuição, quando ele teoricamente o é sim, embora numa medida relativamente restrita. Portanto não é com o próprio Parlamento que podemos contar para efetuar sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente dele, independente dele e, por conseguinte, também de qualquer outra autoridade estatal, que deve ser encarregado da anulação de seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional” (Kelsen, Hans, *Jurisdição constitucional*, trad. de Alexandre Krug, São Paulo, Martins Fontes, 2003 [1928], p. 150). Carl Schmitt dedica un capítulo de su libro para analizar “a justiça como guardiã da Constituição” y otro para defender “o Presidente do Reich como guardião da Constituição”: el Parlamento es visto como un espacio pluralista que conlleva a la desagregación de la unidad estatal (Schmitt, Carl, *O guardião...*, cit.

¹⁷⁵ Nino, Carlos Santiago, *Derecho...*, cit. Algo similar, aunque con sentido inverso, fue previsto en la Constitución brasileña otorgada (y jamás aplicada) de 1937, Artículo 96 – “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

¹⁷⁶ Mill, John Stuart, *Gobierno Representativo*, trad. de E. Jacy Monteiro, São Paulo, Ibrasa, 1964 [1861], pp. 60-62. Eduardo García de Enterría acentúa la posición jacobina de ver la Asamblea Representativa como el lugar donde posa el espíritu santo (García de Enterría, Eduardo, *La Constitución...*, cit., p. 164).

la necesidad de seguir pensando sobre la tensión entre democracia y “justicia”. Afirma, finalmente, que el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes tiene dos tareas principales: asegurar las condiciones del debate democrático y garantizar una esfera de inviolable autonomía individual.¹⁷⁷

En realidad, ante la comprensión de los derechos fundamentales como ventajas en contra de la mayoría, como en la visión de Ronald Dworkin y Jorge Reis Novais, dejar al Poder Legislativo (y así, a la representación de la policía que decidirá por el criterio mayoritario) la última palabra es un contrasentido.¹⁷⁸ Además, existe una cierta desconfianza con relación al Poder Legislativo, principalmente en lo que se refiere a su actuación en los Estados totalitarios del siglo XX. No obstante, el resultado es una responsabilidad excepcional de los *tribunales constitucionales*, que acaban ejerciendo en la práctica un verdadero “amending power”.¹⁷⁹

Para Ronald Dworkin, la jurisdicción constitucional es necesaria para asegurar que aquello que la Constitución puso para más allá del debate político no sea remplazado por decisiones mayoritarias, aunque sea obedecido el procedimiento democrático. Dichos derechos, libertades y garantías que no están sometidos a las preferencias son cartas de triunfo que pueden ser opuestas a la mayoría por el individuo.¹⁸⁰ El papel de los jueces en la protección de los individuos en contra de la mayoría deriva del reconocimiento de que las restricciones constitucionales a la deliberación democrática son

¹⁷⁷ Gargarella, Roberto, *La justicia...*, *cit.*, pp. 83, 103, 112-119, 174, 262-265. En otra obra, el autor presenta el “constitucionalismo popular” defendido por Larry Kramers, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker, Mark Tushnet, entre otros, que desea “sacar la Constitución de las manos de los tribunales”, alejar la “sensibilidad antipopular” que marca la comunidad jurídica, defender la ciudadanía como protagonista de la interpretación constitucional, realizar un análisis más profundo sobre los reales efectos del control judicial de constitucionalidad (alejando, por ejemplo, la fuerza que parece tener la decisión en el caso *Brown vs. Board of Education*) y fomentar la participación popular no institucionalizada (Gargarella, Roberto, “Uma disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el «constitucionalismo popular» frente a la teoría de Carlos Nino”, *cit.*, pp. 203-218, pp. 206-211).

¹⁷⁸ Novais, Jorge Reis, *op. cit.*, p. 48.

¹⁷⁹ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, pp. 133, 157 y 158.

¹⁸⁰ Nuevamente aproximándose Carlos Santiago Nino de Ronald Dworkin, se afirma que el reconocimiento de los derechos humanos como límites insuperables para las decisiones mayoritarias compatibiliza el derecho y la moral (Greppi, Andrea, “Consenso e imparcialidad. Sobre la justificación moral de la democracia en el pensamiento de C. S. Nino”, en Rosenkrantz, Carlos y Vigo, Rodolfo L. (comp.), *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, Mexico, Fontamara, 2008, pp. 229-259, p. 245).

estructurales para la democracia, son exigencias de la integridad como expresión de principios políticos y morales.¹⁸¹

Dicha posición es compatible con el concepto del estado de derecho *centrada nos direitos*, manifestada por el *autor*. Ella exige que los jueces tomen decisiones políticas, basados en derechos morales más allá de los establecidos en las reglas jurídicas, desde que no contraríen ningún principio, lo que sería incompatible con el ordenamiento. Dworkin aleja el argumento de que la actuación de los jueces en la decisión sobre cuestiones de derechos ofende la democracia. Afirma que el legislador no está en una posición privilegiada con relación al juez para decidir estos casos. Aduce, todavía, que ante la desigualdad real de poder político entre los ciudadanos, la transferencia de determinadas cuestiones para el Poder Judicial, permitiendo el acceso al menos de las minorías organizadas, puede llevar a la promoción del ideal democrático de la igualdad de poder político.¹⁸²

Para Ronald Dworkin, la democracia no se identifica con el principio mayoritario. Pues señala otro valor para la democracia, relacionado con el tratamiento de todos los ciudadanos con igual consideración y respeto, a partir de la estructura, de la composición y de las prácticas de las instituciones políticas. Esa igual consideración y respeto es que confiere legitimidad a las decisiones colectivas tomadas por el principio mayoritario, y no por el apoyo de la mayoría de los ciudadanos o de los representantes. A eso el autor denomina democracia constitucional.¹⁸³

¹⁸¹ Dworkin, Ronald, *Liberalismo...*, *cit.*, pp. 32, 53, 71 y 75. El autor incluyó entre las garantías constitucionales de carácter, estructural aquéllas que componen el “principio de la independencia”, que permiten al individuo el juicio político, moral y ético, como la libertad de expresión, de asociación y de religión y la tolerancia a la moralidad personal.

¹⁸² Dworkin, Ronald, *Uma questão de princípio*, trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2000, pp. 15, 16, 26, 27, 31 y 32. El autor advierte cuanto la adopción de sus razonamientos en la Gran Bretaña (afirmando, sin embargo, la posibilidad de alteración para una prestación jurisdiccional más política), afirmando que los estadounidenses “são fascinados pela idéia dos direitos individuais, que é o signo zodiacal sob o qual seu país nasceu” (p. 37). El texto utilizado aquí —Os juízes políticos e o Estado de Direito— fue publicado originalmente en 1978.

¹⁸³ Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 17. Karl Loewenstein utiliza el término “democracia constitucional” para referirse al “sistema político bajo el que la totalidad del «pueblo» —organizado como electorado y movilizado para la acción política por los partidos— participa libremente en el proceso del poder. El electorado adquiere con esto la categoría del detentador supremo del poder ejerciendo un control final sobre el gobierno y el parlamento” (Loewenstein, Karl, *op. cit.*, p. 326).

Con relación a esa línea de pensamiento, o al “direito pressuposto” de Georg Jellinek¹⁸⁴, cabe una crítica. Al legitimar la actuación de los jueces del tribunal constitucional como lectores de la moralidad pública —en un proceso en que “a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação”—¹⁸⁵ se pone su actuación más allá de los controles democráticos, característicos de un Estado de derecho.

John Hart Ely hace una crítica a la utilización de valores personales de los jueces en la fundamentación de sus decisiones, sean declarados o no. Afirma la inexistencia de un conjunto de principios morales objetivos que puedan ser aprehendidos y así servir de base para las decisiones judiciales.¹⁸⁶ Cabe aquí la exhortación de Gustavo Zagrebelsky: “nunca se insistirá bastante en esta idea: cuando se ejercen funciones jurisdiccionales, se deben dejar aparte las propias opiniones sobre las virtudes o los vicios de una determinada ley. La única cosa que debe tomarse en consideración es sí el legislador pudo razonablemente dictar tal ley”.¹⁸⁷

Para Ingeborg Maus, el concepto de Constitución es alterado cuando el Poder Judicial asume el papel de realizar el interés social y de sustituir la formación de la voluntad política por discursos de moralidad presuntamente pública deja de ser un “documento de institucionalização de garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos”.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Georg Jellinek establece una relación peculiar entre Estado y derecho, afirmando que el Estado es capaz de ordenar el derecho, pero no de crearlo, y que cabe al Tribunal Supremo decidir los conflictos con el derecho presupuesto (Jellinek, Georg, *op. cit.*, p. 55 y nota 81).

¹⁸⁵ Maus, Ingeborg, “Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisdiccional na «sociedade órfã»”, trad. de Martonio Lima y Paulo Albuquerque, *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, núm. 58, p. 183-202, noviembre de 2000 [1989], p. 186.

¹⁸⁶ Ely, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, capítulo 3.

¹⁸⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *Principios...*, *cit.*, p. 82.

¹⁸⁸ Maus, Ingeborg, *op. cit.*, p. 183-202, en especial p. 192. Para la autora, la actuación del Poder Judicial con fundamento desde puntos de vista morales, descalifica la base social y puede transformar cualquier caso en jurídicamente relevante (p. 201). En Brasil, eso viene ocurriendo de manera preocupante. Véase, como ejemplo, las decisiones del Consejo Nacional de Justicia y del Supremo Tribunal Federal sobre la contratación de parientes para puestos de confianza y las manifestaciones del Tribunal Electoral y del Supremo Tribunal Federal sobre el transfuguismo: la función moral subyuga la fundamentación jurídica (aunque se mantenga en la retórica argumentativa el intento de juridificar los argumentos).

El desafío está en evitar un moralismo en esta lectura moral de la Constitución propuesta por Dworkin. La moralidad pública¹⁸⁹ debe ser leída como un referente al debate político —se debe pensar en la lectura moral asociada a la integridad¹⁹⁰ y a la tolerancia—.

Jorge Reis Novais trabaja la noción de Dworkin de derechos fundamentales como triunfos, afirmando la existencia de una oposición insuperable entre los derechos fundamentales y el poder democrático, negada por la democracia deliberativa. No existe una amplia libertad del legislador: él es limitado en su conformación por la obligatoria preservación de los derechos fundamentales, que reservan a los individuos, posiciones jurídicas que aseguran su libertad de adoptar una concepción de vida buena. Dicha idea de derechos fundamentales como triunfos, garantiza la fuerza normativa de la Constitución y está garantizada por la jurisdicción constitucional, que profiere una decisión jurídica sobre la contradicción entre la decisión política mayoritaria y los límites jurídico constitucionales, necesariamente basada en los valores constitucionales y conforme parámetros objetivos, “sob pena de violação dos seus limites funcionais”.¹⁹¹

John Hart Ely, parte del control judicial de constitucionalidad, defendiendo la posibilidad de conciliación entre dicho control y la democracia a partir de las restricciones de la actividad del juez, vinculadas al objeto que debe buscar: vigilar el proceso de representación como un árbitro, mantener abiertos los canales de alternancia política y facilitar la representación de las minorías. Apenas con esos fundamentos es que el Poder Judicial es autorizado para apartar decisiones democráticas, tomadas por representantes electos democrática y políticamente responsables. Así, la Suprema Corte no debería actuar como un consejo de revisión legislativa, sino garantizar la igualdad en el proceso político y el acceso de las minorías.¹⁹²

¹⁸⁹ Para Dworkin, la moralidad desempeña su papel en la teoría del derecho en dos momentos: en la etapa teórica (*jurisprudencial stage*), al atribuir valor a las prácticas jurídicas, y en la etapa adjudicativa, al realizar la justicia (Dworkin, Ronald, *Justice in Robes*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006, pp. 20 y 21).

¹⁹⁰ Ronald Dworkin trata la integridad política como la imposición al Estado de gobernar por medio de un conjunto coherente de principios políticos que beneficien a todos los ciudadanos (Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 13).

¹⁹¹ Novais, Jorge Reis, *op. cit.*, pp. 17-28, 40 y 60. El autor afirma que el problema está en establecer una respuesta jurídico-dogmática a la tensión entre estado de derecho y democracia, entre libertad personal y libertad política; la adjetivación de la democracia da cuenta sólo de la cuestión filosófica (p. 24).

¹⁹² Ely, John Hart, *op. cit.*, pp. 17-28, 40 y 60. El autor es enfático: “in a representative democracy value determinations are to be made by our elected representatives, and if in fact most of us disapprove we can vote them out of office. Malfunction occurs when the process is

Ronald Dworkin critica a John Hart Ely, afirmando que su concepto estadístico de la democracia¹⁹³ implica el reconocimiento de algunas restricciones tanto constitucionales como estructurales y que, por esa razón, autorizarían la actuación de la jurisdicción constitucional para restringir las decisiones democráticas.¹⁹⁴ Afirmar la posibilidad de control de constitucionalidad solamente en relación con la adecuación del procedimiento, para Dworkin, es evadirse de la decisión sustancial, como lo hace la doctrina originalista.¹⁹⁵

Cass Sunstein, también partiendo desde la premisa de que la decisión cabe a una jurisdicción constitucional, propone la adopción de una postura minimalista por parte de la Suprema Corte, consistente en la resolución de casos concretos sin establecer una decisión general, o una regla a partir de la decisión. Su razonamiento busca alejar las posturas perfeccionistas (que pretenden hacer del texto constitucional el mejor posible, a partir de sus criterios personales), mayoritaristas (que se doblegan a las decisiones mayoritarias, excepto en los casos de clara violación de la Constitución) y fundamentalistas (que defienden la Constitución según su texto original, con el significado que cargaba en el momento de su promulgación).¹⁹⁶ La posición minimalista, quizás adecuada en un sistema exclusivamente difuso de control de constitucionalidad, no trae respuestas al modelo brasileño, que permite un cuestionamiento sobre la ley abstractamente considerada, imponiendo al Poder Judicial una respuesta obligatoriamente general y política.

undeserving of trust, when (1) the ins are choking off the channels of political change to ensure that they will stay in and the outs will stay out, or (2) though no one is actually denied a voice or a vote, representatives beholden to an effective majority are systematically disadvantaging some minority out of simple hostility or a prejudiced refusal to recognize commonalities of interest, and thereby denying that minority the protection afforded other groups by a representative system” (p. 103). En la corrección de ese funcionamiento defectuoso reside el papel de la jurisdicción constitucional.

¹⁹³ Dicho concepto también considera la democracia como acción colectiva, pero en la que las decisiones del grupo revelan simplemente lo que los miembros individuales deciden por sí, sin que haya conciencia de la acción como grupo (Dworkin, Ronald, *Liberalismo...*, cit., p.49. (Gargarella, Roberto, *La justicia...*, cit., p. 148).

¹⁹⁴ Dworkin, Ronald, *Liberalismo...*, cit., p. 72.

¹⁹⁵ Dworkin, Ronald, *Uma...*, cit., p. 43. Para el autor, el Tribunal Constitucional debe tomar decisiones políticas de principio y no de política: “decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral”, a partir de una visión sustantiva (p. 101). El texto utilizado aquí —“O fórum do princípio”— fue publicado originalmente en 1981.

¹⁹⁶ Sunstein, Cass R., *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*, Nueva York, Basic Books, 2005.

Ronald Dworkin, John Hart Ely y Cass Sunstein elaboran sus análisis a partir de la realidad estadounidense, una Constitución fuertemente rígida y sucinta, con dispositivos abiertos y de vigencia superior a doscientos años.¹⁹⁷ En los Estados Unidos, existe constructivismo judicial y la Suprema Corte es marcadamente protagonista, para acompañar los cambios sociales y las nuevas demandas de justicia.¹⁹⁸ Dificilmente se podría negar el importante papel del control de constitucionalidad en la construcción y en la afirmación de derechos fundamentales, con el alargamiento de sus destinatarios.

Eduardo García de Enterría subraya la experiencia distinta del constitucionalismo estadounidense, a partir de la supremacía normativa de la Constitución relacionada a la idea del derecho natural, que se impone a los jueces y que pone la voluntad permanente del pueblo sobre la voluntad del legislador.¹⁹⁹ En Europa, esto no se repite: la Constitución surge para limitar el principio monárquico, algo posterior a él y “nunca una fuente originaria de competencias y de Derecho”.²⁰⁰ Parece que esa segunda trayectoria es que se aproxima a la realidad brasileña.²⁰¹

Cabe todavía mencionar el análisis de Roberto Gargarella. Para el jurista argentino, la defensa intransigente del Poder Judicial como lugar de la palabra final sobre la constitucionalidad de las normas supone premisas conservadoras, como la que no ve en la ciudadanía, el origen de decisiones correctas, y también elitistas, que observa en los jueces virtudes superiores y la capacidad de ser imparcial. Dichas nociones, junto con la “*brecha interpretativa*”, acaban por permitir que el juez ocupe el lugar de la voluntad popular.²⁰²

¹⁹⁷ Georges Burdeau hace una advertencia sobre el ejemplo estadounidense y la ilusión en importarlo. Critica los “oráculos” judiciales e indaga, “*Mais alors qui contrôlera l’activité de l’oligarchie judiciaire?*” (Burdeau, Georges, *op. cit.*, pp. 87-90).

¹⁹⁸ Quizás la aceptación de una construcción constitucional cotidiana a partir de una Constitución de principios, llena de tenemos abiertos, sea el precio a pagar por un texto conciso.

¹⁹⁹ El autor resalta la reverencia dirigida a la Suprema Corte en los Estados Unidos y su identificación con la nación. Señala la mitología religiosa de A. S. Miller que ve la “Constitución como texto inspirado por Dios, los fundadores como los santos, los jueces del Tribunal Supremo como los sumos sacerdotes que cuidan del culto al texto sagrado en el ‘Marbol Palace’, en el palacio de Mármol donde tiene su sede y que extraen de ese texto poco menos que la infalibilidad” (García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, p. 127).

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 52-55.

²⁰¹ Sin embargo, Ramón Narváz señala que la América Latina, por influencia de los Estados Unidos, ya acepta la noción de Constitución como ley en el siglo XIX (Narváz, Ramón, *Codificação: do desenho europeu à sua assimilação no Novo Mundo*, Ponencia en el Programa de Posgrado en Derecho de UFPR, Curitiba, 14 de septiembre de 2009).

²⁰² Gargarella, Roberto, *La justicia...*, *cit.*, pp. 12, 51 y 59.

Gargarella, partidario de la lectura democrática de Carlos Santiago Nino y refractario a una legitimación absoluta del control judicial de constitucionalidad, propone la realización de cuatro “testes” para la verificación del trabajo de la jurisdicción constitucional. El primero, es de la consistencia —las decisiones constitucionales deben ser consistentes en tributo al principio de igualdad—, en obediencia al comando de trato con igual consideración y respeto (en la línea de Dworkin).²⁰³ El segundo test se vincula con la democracia. Para el jurista argentino, la jurisdicción constitucional, a la manera de Ely, debe dejar las decisiones substantivas en las manos del pueblo y proteger los procedimientos democráticos a partir de dos valores a ser preservados: la regla mayoritaria y el carácter republicano del gobierno. El tercer enfoque se refiere a los derechos humanos, al respeto a las decisiones individuales y al ámbito de la autonomía. Las decisiones judiciales deben fundamentarse en razones públicas (conforme la lectura de Rawls), garantizando el debido proceso, alejando una posición perfeccionista y rechazando un concepto de bien como válida para todos los individuos. Finalmente, el último test está centrado en la protección de las minorías y de los grupos desaventajados.²⁰⁴

Horacio Spector, afirma la necesidad de mecanismos de control de las decisiones legislativas para asegurar la imparcialidad de las decisiones colectivas, ante la necesaria adopción de la regla de la mayoría, de las fallas de la democracia representativa (que no implica la igualdad política: “no

²⁰³ “En efecto, dado que ellos son los últimos intérpretes de la Constitución, no pueden dejar a la ciudadanía en ignorancia del derecho, es decir, temerosa por no saber a qué atenerse en materia jurídica. Es inaceptable que la ciudadanía no sepa si, digamos, va a ser protegida o encarcelada como resultado de algunas opciones de vida que tome, si va a contar con el respaldo del Estado o si va a ser perseguida por él, a resultas de algunas de sus acciones” (Gargarella, Roberto, *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, p. 90). La crítica de Gargarella al tribunal argentino se aplica perfectamente a la Corte brasileña: los jueces son capaces de contradecirse radicalmente en relación con sus decisiones más importantes en cuestión de horas, pero al mismo tiempo se mantienen firmes en áreas que podrían realizar un cambio importante. A veces exigen que las normas constitucionales se adapten a la realidad viva, y otras veces asumen interpretaciones originales, sin explicar porqué optan por una o por otra, siendo que esas opciones llevan a resultados opuestos (p. 92).

²⁰⁴ *Ibidem*, capítulos. El autor afirma que la tarea del tribunal constitucional no está claramente justificada y que la obediencia a sus decisiones deriva más de razones de prudencia que de razones morales o constitucionales (pp. 123 y 124). Gargarella, niega el argumento de que el Poder Judicial permite una apertura democrática para los grupos sin acceso al Poder Legislativo. El acceso, para él, no es democracia: democracia es participación y control. Y la decisión judicial no está abierta ni a la participación tampoco al control. El Poder Judicial, enfatiza, tiene credenciales democráticas débiles (Gargarella, Roberto, *Constitucionalismo, democracia e poder judiciário*, Ciclo de ponencias presentadas en el Programa de Posgrado en Direito—UFPR, Curitiba, 2 y 3 de marzo de 2009).

implementa la igualdad de influencia o la igualdad de oportunidades para tomar decisiones políticas”) y de la impositiva protección de los derechos de las minorías. Para el autor, el proceso judicial permite la conducción de un “proceso reflexivo de deliberación pública” y existe nada más que una tensión aparente entre democracia y control de constitucionalidad.²⁰⁵

Los principios constitucionales positivados cristalizan los valores que dan los contornos al trabajo doctrinario y jurisprudencial, reduciendo —sin anular— el trabajo integrador y recreador de los jueces y de los juristas. Y, subraya Manuel Aragón, existe un papel decisivo de los tribunales constitucionales en el enderezamiento de la jurisdicción ordinaria.²⁰⁶

En obediencia al principio de la corrección funcional, la jurisdicción constitucional no puede, bajo el pretexto del ejercicio de la función de control de la producción legislativa que le atribuye la Constitución, limitar la libertad conformadora del legislador más allá de los límites constitucionales, o sustituirlo. Hay que reconocer la primacía del legislador en la concreción de la Constitución: la voluntad del legislador democrático goza de presunción de constitucionalidad.²⁰⁷

En sentido opuesto, para Eduardo García de Enterría, el *tribunal constitucional* es como un poder neutro que sustenta la efectividad del sistema constitucional, garantizando la Constitución y corporificándola: “un verdadero comisionado del poder constituyente para el sostenimiento de su obra, la Constitución, y para que mantenga a todos los poderes constitucionales en su calidad estricta de poderes constituidos”.²⁰⁸

²⁰⁵ Spector, Horacio, “Democracia y control de constitucionalidad: una tensión aparente”, en Alegre, Marcelo, Gargarella, Roberto y Rosenkrantz, Carlos F. (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 231-246, pp. 233, 235, 243 y 246. Estefânia Maria de Queiroz Barbosa también defiende que la tensión entre jurisdicción constitucional y democracia es sólo aparente y que al Poder Judicial cabe proteger las minorías y garantizar sus derechos fundamentales. La autora todavía afirma que “é o Judiciário quem está mais próximo dos cidadãos, que podem, diretamente, lá reivindicar a satisfação de seus direitos constitucionais” (Barbosa, Estefânia Maria de Queiroz, *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*, Belo Horizonte, Fórum, 2007, pp. 22, 207 y 210).

²⁰⁶ Aragón, Manuel, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

²⁰⁷ Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. de Pedro Cruz Villalon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992 [1966/1959/1974], pp. 47 y 52.

²⁰⁸ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, pp. 197 y 198. Pese a dicho concepto del papel del Tribunal Constitucional, el autor subraya la interpretación conforme la Constitución y el principio de presunción de constitucionalidad de las leyes que a ella se relaciona, afirmando que además de asegurar que una ley es válida hasta ser declarada inconstitucional eso significa “primero, una confianza otorgada al legislador en la observancia y en la interpretación correcta de los principios de la Constitución; en segundo término, que una ley no puede ser declarada inconstitucional más que cuando no exista «duda razonable» sobre su con-

Manuel Aragón se opone claramente a Eduardo García de Enterría, afirmando que el principio democrático impide considerar el *tribunal constitucional* como un comisionado del poder constituyente. La existencia de un comisionado del poder constituyente, que la Constitución democrática inadmite, sería un desplazamiento del principio monárquico. Sustenta que el principio democrático impone el reconocimiento de la capacidad de realización normativa de la Constitución sólo al órgano representativo del pueblo, el legislador, que tiene así, legitimidad constitucional para colmar la apertura de las normas constitucionales, exigida por el pluralismo.²⁰⁹

Eduardo García de Enterría responde a las objeciones hechas a la jurisdicción constitucional, refiriéndose al “tribunal de la historia” que confirmaría el papel del Poder Judicial en la protección de la Constitución,²¹⁰ y afirmando que, como la Constitución es una norma jurídica, su eficacia debe ser asegurada judicialmente, por criterios y métodos jurídicos.²¹¹

Robert Alexy afirma que, para el control jurisdiccional de constitucionalidad ser considerado democrático, es necesario vincularlo con la representación popular. Para eso, sugiere la necesidad de superación de una democracia “decisional”, donde las decisiones son tomadas a partir de un sistema basado en elecciones y en la regla de la mayoría, para una democracia “deliberativa”, donde el argumento componga la toma de decisión. Según Alexy, la jurisdicción constitucional desempeña un papel de “representación argumentativa”, en la que existe la representación del pensamiento del pueblo, manifestada por la aceptación de los argumentos como co-

tradición con la Constitución; tercero, que cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que permite una interpretación inconstitucional habrá que suponer que, siempre que sea «razonablemente posible», el legislador ha sobrentendido que la interpretación con la que habrá de aplicar dicha ley es precisamente la que la permita mantenerse dentro de los límites constitucionales” (p. 96).

²⁰⁹ Aragón, Manuel, *op. cit.*, p. 9-45, en especial pp. 37 y 38.

²¹⁰ La experiencia de los Estados Unidos y de los países europeos, para Eduardo García de Enterría, demuestra el correcto funcionamiento del sistema con ventajas políticas pese a sus objeciones teóricas. La jurisdicción constitucional actúa, para el autor, como un instrumento de integración política y social, poniendo la Constitución sobre intereses políticos ocasionales, además de acentuar el sentido de la política, contribuyendo para la paz jurídica y la renovación de los consensos fundamentales. Adelante afirma, sin embargo, que el éxito del Tribunal Constitucional está en la autenticidad y en el rigor de sus jueces (García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, pp. 116, 192-195 y 205).

²¹¹ *Ibidem*, pp. 1175-1178. La utilización del método jurídico es que asegura la legitimidad del Tribunal Constitucional, que, aunque no pueda ser ciego a las consecuencias políticas de su decisión, no puede escapar de la Constitución o del derecho tampoco alejar una ley por no estar de acuerdo con sus consecuencias jurídicas (pp. 183 y 184).

rectos por individuos racionales. Así, es legítima su prevalencia en relación con la representación basada en la elección.²¹²

El establecimiento de “canales comunicativo-discursivos” entre el derecho y la política, “evitando a sobrecarga jurisdiccional da política e, ao mesmo tempo, a instrumentalização política do Direito”, puede justificar la jurisdicción constitucional, afirma José Joaquim Gomes Canotilho. Se debe observar, sin embargo, para la retórica argumentativa de sus decisiones, so pena de un “discurso moral realizador concretizador de valores” capaz de “transformar os tribunais em instâncias autoritário-decisórias transportadoras de uma compreensão paternalista e moralizante da jurisdição constitucional”.²¹³

Para Cristina Queiroz, esa realidad de una concepción de derechos, que se amplía más allá del concepto de código y que sitúa al Poder Judicial en el centro del constitucionalismo, implica un concepto de derecho que engloba “além das normas, os princípios, os valores e as formas de argumentação, que servem de referências às decisões jurídicas”. Se pasa de la dogmática a la pragmática.²¹⁴

Clèmerson Merlin Clève afirma que “a legitimidade da ação jurisdiccional repousa basicamente sobre a racionalidade e a justiça da decisão” y la justicia se valida por los valores consagrados en la Constitución, en los principios fundamentales y en las normas que se deducen de su preámbulo.²¹⁵ El autor resalta que la Constitución no debe ser neutra ante las posibles decisiones de una mayoría eventual y que debe imponer límites a esa mayoría para proteger su identidad. Dicho concepto de Constitución exige un “tipo de operador jurídico que comprenda a Constituição como um espaço de luta como compondo uma identidade que não pode ser absolutamente que-

²¹² Robert Alexy defiende que la argumentación constitucional es (o puede ser, en un grado considerable) racional y es acompañada de objetividad (Alexy, Robert, “Balancing, constitutional review, and representation”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, 2005, núm. 3, pp. 572-581, 3, (4).

²¹³ Canotilho, José Joaquim Gomes, “Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva”, en Miranda, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra, Coimbra, 1996. vol. 1, pp. 871-887, en especial pp. 877 y 879.

²¹⁴ Queiroz, Cristina, “Constituição, constitucionalismo e democracia”, en Miranda, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra, 1996. vol. 1, pp. 457-480, en especial p. 477.

²¹⁵ Clève, Clèmerson Merlin, *Temas... cit.*, p. 44. También en ese sentido el pensamiento de Angela Cristina Pelicoli, que afirma que la actuación del juez constitucional como legislador positivo exige una justificación racional y una relación directa con la concreción de los derechos fundamentales (Pelicoli, Angela Cristina, “O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo: o caso da fidelidade partidária”, *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, año. 24, núm. 11, noviembre de 2008, pp. 1259-1275, en especial p. 1260).

brada, que compreenda a Constituição como tarefa, mas também como limite”.²¹⁶

Para Luiz Edson Fachin, existe una “ligação umbilical” entre la jurisdicción constitucional y el principio democrático, revelada por el papel de la Suprema Corte en relación con la Constitución de los Estados Unidos. Para el doctor Luiz Guilherme, las cortes constitucionales no sólo salvaguardan la Constitución, sino que son “veículo de justificação e fundamentação material dos direitos que devem ser protegidos pelo Judiciário”.²¹⁷ Con Cláudio Pereira de Souza Neto, la jurisdicción constitucional, lejos de ser un óbice a la democracia, enriquece el proceso democrático, pues se da por un proceso de racionalización dialógica.²¹⁸

Aunque la democracia y el constitucionalismo se muestran como conceptos que operan principios opuestos, se retroalimentan, son “equiprimordiais e co-originários” y constituyen uno al otro, afirma Menelick de Carvalho Netto: “a democracia só é democrática se for constitucional” y “o constitucionalismo só é constitucional se for democrático”.²¹⁹

Luiz Guilherme Marinoni afirma la evidencia de la necesidad de un control de la producción legislativa, “resultado da coalisão das forças dos varios grupos sociais, e que por isso frequentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos”, a partir de los “princípios da justiça”. Para el doctor Luiz Guilherme aunque se aleje el pluralismo, la ley debe ser limitada y conformada a los “princípios da justiça”. Esos principios están en el texto constitucional, tienen carácter sustancial y requieren conformación de la ley con los derechos fundamentales. En su tarea de analizar la conformidad de la ley a la Constitución y de alejar las normas inconstitucionales, el juez debe demostrar, con fuerte argumentación, porque no puede subsistir la decisión de la representación política.²²⁰

En fuerte crítica en contra del papel de legislador de la jurisdicción constitucional, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira afirma que “a cida-

²¹⁶ Clève, Clèmerson Merlin, “Controle de constitucionalidade e democracia”, en Maués, Antônio G. Moreira, (org.), *Constituição e Democracia*, São Paulo, Max Limonad, 2001, pp. 49-60, y en especial 51 y 58.

²¹⁷ Fachin, Luiz Edson, “Defesa da Constituição, cortes supremas e Estado social democrático”, *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, año. 2, núm. 3, abril de 2007, pp. 102-107, 2007.

²¹⁸ Souza Neto, Cláudio Pereira de, *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, Río de Janeiro, Renovar, 2002.

²¹⁹ Carvalho Netto, Menelick, “Racionalização...”, *cit.*, diciembre 2003, pp. 81-108, en especial pp. 82 y 83.

²²⁰ Marinoni, Luiz Guilherme, “A Jurisdição no Estado Constitucional”, *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2009, vol. 7, pp. 423-514.

dania não precisa de tutores”. Subraya que la jurisdicción constitucional pasa a asumir “o lugar de um poder constituinte permanente de desenvolvimento de valores pressupostos à Constituição, limitando, dirigindo e antecipando-se ao Legislativo”, y que la justificación de la actuación del juez constitucional se relaciona con la teoría discursiva que supone un pluralismo axiológico y cultural, una política deliberativa y la influencia de la opinión pública libre. Su posición parece aproximarse a la de John Hart Ely, al afirmar la necesidad de reconstrucción de la jurisdicción constitucional brasileña a partir de la tarea de examinar y garantizar la “realização das condições procedimentais, das formas comunicativas e negociais, para um exercício discursivo da autonomia política”.²²¹

La jurisdicción constitucional es dominada por la ciudadanía, por la sociedad y su forma de pensar la justicia y el derecho, “o povo conduz a interpretação das normas constitucionais” haciéndose presente en este momento también político, asevera Cármen Lúcia Antunes Rocha.²²²

Para Paulo Bonavides, el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes es lo que más se armoniza con la “inspiração primordial” de las Constituciones: “a garantia da liberdade humana, a guarda e proteção de alguns valores liberais que as sociedades livres reputam inabdicáveis”. Para el autor, la jurisdicción constitucional es “coluna de sustentação do Estado de direito, onde ele se alicerça sobre o formalismo hierárquico das leis”.²²³

En otro texto, Bonavides afirma que “a justiça constitucional se tornou uma premissa da democracia: a democracia jurídica, a democracia com legitimidade”. Según su visión, aunque la legitimidad de la jurisdicción constitucional es pacífica, debe fijarse en la legitimidad del ejercicio de esa jurisdicción, con el objetivo de evitar una dictadura constitucional. Protesta contra la acción directa de constitucionalidad y contra la denuncia de incumplimiento de precepto fundamental, que prestan “um caráter autocrático ao sistema brasileiro de controle abstrato de constitucionalidade”. Para el autor, el control difuso es el más democrático y el más independiente. Al contrario, el control concentrado, influido por razones políticas, acaban por tener la autoridad última sobre la orden constitucional, pudiendo “resvalar no abuso de reescrever e positivar em seus acórdãos, por meios hermenêu-

²²¹ Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade, “Jurisdição constitucional: um poder constituinte permanente?”, en Sampaio, José Adércio Leite y Cruz, Álvaro Ricardo de Souza (coords.), *Hermenêutica e jurisdição constitucional, Estudos em homenagem a José Alfredo de Oliveira Baracho*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, pp. 67-91.

²²² Rocha, Cármen Lúcia Antunes, “A Constituição...”, *cit.*

²²³ Bonavides, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 14a. ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 301.

ticos, uma Constituição diferente daquela que se acha na letra e no espírito da Lei Maior”. Así, “a Constituição, desfalecida, sai da letra de constituinte para a sentença de tais juízes” y el tribunal pasa a ser el “fiador do Estado de Direito”.²²⁴

En Brasil, el Supremo Tribunal Federal, bajo la Constitución de 1946, afirmó su papel de “um constituinte permanente”, ante sus deberes políticos, además de sus tareas jurídicas. Del voto del Ministro Edgard Costa, en el pedido de intervención federal en el estado de Mato Grosso, juzgado en 1951, motivado por la existencia de dos presidentes, dos vice-presidentes y dos inspectores del *tribunal de justiça*, hipótesis no prevista en la Constitución como causa de intervención, se extrae el entendimiento de que la naturaleza de las funciones del Supremo Tribunal Federal permite su “função construtora” y su actuación, aunque en el silencio de la ley, como “órgão regulador do regime na manutenção de sua ordem jurídica”.²²⁵ Extracto de decisión de 1952, que indica de manera más sutil la visión que el Supremo Tribunal tiene de sí mismo y de su supremacía ante los demás poderes, afirmando la inadmisibilidad de una interpretación contraria a la suya por el legislador.²²⁶

Esa autocomprensión parece evidenciar la actuación del Poder Judicial brasileño al día de hoy. Con una práctica que sugiere una tendencia a la centralización del control de constitucionalidad, el Supremo Tribunal Federal surge como el nuevo soberano, capaz de relevar la voluntad democrática por la única lectura “adecuada” del texto constitucional —aquella promovida por sus ministros—.²²⁷

²²⁴ Bonavides, Paulo, “Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)”, en Figueiredo, Marcelo y Pontes Filho, Valmir (orgs.), *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 520-549, 521-523, 525; 533 y 534; 544 y 545.

²²⁵ Pedido de intervención 14/51, relator, ministro Edmundo Maedo Ludolf, voto del ministro Edgard Costa, obtenido junto al Supremo Tribunal Federal. La expresión “competencia constructiva” del Supremo Tribunal Federal también es utilizada en el aditamento al informe en la Reclamación 315, relator ministro Ribeiro da Costa, juzgada el 31 de mayo de 1957 el *www.stf.jus.br*.

²²⁶ “Admitir o Superior Tribunal que, após interpretar a constituição de um modo, possa a lei ordinária adotar interpretação oposta, equivaleria a renunciar ele a sua atribuição máxima, de mais alto intérprete da constituição, para transferi-la ao legislador ordinário, que assim se transmudaria em poder constituinte permanente, não apenas pela forma que a carta magna prevê, mas também através da elaboração das leis comuns”. Recurso Extraordinario 19520/DF, relator ministro Luiz Galotti, juicio del 5 de junio de 1952.

²²⁷ António Manuel Hespanha resalta la influencia de la idea de que la legitimidad del saber (de los juristas, más específicamente) es más fuerte que la legitimidad democrática en la justificación de un control judicial de constitucionalidad. Señala todavía que la legitimidad democrática como base a las normas jurídicas pierde espacio también para la ley del mer-

Asimismo, dicha visión no se coaduna con el Estado de derecho y con la visión de la ley como derecho de emanación democrática, y no sólo como desarrollo de la Constitución, conforme afirma Manuel Aragón. Aunque es una institución crucial del Estado de derecho, al garantizar la Constitución como norma, el Supremo Tribunal Federal no puede asumir el papel, empero, de “representante en la tierra” del poder constituyente.²²⁸

En relación con la imposibilidad de que el legislador ordinario se oponga a la interpretación del Supremo Tribunal Federal, a los ministros del tribunal máximo no cabe asociar un contenido definido e inseparable de las decisiones legislativas, bajo la posibilidad de desconsiderar su configuración como órgano de soberanía, y con primacía en la toma de decisiones políticas.²²⁹

No se niega, empero, la función del Poder Judicial de controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas elaboradas por el Parlamento y, en determinados casos, sancionadas por el Poder Ejecutivo. La cuestión es que la invalidación por un tribunal de una decisión construida en el ámbito político con fundamento constitucional no es pasible de alejamiento por otro órgano estatal, aunque representativo y responsable —lo que puede llevar a una evaluación de dicha función del Poder Judicial a partir de los principios adoptados para alejar la decisión—²³⁰ o sus resultados.

Tampoco se niega el papel del Poder Judicial en la protección de las reglas democráticas. Se reconoce que el control judicial de constitucionalidad debe actuar para vigilar el proceso de representación política como un árbitro —o controlar el proceso democrático—,²³¹ abrir los canales de cambio político y facilitar la representación de las minorías.²³²

cado internacional (Hespanha, António Manuel, *Será que a Democracia e a Constituição ainda são o que eram? Como se realizam os consensos básicos nas sociedades de hoje*, ponencia presentada en el Programa de Posgrado en Derecho-UFPR, Curitiba, 5 septiembre de 2008).

²²⁸ Aragón, Manuel, *op. cit.*, p. 9-45, en especial pp. 40 y 41.

²²⁹ Georg Jellinek cuestiona, al tratar de la mutación de la Constitución por la práctica constitucional, la posibilidad de aniquilar un poder cuando se atribuye a su acción un contenido vinculante. Aduce: “cuando a una competencia política se le adjudica un contenido determinado e inquebrantable, entonces el poder se transforma en un deber” (*Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Förster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 [1906], p. 37).

²³⁰ Como acentúa John Hart Ely (Ely, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, pp. 4 y 5).

²³¹ Conforme Nino, Carlos Santiago, “Derecho...”, *cit.*, pp. 317-321.

²³² Como indica John Hart Ely (Ely, John Hart, *op. cit.*, Roberto Gargarella también incluye la garantía de las condiciones del debate democrático al lado de la protección a una esfera de invariable autonomía individual, entre las tareas principales del sistema de control de leyes (Gargarella, Roberto, *La justicia...*, *cit.*, pp. 262-265).

Su actuación, sin embargo, no es ilimitada.²³³ La ausencia de límites en el ejercicio de las funciones de los agentes públicos no encuentra abrigo en un Estado de derecho, en una Constitución democrática. Cuando la norma constitucional no ofrece sólo una posibilidad para su concreción, o cuando el poder constituyente posterga la decisión, la decisión política cabe al legislador. Además, existe una presunción de constitucionalidad del legislador: la jurisdicción constitucional, en obediencia al principio democrático, solamente debe declarar la inconstitucionalidad de una ley cuando aclara su contradicción con la Constitución.

²³³ Resalta António Manuel Hespanha que actualmente la ley es la última razón de decidir tenida en cuenta por los jueces, después de la doctrina y de la jurisprudencia. Para el profesor, es necesario limitar el arbitrio judicial, retornando a la antigua enseñanza: tópica, retórica, valor, límites de los argumentos (Hespanha, António Manuel, *Justiça e Democracia: que perigos vemos hoje para a justiça democrática*, ponencia presentada en el Programa de Posgrado en Derecho—UFPR, Curitiba, 5 de mayo de 2009). Por otro lado, Herbert L. A. Hart afirma que el sistema de control de constitucionalidad que da al Poder Judicial la última palabra, “é o preço que tem de pagar-se pela consagração de limites jurídicos ao poder político” (Hart, Herbert L. A., “Pós-escrito”, en *O conceito de Direito*, 4a. ed., trad. de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1994], pp. 299-339, p. 339).

CAPÍTULO SEGUNDO

LA AUTENTICIDAD DE LAS ELECCIONES Y SUS GARANTES

La democracia en su vertiente representativa exige la celebración de elecciones, siendo que la calidad de la democracia está relacionada directamente con la existencia de reglas electorales justas y aplicables de manera ecuánime, que permitan la realización de elecciones limpias y justas, con un proceso legítimo donde esté garantizada la igualdad de oportunidades entre los contendientes y sin máculas o vicios, lo que impone un comportamiento responsable de los competidores y un sistema de verificación de poderes con credibilidad e independencia.

Las democracias contemporáneas, de manera general, establecen el diseño de la normativa de las elecciones y la configuración de los organismos electorales en la Constitución. Las autoridades electorales, sus competencias, su forma de nombramiento y la extensión de sus poderes, son opciones constituyentes que dan los contornos a la legitimación formal y material de los procesos electorales. Esas opciones muchas veces son resultado de una historia política peculiar, que representan respuestas a desafíos particulares de cada conformación política.

La autenticidad electoral —y por lo tanto, las elecciones puras y genuinas— demandan un conjunto de dispositivos normativos y garantías institucionales que proporcionen la libre y fidedigna formación de la voluntad política. Por tanto, se puede señalar a la libertad de expresión, al acceso de los ciudadanos a los poderes públicos, a la existencia de mecanismos de control social, y a las garantías de igualdad de oportunidades como elementos indispensables para la conformación de un Estado democrático.

En la formación de los Parlamentos y en el nombramiento del jefe del Poder Ejecutivo, los estándares mínimos son la libertad y la igualdad en todos los aspectos, sea del punto de vista del elector, sea desde la perspectiva de los candidatos o de los partidos, para asegurar la expresión de la soberanía popular. Como indica la Organización de las Naciones Unidas, “genuine democratic elections are an expression of sovereignty, which belongs to the people of a country, the free expression of whose will provides the

basis for the authority and legitimacy of government”.²³⁴ Y aún, es esencial comprender que las elecciones libres son “aquellas en que a cada elector se le ofrece la oportunidad —una oportunidad igual— de expresar su parecer a la luz de la opinión y sentir propios”.²³⁵

La libertad del voto es amenazada por defectos en la formación de la voluntad electoral, derivados de vicios directos como la coacción, el fraude, la corrupción y la compra de voto, o por interferencias indirectas, por restricciones indebidas o favorecimientos injustos a determinados discursos políticos, o aún, por tratamientos diferenciados a partidos o candidatos.

Asimismo, la regla del voto secreto es otra exigencia de la libertad de voto. El secreto del voto se manifiesta como un derecho fundamental, pero que excede la esfera individual, de carácter irrenunciable. No es posible estar de acuerdo con la doctrina liberal de John Stuart Mill, que defiende que el cumplimiento del deber de votar —como todos los deberes— debe ser hecho bajo los ojos y la crítica del público.²³⁶

Parece tener razón Jorge Reis Novais en su análisis, cuando afirma que el secreto del voto “tem uma função de protecção da esfera de privacidade e liberdade do indivíduo, mas desempenha também um papel decisivo no processo da escolha e decisão democráticas, enquanto exigência da genuinidade da vontade livremente expressa do voto”. El autor destaca el peligro de la renuncia colectiva de dicha protección, pues eso podría distorsionar las reglas democráticas, representando un potencial factor de coacción incluso en las siguientes elecciones.²³⁷

Jorge Fernández Ruiz extiende la regla del secreto del voto al campo de las encuestas electorales, afirmando que, además de ser un derecho, existe un deber de mantener la opción electoral en secreto. Así, sería ofensivo a la garantía de la libertad de voto, en una mirada desde una comprensión colectiva, la manifestación del elector, principalmente justo después de votar, identificando su voto para encuestadores.²³⁸

Parece posible defender que los sistemas mexicano y brasileño se armonizan con un concepto ambicioso de democracia, y, de igual manera con un concepto exigente de igualdad política.

²³⁴ United Nations, *Declaration of principles for international election observation and code of conduct for international election observers*, Nueva York, United Nations, 2005.

²³⁵ Mackenzie, W. J. M., *Elecciones libres*, Madrid, Tecnos, 1962 [1958], p. 175.

²³⁶ Mill, John Stuart, *op. cit.*, pp. 108 y 109.

²³⁷ Novais, Jorge Reis, *op. cit.*, pp. 241 y 242.

²³⁸ Fernández Ruiz, Jorge, “Voto secreto vs encuesta electoral”, *A & C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 12, núm. 50, 10 de octubre de 2012, pp. 91-112.

La exigencia de igualdad también debe acompañar el voto en las democracias genuinas. El voto igual es el reflejo de un Estado ecuaníme, inspirado por principios republicanos, que garantiza igual oportunidad de acceso a cargos públicos. No basta asegurar la previsión del voto singular —una persona, un voto;— el sistema debe promover condiciones para que los ciudadanos participen igualmente en las decisiones políticas.

Para Ronald Dworkin, existen dos dimensiones de la igualdad de poder político. Una dimensión vertical, que está vinculada con la relación entre los ciudadanos y los titulares de cargos públicos; una dimensión horizontal, que impone la igualdad de poder político llevando en cuenta las relaciones entre ciudadanos o grupos políticos. Asimismo, dos manifestaciones de igualdad deben ser consideradas: la igualdad de impacto, referente a la efectiva participación en la decisión política, y la igualdad de influencia, tomada como la capacidad de inducir o guiar la participación de otro. Por lo tanto, una igualdad real exige el mismo peso para el voto de todo ciudadano, por supuesto, también garantías de libertad de expresión y asociación, además de un reglamento respecto a la igualdad de influencia —sin—, no obstante, aniquilar las diferencias en cuanto al carisma, a la reputación y al preparo.²³⁹

Para Gilmar Ferreira Mendes, la libertad de voto demanda una opción electoral a partir de alternativas que gocen de las mismas oportunidades en la competición electoral. Y va más allá, al afirmar que la igualdad de voto no se completa con la igualdad de valor, sino que debe exteriorizarse también en la igualdad respecto al resultado, en un sistema que permita la formación de la representación política con base en las fuerzas políticas con respaldo popular, en un sistema de representación proporcional.²⁴⁰

De hecho, es posible defender que una de las derivaciones de la autenticidad electoral, directamente involucrada con la igualdad de voto, es la necesaria identificación entre la voluntad del cuerpo electoral y la formación de las casas legislativas. Esta exigencia de una representación política fidedigna conlleva a la conclusión lógica de que el derecho de votar debe expresarse también como el derecho de elegir representantes, influyendo institucionalmente en la formación de la voluntad política.

El sistema electoral que más rellena los requisitos para una representación fidedigna es la representación proporcional. Una democracia ambiciosa, que impone el respeto a las minorías y su consideración en el debate público y en las instituciones políticas, que reconoce y valoriza la composición plural de su sociedad, no se contenta con la libertad de participación:

²³⁹ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, pp. 54-59.

²⁴⁰ Mendes, Gilmar Ferreira *et al.*, *op. cit.*

impone efectividad de la participación. Y una manera de garantizar la efectividad es proporcionar que los grupos minoritarios también tengan sus escaños en los parlamentos.

Asegurada la participación institucionalizada de todas las ideologías políticas relevantes en la sociedad, es posible hablar de democracia consensual, como la defendida por Arend Lijphart.²⁴¹ Y ese es el modelo de los sistemas electorales brasileño y mexicano, derivado de las opciones constituyentes, siempre desafiadas por los reformadores de turno.

La representación proporcional es adoptada en Brasil desde 1932, con modificaciones que fueron acentuando el carácter proporcional del modelo. Según el Código Electoral de 1950, la fórmula adoptada en Brasil es el cociente Hare, con la distribución de las sobras por las medias más altas. La Ley núm. 9.504/1997 modificó dicho cálculo al excluir los votos blancos del cómputo de los votos válidos. Aunque los partidos políticos tienen el monopolio para la presentación de las candidaturas, las listas de candidatos no son preordenadas, y cabe al elector determinar qué candidatos ocuparán los curules destinados al partido o a la coalición.

El modelo mexicano mezcla los dos principios —mayoritario y proporcional— para la composición de la Cámara de Diputados y del Senado.

El 60% de los diputados son electos por el principio de mayoría relativa y 40% por el principio de representación proporcional. De igual forma, existe un tope para las frentes parlamentarias, pues conforme el artículo 54, IV y V constitucional, “ningún partido podrá contar con más de trescientos diputados por ambos principios”. Para la elección proporcional, el territorio mexicano es dividido en cinco circunscripciones plurinominales. Jorge Fernández Ruiz, aunque afirme que “la normativa electoral vigente para la elección de los miembros de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, pese a sus defectos, constituye un notable avance en beneficio de la equidad y la democracia”,²⁴² defiende la disminución del número de diputados y en la que cada mitad sea elegida por un principio.²⁴³

La Cámara de Senadores del Congreso general es compuesta por ciento veintiocho miembros: tres por entidad federativa (dos electos por mayoría

²⁴¹ Lijphart, Arend, *Modelos de democracia*, Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003, pp. 17-19.

²⁴² Fernández Ruiz, Jorge, “La elección de los miembros del Poder Legislativo en el sistema electoral mexicano”, en Salgado, Eneida Desiree (coord.), *Sistemas eleitorais: experiências iberoamericanas e características do modelo brasileiro*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, pp. 13-45, p. 42.

²⁴³ Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, cit., p. 95.

relativa y uno asignado al que obtuvo la primera minoría) y treinta dos electos por el principio proporcional en una circunscripción nacional.

Al contrario del modelo brasileño, en el sistema mexicano, la elección proporcional se da por listas cerradas. Aduce Jorge Fernández Ruiz que “en la actualidad, la asignación de curules de representación proporcional se efectúa conforme a un antidemocrático sistema que permite a las cúpulas de los partidos, colocar a sus incondicionales en los primeros lugares de sus respectivas listas cerradas y bloqueadas de candidatos en las circunscripciones plurinominales”.²⁴⁴

De igual forma, el sistema electoral mexicano se caracteriza esencialmente por el principio de mayoría relativa —rasgo de la elección presidente de la República, de gobernadores y alcaldes, de tres cuartas partes de los senadores y tres quintas partes de los diputados federales, además de los miembros de las asambleas y ayuntamientos, como subrayan Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona— siendo complementado por la representación proporcional.²⁴⁵

Otra determinación constitucional que se encuentra en el ámbito de la autenticidad electoral, es la configuración de los derechos políticos, la atribución de su titularidad, sus condiciones y límites. Son tres las manifestaciones de tal opción constituyente: la definición del cuerpo electoral por el diseño de los derechos políticos activos, el elenco de las condiciones de elegibilidad y las inelegibilidades e incompatibilidades, que delinear el derecho político pasivo.

La Constitución brasileña de 1988 excluye del derecho de sufragio a los menores de 16 años, los concriptos y los extranjeros. Además, prevé la pérdida de los derechos políticos cuando la naturalización es cancelada por sentencia firme, y en caso de incapacidad civil absoluta, o negativa a cumplir obligación impuesta a todos o prestación alternativa; y suspensión de dichos derechos, durante el tiempo de los efectos de la condena criminal por sentencia firme y en caso de improbidad administrativa (artículo 15 constitucional).

De acuerdo la Constitución mexicana, son ciudadanos mexicanos, los nacionales que hayan cumplido 18 años y tengan un modo honesto de vivir (artículo 34). Y los derechos o prerrogativas de los ciudadanos, según el artículo 38 constitucional, se suspenden por el incumplimiento de las obligaciones como ciudadano (inscripción en el registro municipal y en el Registro

²⁴⁴ *Idem.*

²⁴⁵ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, 2010, pp. 706-708.

Nacional de Ciudadanos; alistamiento en la Guardia Nacional; voto en las elecciones o consultas populares; desempeño de cargos de elección popular de la Federación o de los estados; y desempeño de los cargos concejiles municipales, de las funciones electorales y de jurado); además de por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión; durante la extinción de una pena corporal; por vagancia o ebriedad consuetudinaria, declarada en los términos que prevengan las leyes; por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal; y por sentencia ejecutoria que imponga como pena, dicha suspensión.

Los límites al derecho de concurrir a cargos públicos electivos están relacionados con el ámbito de autenticidad de la representación. Dichos dispositivos no pueden exceder lo razonable ni tampoco alejar los principios y garantías constitucionales y legales, so pena de aniquilar la democracia con restricciones odiosas.

En Brasil, las condiciones de elegibilidad están en el artículo 14, párrafo 3o. de la Constitución y no pueden ser extendidas —ni siquiera reglamentadas para hacerlas más excluyentes— por el legislador ordinario. La nacionalidad brasileña (para concurrir a la Presidencia de la República debe ser brasileño por nacimiento) el pleno ejercicio de los derechos políticos, el empadronamiento electoral, el domicilio electoral en la circunscripción, la afiliación a un partido político y la edad mínima, que varía, dependiendo del cargo en disputa, son las exigencias constitucionales para que alguien pueda presentarse como una alternativa al elector.

La Constitución también establece hipótesis negativas para el ejercicio del derecho de ser votado. No se admite que analfabetos concurren a puestos electivos, así como los conscriptos y los extranjeros. Los militares pueden competir, no obstante de la prohibición de su afiliación partidista, pero deben dejar la actividad en las fuerzas armadas de ser electos.

El texto original de la Constitución de 1988 vedaba la reelección de los jefes del Poder Ejecutivo de las tres entidades federativas. Una reforma llevada a cabo por el presidente de la República en 1997, sin embargo, permitió la posibilidad de concurrir a un mandato más, contrariando la historia republicana brasileña y el principio de la máxima igualdad en la competición electoral. Con la nueva redacción del párrafo 5o. del artículo 14, de la previsión de la necesaria renuncia de la titularidad del Poder Ejecutivo para concurrir a otros cargos se vuelve inícua.

El artículo 14 constitucional, en su párrafo 7o., prohíbe a los cónyuges y parientes hasta el segundo grado del jefe del Poder Ejecutivo de competir en elecciones en la circunscripción del titular. La búsqueda por autenticidad

electoral camina aquí al lado de la garantía de la igualdad entre los competidores.

La Constitución trae la previsión de una ley, esto es para tratar otras hipótesis de inelegibilidad y de plazos para su cese. La Ley Complementar núm. 64/1990, elaborada en observancia al comando constitucional, fue alterada por la Ley Complementar núm. 135/2010, denominada “Ley Ficha Limpia”, que, en la búsqueda por una presunta moralidad en la clase política, pone en riesgo las garantías constitucionales como la exigencia de sentencia firme para obstaculizar la elegibilidad. Asimismo, dicha ley permite que la justicia electoral funcione como un filtro para los candidatos más allá de la tipificación legal, afectando a la autenticidad electoral y desafiando el principio de la legalidad en materia electoral.²⁴⁶

El ordenamiento jurídico mexicano exige la ciudadanía originaria para concurrir a los cargos federales y para la Presidencia de la República se añade que debe ser “hijo de padre o madre mexicanos y haber residido en el país al menos durante veinte años” (artículo 82, fracción I constitucional). Además, se exige la residencia en el país todo el año anterior al día de la elección (para presidente) o ser originario del Estado o vecino de él, con residencia efectiva de más de seis meses (para diputado o senador), no ser ministro religioso, no estar en servicio activo en el ejército seis meses antes del día de la elección. La Constitución establece otros casos de incompatibilidades, con plazos distintos y veda la reelección para la Presidencia de la República de manera perentoria —“el ciudadano que haya desempeñado el cargo de Presidente de la República, electo popularmente, o con el carácter de interino o sustituto, o asuma provisionalmente la titularidad del Ejecutivo Federal, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto” (artículo 83)— y la reelección de diputados y senadores para el periodo inmediato (artículo 59).

I. LAS REGLAS ELECTORALES Y LA DETERMINACIÓN DE LA CALIDAD DE LA DEMOCRACIA

Las reglas del juego democrático enmarcan lo lícito y lo ilícito en la disputa por mandatos electivos y la preocupación en cuanto a su conformación pasa

²⁴⁶ Un análisis crítico sobre la Ley Ficha Limpia, su proceso legislativo y sus nefastos efectos sobre el derecho brasileño puede ser encontrado en Salgado, Encida Desiree. “A elegibilidade como direito político fundamental, as inelegibilidades retroativas da Lei Complementar 135/10 e a (in)decisão do Supremo Tribunal Federal”, en Montero, Roberta Corrêa de Araújo y Rosa, André Vicente Pires (orgs.), *Direito Constitucional - Os Desafios Contemporâneos - Uma Homenagem ao Professor Ivo Dantas*, Curitiba, Juruá Editora, 2012, pp. 194-218.

por el proceso legislativo, el contenido más o menos restrictivo de su normalización y su aplicación adecuada por la administración y por la jurisdicción electoral.

Frente a su contenido directamente vinculado con el desarrollo del proceso democrático, es posible defender que, en las democracias contemporáneas, existe una reserva de ley en sentido estricto para la materia electoral. Todo lo que se refiere a la elección de representantes debe pasar por debates políticos en parlamentos plurales, sin posibilidad de configuración de normas jurídicas por otros órganos de soberanía u organismos electorales.

Es posible defender que algunos valores sociales y jurídicos son de relevancia superior y las ramas de derecho responsables por su protección se revisten de exigencias superiores a los demás. Así ocurre con el derecho criminal, el derecho fiscal, el derecho administrativo y el derecho electoral, relacionados directamente con el núcleo esencial de derechos fundamentales que demandan una legalidad específica, absoluta o estricta.

El desarrollo, la conformación de la libertad, propiedad, de la participación política, valores máximos en una sociedad democrática, sólo pueden ser realizados por una ley formal, votada por el Parlamento, con la participación de la representación política en un espacio deliberativo, plural y público. La regulación del ejercicio de dichos derechos y la imposición de deberes no pueden provenir de otras fuentes, pues es absolutamente indispensable el pleno consentimiento de la ciudadanía para su legitimidad.

Es posible defender la existencia de un principio de estricta legalidad en la esfera criminal, fiscal, administrativa y electoral. Así, las reglas referentes a las temáticas relacionadas con estos ámbitos deben ser establecidas por ley, entendida en sentido estricto, como las reglas derivadas de un proceso democrático de deliberación parlamentaria, a partir de la arena política formada por representantes de las corrientes de opinión de la sociedad.

Existe aquí, verdaderamente, una reserva de ley, en el sentido que utiliza el término, Manuel Aragón. El autor subraya que el Parlamento es el órgano fundamental de representación de todo el pueblo, en que las minorías pueden hacerse oír y participar de la elaboración de la norma, en un procedimiento que se marca por el contraste, por la publicidad y por la libre deliberación.²⁴⁷

Aunque se conocen las críticas a dicha expresión,²⁴⁸ a partir de la problemática del sistema brasileño se hace necesario establecer que solamente la norma originaria del Parlamento puede crear derechos y obligaciones de

²⁴⁷ Aragón, Manuel, *op. cit.*, pp. 9-45, en especial pp. 41 y 42.

²⁴⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello advierte que el término “reserva de ley” no debe ser aplicado en el sistema jurídico brasileño, pues no existe distinción material para determinar

naturaleza electoral así, ni el Poder Ejecutivo ni el Poder Judicial pueden actuar para innovar en la materia, siquiera con fundamento en la competencia reglamentaria.

El Parlamento es la arena de discusión pública, el lugar del debate robusto y accesible a todos, de la presentación de argumentos y contraargumentos, de deliberación sobre la voluntad del Estado.²⁴⁹ Con Clèmerson Merlin Clève, “o Parlamento constitui um «espaço de luta», e o campo da lei é o campo da mediação”.²⁵⁰

El Poder Legislativo cuenta con un prestigio constitucional, derivado de su formación recurrente directamente de la voluntad del pueblo y de consubstanciar todas las ideologías de la sociedad, como “a mais completa expressão do pluralismo político”.²⁵¹

El origen parlamentario de la ley permite su elaboración desde “várias tendências ideológicas, múltiplas facções políticas, diversos segmentos representativos do espectro de interesses que concorrem na vida social”. Por lo cual, la ley se aproxima de la media del pensamiento social, construido por una pluralidad de grupos. Celso Antonio Bandeira de Mello acentúa, aún, el “grau de controlabilidade, confiabilidade, imparcialidade e qualidade normativa” garantizado por el proceso legislativo.²⁵²

Sin embargo, de precedentes críticas respecto a la representación política y sus déficits democráticos, es posible afirmar que existe participación popular, aunque mediada, en la elaboración de las reglas jurídicas por el Parlamento. Lo mismo no se puede afirmar de la producción del reglamento o de una resolución judicial. Existe en el proceso legislativo el encuentro del principio de la legalidad con la exigencia democrática.

De esta manera, no se puede permitir la formación de las reglas del juego democrático electoral fuera de un espacio representativo, en un Parlamento asegurado por la legitimidad democrática y —lo más importante en términos de control— cuya decisión es pasible de amplio examen de sus fundamentos, garantizado por la publicidad de las discusiones y por la posibilidad de participación del espectro partidista.²⁵³

la competencia de cada poder (Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 26a. ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 1052).

²⁴⁹ Mill, John Stuart, *op. cit.*, p. 71.

²⁵⁰ Clève, Clèmerson Merlin, “Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1993, p. 48.

²⁵¹ Brito, Carlos Ayres, *O perfil constitucional da licitação*, Curitiba, ZNT, 1997, p. 83.

²⁵² Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito...*, *cit.*, pp. 360-363.

²⁵³ Conforme resalta Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...*, *cit.*, pp. 672 y 673.

Cabe resaltar que es inconcebible en una democracia que las normas electorales sean elaboradas en gabinetes o en salas judiciales: como comandos normativos que regulan la democracia, deben ser democráticamente producidas.

Así, se afirma que se impone una reserva legal absoluta para las reglas de disputa de cargos electivos. Existe un principio de reserva parlamentaria, que exige una ley formal, originada del Parlamento, respecto a cuestiones electorales, lo que aleja de la esfera reglamentaria, desde luego, la definición de las reglas electorales tomadas en sentido amplio.

Como ya se ha dicho, las reglas electorales se refieren a la concreción del principio de legitimación del ejercicio del poder político. Demandan un vasto debate parlamentario, con carácter fuertemente deliberativo y con la participación de las minorías políticas. La legitimidad para la restricción de derechos políticos o libertades (como la libertad de expresión en la propaganda electoral) está, por fuerza del principio del Estado de derecho, en el órgano de representación popular.²⁵⁴

La preocupación de fatizar la reserva de ley en materia electoral surge de la realidad brasileña, de una actuación fuertemente normativa de la justicia electoral, sin fundamento constitucional. Son establecidas restricciones a los derechos políticos por resoluciones del Tribunal Superior Electoral, aprobadas por mayoría simple en un colegiado de siete miembros sin legitimidad democrática directa. Dichos “reglamentos”, además, no observan el artículo 16 de la Constitución brasileña, que establece que las alteraciones en el proceso electoral deben ocurrir hasta un año antes de la elección.

Jorge Fernández Ruiz señala como fuentes formales del derecho electoral, la actividad legislativa, “la actividad social que deviene de la costumbre”, la actividad jurisdiccional, la doctrina y los principios generales de derecho. El autor entiende que entre las actividades materialmente legislativas, además de aquellas desarrolladas en las cámaras, están las producidas en el ámbito del Poder Ejecutivo y del Instituto Federal Electoral, y distingue a la Constitución, que contiene “los preceptos jurídicos fundamentales que regulan la organización y desarrollo de las instituciones y procesos electorales”, los tratados internacionales, las leyes, los decretos-leyes (que conceptúa como “la disposición de carácter legislativo emitida en vía de excepción por el titular del Poder Ejecutivo o por quien lo detenta”), los reglamentos y las disposiciones administrativas de carácter general.²⁵⁵

²⁵⁴ Salgado, Eneida Desiree, *Princípios Constitucionais Eleitorais*, Belo Horizonte, Fórum, 2010, pp. 252 y 253.

²⁵⁵ Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, *cit.*, pp. 196-215.

En análisis específico de la facultad reglamentaria, Jorge Fernández Ruiz, lista sus características: ser atribuida por la Constitución, intransferible e indelegable. Y, lo que cabe acentuar aquí, “el precepto a reglamentar constituye el límite del ordenamiento reglamentario, habida cuenta que éste desarrolla y explica al primero para facilitar su aplicación, mas no puede rebasarlo, excederlo ni contrariarlo”.²⁵⁶

Sobre los límites a la facultad reglamentaria, Miguel Alejandro López Olvera sostiene que la Constitución la otorga únicamente “para completar las leyes”, para “poner los medios adecuados para facilitar la ejecución de dichas leyes”, admitiendo nomás que la figura del reglamento de ejecución.²⁵⁷

El pensamiento de los dos autores está en armonía con la mejor doctrina brasileña. De igual manera, se defiende que el poder reglamentario debe ser atribuido por la Constitución y como regla de competencia, no puede ser deducido ni tampoco delegado.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello conceptúa los reglamentos como normativas generales, abstractas e impersonales, que desarrollan la ley.²⁵⁸ Son actos normativos practicados con base en la ley que no son pueden innovar el orden jurídico.²⁵⁹

Aunque una parte significativa de la doctrina brasileña defiende la existencia de reglamentos autónomos, frente al artículo 84, fracción VI constitucional,²⁶⁰ parece tener razón, Celso Antonio Bandeira de Mello, cuando afirma que en el sistema brasileño hay nada más reglamentos de ejecución, pues la Constitución no otorga al jefe del Poder Ejecutivo poderes reglamentarios amplios.²⁶¹ José Roberto Vieira afirma que la previsión

²⁵⁶ Fernández Ruiz, Jorge, “La facultad reglamentaria”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLVIII, núm. 221 y 222, septiembre-diciembre de 1998, pp. 168 y 169.

²⁵⁷ López Olvera, Miguel Alejandro, “La nueva facultad reglamentaria en México. Evaluación y perspectivas a la luz del texto actual de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El proceso constituyente mexicano*, México, UNAM, 2007, pp. 595-625, en especial pp. 600 y 601.

²⁵⁸ Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, *Princípios gerais de Direito Administrativo*, 3a. ed., São Paulo, Malheiros, 2007 [1979]. vol. 1, p. 359.

²⁵⁹ Clève, Clèmerson Merlin, *Atividade...*, cit., p. 139.

²⁶⁰ Originariamente, el artículo 84, que trata de la competencia privativa del presidente de la República, establecía en su inciso VI la siguiente redacción: “VI - dispor sobre a organização e o funcionamento da administração federal, na forma da lei”. Con la Enmienda núm. 32/2001, ese pasa a ser el dispositivo: “VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos”.

²⁶¹ Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito...*, cit., pp. 336, 337 y 346.

constitucional en examen no prescinde de la subordinación a la ley y se refiere a un reglamento orgánico.²⁶²

Se debe tener presente que los reglamentos no pueden, bajo pena de inconstitucionalidad, alterar o sustituir leyes. No pueden crear derechos o imponer obligaciones. No pueden restringir o ultrapasarse la ley que los fundamenta.

Otra no es la comprensión de la Suprema Corte de Justicia en México: la facultad reglamentaria debe obedecer a los principios de la reserva de ley y de subordinación jerárquica.²⁶³ En Brasil, existe una laguna en la verificación del alcance de los reglamentos, pues el Supremo Tribunal Federal niega la posibilidad de control concentrado de legalidad del poder reglamentario.²⁶⁴

La cuestión se pone ante los organismos electorales y la facultad reglamentaria. Como dicho, las reglas electorales tratan del funcionamiento de la democracia formal y cuentan con una reserva de ley del Parlamento para su elaboración. Sin embargo, en la aplicación de las leyes electorales pueden evidenciarse lagunas.

En Brasil, ya se señaló, la constitución no atribuye facultad reglamentaria al organismo electoral. No obstante, las resoluciones del Tribunal Superior Electoral, sin autorización constitucional, en la práctica, innovan en el orden jurídico, pues crean obligaciones y restringen derechos.

La Constitución mexicana en su artículo 41, trata de los partidos políticos y en sus apartados, indica las competencias de la autoridad administrativa electoral. Por tanto, se caracteriza el Instituto como un “organismo público autónomo” y se refiere expresamente a “la regulación de la observación electoral y de las encuestas o sondeos de opinión con fines electorales”.

Edilberto Ruiz Pérez afirma que la facultad reglamentaria señalada por la Constitución mexicana al Instituto Federal Electoral así como la señalada por las Constituciones locales a los institutos electorales de las entidades federativas “otorgan la posibilidad que tienen estos órganos electorales de acordar, para efectos de su organización interna, las normas jurídicas que sean necesarias para el desempeño de sus funciones”. Y añade: “tanto en el caso de la facultad reglamentaria del Consejo General del Instituto, como

²⁶² Vieira, José Roberto *et al.*, “Perfil constitucional do regulamento e alguns reflexos tributários”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, núm. 4, 2003, pp. 175-233.

²⁶³ Tesis P./J. 79/2009, pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXX, agosto de 2009, p. 1067.

²⁶⁴ Acciones directas de inconstitucionalidad núm. 2626 y 2628. Relator ministro Sydney Sanches, relator para las resoluciones ministro Ellen Gracie, juzgados el 18 de mayo de 2004. Precedentes: ADI núm. 2.243, relator ministro Marco Aurélio, ADI núm. 1.900, relator ministro, Moreira Alves, ADI núm. 147, relator ministro, Carlos Madeira.

la facultad reglamentaria del titular del Poder Ejecutivo de la entidad, es posible desarrollar y especificar el contenido de la ley electoral, pero no ir más allá de ésta”.²⁶⁵

Si se trata de la aplicación de las normas electorales derivadas del Poder Legislativo en el ámbito interno de la administración, se estaría delante de otra categoría jurídica del derecho administrativo: la instrucción.

Las instrucciones son reglas generales, también abstractas e impersonales, pero que se dirigen a los agentes públicos o a los encargados de obras o servicios públicos para determinarles las acciones.²⁶⁶

Conforme Hugo Haroldo Calderón Morales, una instrucción “es la forma de orientación interna y externa de los órganos administrativos, emanadas de los funcionarios públicos, para que orienten a los subordinados, como a los administrados, de la manera de cómo deberán dar procedimiento a los servicios”.²⁶⁷

Aunque se puedan instruir los ciudadanos sobre la manera de presentar una petición ante el órgano administrativo,²⁶⁸ los efectos de las instrucciones son internos a la administración. No pueden, como desde luego tampoco pueden los reglamentos, restringir derechos o crear obligaciones. No son fuente de derecho.

Es absolutamente esencial, insistir que nada más que la ley puede normativizar los derechos políticos y el proceso electoral, en nombre de la autenticidad de las elecciones. Un conjunto normativo proveniente de leyes originadas de un Parlamento plural, que observa procedimientos legislativos de carácter deliberativo, es indispensable para la calidad de la democracia. Es condición necesaria, aunque no suficiente.

II. LA PATOLOGÍA ELECTORAL Y LA INFLUENCIA INDEBIDA EN LAS ELECCIONES

La autenticidad de las elecciones sufre con los vicios en la formación y la manifestación de la voluntad electoral. Los fraudes en los procesos electora-

²⁶⁵ Ruiz Pérez, Edilberto, “El estado actual y perspectivas de la facultad reglamentaria de los organismos electorales en México”, ponencia presentada en el XXIII Congreso de la Sociedad Mexicana de Estudios Electorales, noviembre de 2012, <http://somee.com.mx/Congreso/archivos.php>.

²⁶⁶ Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, *op. cit.*, pp. 381-383.

²⁶⁷ Calderón Morales, Hugo Haroldo, *Teoría general del derecho administrativo*, Guatemala, MR Libros, 2011, t. I, p. 312.

²⁶⁸ *Idem*.

les —y, en algunos casos más sofisticados, en la arquitectura de los sistemas políticos— afectan a la calidad de la democracia y exigen respuestas estatales.

Es posible indicar seis categorías de fraudes que afectan las elecciones: fraudes normativos, fraudes en la administración de las elecciones, fraudes en la formación del voto, fraudes en la manifestación del voto, fraudes en el escrutinio y fraudes en la verificación de poderes o en el reconocimiento de la validez de la elección.

1. *Los fraudes normativos*

La alteración de las reglas electorales para beneficiar determinado candidato o grupo político caracteriza la burla normativa en el amplio abanico de las patologías electorales. El principio de la estricta legalidad, o de la reserva de ley del Parlamento, es una manera de obstaculizar la manipulación de las normas jurídicas con fines electorales.

En México, Irma Méndez aduce que hasta 1988 la competencia electoral entre los partidos “era a menudo limitada desde el poder, a través de herramientas como la aprobación de reformas electorales que permitían la manipulación de la fórmula electoral y de los requisitos para registrar a los partidos con derecho a participar en las elecciones, entre otras”.²⁶⁹

El régimen militar brasileño, durante la dictadura vigente entre 1964 y 1985, se utilizó largamente de este artificio para evitar el crecimiento de la oposición consentida. La búsqueda por una apertura democrática pasaba por la lucha electoral,²⁷⁰ y la “política de distención” en la “democratización conservadora por la vía autoritaria”²⁷¹ del gobierno de Geisel impedía el de-

²⁶⁹ Méndez de Hoyos, Irma, “Competencia y competitividad electoral en México, 1977-1997”, *Política y gobierno*, vol. X, núm. 1, I semestre de 2003, pp. 139-182. En nota, la autora explica los fraudes normativos del periodo: “algunos de los mecanismos legales utilizados para limitar a los partidos de oposición en su lucha por desafiar al partido en el poder, son los siguientes: primero, durante el proceso de organización y validación de las elecciones, los partidos tenían escaso control sobre la administración electoral, que estaba bajo el dominio del Poder Ejecutivo (a través de la Secretaría de Gobernación). Segundo, el proceso de registro de partidos era conducido por el secretario de Gobernación en su calidad de presidente del órgano electoral, quien gozaba de facultades discrecionales para decidir la pertinencia de abrir el registro de partidos y otorgar el mismo. Tercero, la fórmula electoral permitió por muchos años la sobrerrepresentación del partido mayoritario y la subrepresentación de los partidos de oposición (especialmente en el caso de los partidos medianos).

²⁷⁰ Bierrenbach, Flavio, *Quem tem medo da Constituinte*, Río de Janeiro, Paz e Terra, 1986, p. 54.

²⁷¹ Cardoso, Fernando Henrique, *A Construção da Democracia*, São Paulo, Siciliano, 1993, p. 224.

sarrollo de una verdadera pugna electoral debido a los constantes cambios en las reglas.

En el año siguiente al golpe, el Parlamento bajo la dictadura aprueba una ley orgánica de los partidos políticos (Ley núm. 4.740/1965) que pasa a imponer condiciones para la existencia de los partidos, con un umbral de desempeño para su funcionamiento, además de un fuerte control del Estado.

Después de una derrota electoral para los partidos opositores, y pasados tres meses de vigencia de la Ley núm. 4640/1965, el autodenominado poder revolucionario compele la disolución de los partidos políticos con el Acto Institucional núm. 2/1965. Menos de un mes después, el Acto Complementar núm. 4/65, buscando dar una imagen de legalidad al régimen de fuerza, impone un sistema bipartidista, permitiendo la creación, por los miembros del Congreso Nacional, de agremiaciones (que no podían utilizar el nombre “partido”, símbolo, denominación, lema o sigla de partidos anteriores), desde que con un mínimo de ciento veinte diputados federales y veinte senadores.²⁷² Aun así, se creó la figura del “sub-lema”, para permitir la convivencia entre distintas tendencias regionales y locales dentro de los partidos nacionales. La idea era impedir la creación de una unidad interna en el bloque de la oposición.²⁷³

Si la Constitución de 1967 no modifica fuertemente la disciplina del sistema político, el Acto Institucional núm. 5 de 13 de diciembre de 1968 aniquila la legalidad del régimen y acentúa la casación de mandatos y la punición por actividades políticas, suspende la Constitución de 1967 y alcanza al Poder Legislativo, al Poder Judicial y a las libertades individuales. Y es en este contexto que es otorgada la Constitución de 1969 (llamada, indebidamente, de Enmienda Constitucional núm. 1), que establece la pérdida de mandato por infidelidad partidaria, y es aprobada una nueva Ley Orgánica de los Partidos Políticos (Ley núm. 5.682/1971).

Con la derrota del oficialismo en las elecciones de 1974, el próximo paso normativo fue reglamentar la propaganda electoral por la Ley Falcão (Decreto-Ley núm. 6.639/1976), e impedir la divulgación de propuestas, ideas, programas y críticas con la prohibición de que los candidatos hablasen durante el horario electoral.

²⁷² Así fueron creados la Alianza Renovadora Nacional (ARENA) y el Movimiento Democrático Brasileño (MDB), éste como la oposición consentida. Para que el MDB obtuviera el número necesario de senadores, el presidente de la República, general Castelo Branco, persuadió a su amigo, el senador Rui Carneiro para afiliarse al MDB.

²⁷³ Conforme Mezzaroba, Orides, *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 215.

Una reforma política fue llevada a cabo en 1977, con el “Pacote de Abril”. El presidente de la República, general Ernesto Geisel, promulga un cambio en la Constitución, y un conjunto de leyes, determinando el cierre del Congreso Nacional, la elección indirecta para los gobernadores y de un tercio de los senadores y el periodo de seis años para el mandato del presidente de la República. Una reforma del Poder Judicial también es realizada por el “constituyente” ejecutivo.

En 1979, una alteración en la Ley de los Partidos, en la búsqueda de dividir la oposición que se fortalecía, se permite la creación de partidos políticos, con la extinción de las agremiaciones, pero sigue con el fuerte control estatal. En una dinámica dialéctica, evidenciando fisuras en el régimen militar, la Enmienda Constitucional núm. 15/1980 retoma la elección directa de todos los senadores.

Para las elecciones de 1982 son prohibidas las coaliciones y se exige que el elector vote en el mismo partido para todos los cargos, originando la figura del voto vinculado (Ley núm. 6.978/82).

Con la elección (aún indirecta) de un presidente civil en 1985 y con la convocación de la Asamblea Constituyente en 1986, termina el periodo de la dictadura militar en Brasil, pero no los tiempos de fraudes normativos.

Dos ejemplos evidencian la utilización de modificaciones para mantener el *status quo* político. Uno de ellos se refiere a las constantes alteraciones en la regulación de la propaganda electoral, con cambios anteriores a cada elección. Otro, más reciente, se refiere a la posibilidad de reelección de los jefes del Poder Ejecutivo.²⁷⁴

La historia brasileña muestra un repudio a la posibilidad de reelección en el Poder Ejecutivo, exceptuando la facultad dada por la Constitución de 1891 a los Estados para permitir más de un mandato consecutivo al “presidente del Estado” —y dicho hecho ocurrió en el Estado de Rio Grande do Sul, donde Borges de Medeiros gobernó de 1898 a 1908 y de 1913 a 1928—, facultad que fue alejada en 1926, cuándo se estableció la total negación al ejercicio de dos mandatos consecutivos en todas las esferas legislativas.

Pues la repulsa normativa a la reelección fue vencida por la Enmienda núm. 16/1997 a la Constitución de 1988, menoscabando el principio de la máxima igualdad en la disputa electoral. Y, lo que evidencia el fraude normativo, alcanzó a los gobernantes de turno, que pudieron concurrir a otro

²⁷⁴ No existe límite para la reelección de los parlamentarios en Brasil. Para Francisco de Assis Vieira Sanseverino, la no problematización de la reelección en los cargos del Poder Legislativo advén de que os parlamentares toman decisiones colectivas (Sanseverino, Francisco de Assis Vieira, *O “uso da máquina pública” nas campanhas eleitorais: condutas vedadas aos agentes públicos*, Puerto Alegre, Verbo Jurídico, 2008, p. 50).

mandato.²⁷⁵ Asimismo, la alteración no alcanzó a la regla que imponía la renuncia de los jefes del Poder Ejecutivo para concurrir a otros cargos, lo que lleva el sistema a una estulticia impar.²⁷⁶

Existe otra forma, mucho más sutil, de fraude normativo, y que se relaciona con la magnitud de las circunscripciones electorales. En los sistemas que adoptan la división electoral, las Constituciones suelen determinar un número mínimo y un número máximo de representantes, lo que implica la sobrerrepresentación o la subrepresentación de determinadas entidades federadas, en ofensa al principio de “una persona, un voto”.

Un estudio de Celia Palacios Mora y Erubiel Tirado Cervantes indica las distorsiones en la geografía electoral en México, con referencia a los textos constitucionales y legislativos anteriores. Los números de las elecciones de 1991 y 1996 son impresionantes, con variaciones que llegan a veintitrés por ciento de desvío en la proporcionalidad. Los autores afirman que “la asignación de curules, principalmente en 1985, 1988, 1991 y 1994, se realizó a partir de una delimitación territorial en la que no se consideraron los criterios básicos de equilibrio poblacional y contigüidad geográfica, lo cual generó importantes niveles de sub y sobrerrepresentación o «mala proporción» y «mal reparto»”. Sin embargo, por las tablas presentadas, es posible vislumbrar una clara disminución de las derivaciones indebidas después de la reforma electoral de 1996 y de la demarcación electoral de los distritos electorales por la autoridad administrativa electoral.²⁷⁷

Jorge Fernández Ruiz explicita su preocupación con la “evidente disimilitud de los padrones electorales” e indica que en el artículo 53 constitucional se impone que cada estado debe tener al menos dos diputados.²⁷⁸

²⁷⁵ Hubo noticias de compra de votos de diputados y senadores para la aprobación de la enmienda que, inicialmente, previa nada más que la posibilidad de la reelección del Presidente de la República, denuncia esta que no prosperó. Después de una fuerte deliberación, la regla pasó a incorporar también los gobernadores de los estados y los “prefeitos” (presidentes o alcaldes) de los municipios.

²⁷⁶ Conforme Rocha, Carmen Lúcia Antunes. “O processo eleitoral como instrumento para a democracia”. *Resenha Eleitoral* [do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina], Florianópolis, v. 5, n.1, p. 65-83, 1998. Disponible en: <http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/carmen.htm>; Torelly, Paulo Peretti. *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição: Isonomia e República no Direito Constitucional e na Teoria da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008; y Bandeira de Mello, Celso Antônio, “Desincompatibilização e inelegibilidade de chefes de Executivo”, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, núm. 18, 1997, pp. 5-14.

²⁷⁷ Palacios Mora, Celia y Tirado Cervantes, Erubiel, “Circunscripciones electorales plurinominales: configuración geográfica y equilibrio poblacional, 1977-2007”, *Invest. Geog.* México, núm. 68, abril de 2009.

²⁷⁸ Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, cit., pp. 395 y 396.

El párrafo 1o. del artículo 45 de la Constitución brasileña establece que “o número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados”. Por ende, con base en el electorado de 2012, 446.476 electores del estado de São Paulo son representados por un diputado federal, así como 36.549 electores del estado de Roraima: el voto de un ciudadano paulista vale menos que un doceavo del voto de un ciudadano roraimense.

En México, la diferencia en el valor del voto, aunque exista, no es tan abultada. Teniéndose en cuenta el listado nominal de electores de 2012 y el número total de diputados federales (los electos por mayoría relativa y los de representación proporcional) los 10.396.537 electores del estado de México son representados por 65 diputados (159.947 ciudadanos por representante) y para los 419.944 electores del estado de Baja California Sur, son 3 diputados (139.981 ciudadanos por representante).

Pero, como enfatiza Fernández Segado, “el principio de igualdad de las circunscripciones por su población exige que exista un idéntico número de electores para cada escaño, o lo que es igual, que haya una correspondencia en todas las circunscripciones entre el número de electores y el de escaños a proveer”.²⁷⁹

Francisco Javier Aparicio y Javier Márquez señalan las modificaciones constantes en el sistema electoral mexicano, principalmente entre 1985 y 1997, y analizan las nuevas propuestas para su modificación. Su preocupación es centrada en los efectos de la adopción del principio de mayoría relativa en la falsa representación de las fuerzas políticas,²⁸⁰ otra cuestión relevante para la autenticidad electoral.

De hecho, la adopción del principio mayoritario en la formación del Parlamento es un problema para la necesaria participación de las minorías en las instituciones políticas y en el debate público, pues algunas veces no se considera casi mitad del electorado, lo que lleva a la deformación de la correspondencia entre la voluntad electoral y la representación política.

La adhesión del principio mayoritario con la división en distritos, significa conceder a una pequeña mayoría, el poder de determinar el interés público y excluir la representación de todos los que no votaron por el ven-

²⁷⁹ Fernández Segado, Francisco, *La representatividad de los sistemas electorales*, San José, Serie Cuadernos de CAPEL, IIDH, 1994, núm. 37, pp. 30 y 31.

²⁸⁰ Aparicio, Francisco Javier y Márquez, Javier, *Sistema electoral y Congreso en México*, http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/reforma_congreso.pdf.

cedor.²⁸¹ Dos mecanismos productores de desigualdad se suman aquí: el *first-past-the-post* y la división distrital.

También puede ser considerado como fraude normativo, el cambio en la ley de financiamiento público de los partidos y campañas, con la adopción de restricciones y criterios para beneficiar un grupo político, o lo que se está ensayando en Brasil, para fortalecer a los grandes partidos políticos y extinguir los menores, disminuyendo los actores políticos con poder de veto.

2. *Los fraudes en la administración de las elecciones*

Las trampas a los principios electorales pueden darse también en la organización del proceso electoral, sea en el reconocimiento de la calidad de elector, en el nombramiento de las autoridades de la mesa o en el diseño de los distritos electorales y hasta donde llega la creatividad humana.

La definición de los distritos electorales es fundamental para la legitimidad de la elección de los representantes en los sistemas que adoptan el principio mayoritario para la composición de los Parlamentos. La división tendenciosa de los distritos electorales, para hacerlos coincidir con la fuerza política de determinados candidatos o partidos o evitar la influencia de una parte del electorado se denomina *gerrymandering* y es un fraude a la autenticidad de las elecciones.

Con Dieter Nohlen: “el *gerrymandering*, es decir, el intento de alterar las posibilidades electorales de los candidatos a través de la delimitación de las circunscripciones de acuerdo con criterios políticos, demuestra que la distribución de las circunscripciones puede ser objeto de manipulaciones”.²⁸²

La Suprema Corte de los Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de la división de los distritos electorales del estado de Texas para la elección de 2012. El *Voting Act* de 1965 exige alteraciones en los procedimientos electorales, incluso con relación al diseño de los distritos, sean aprobadas por una comisión de tres jueces o por el procurador general, para demostrar que el cambio “neither has the purpose nor will have the effect of denying or abridging the right to vote on account of race or color”. En el análisis por la United States District Court for the District of Columbia, responsable de

²⁸¹ Mill, John Stuart, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

²⁸² Nohlen, Dieter, “Sistemas electorales presidenciales y parlamentarios”, en Nohlen *et al.*, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Universidad de Heidelberg-International IDEA-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación e Instituto Federal Electoral, 2007, p. 299.

aprobar la nueva división, se presentaron argumentos en el sentido de que se buscaba discriminar latinos y afroamericanos, diluyendo la fuerza de su electorado, y el proceso no se terminó en el tiempo necesario.²⁸³

En México, es competencia de la autoridad administrativa electoral realizar la distritación a nivel federal, a partir de criterios constitucionales, legales y técnicos. Eso, sin embargo, no evita los problemas, como afirma Jorge Fernández Ruiz: “en razón de la evidente disimilitud de la magnitud de los padrones electorales, tanto de los distritos uninominales como de las circunscripciones plurinominales, se violenta la igualdad que debe haber en el valor de cada voto potencial”. Añade, aún que

...esa disconformidad en el valor del voto se debe en parte a la disposición implícita contenida en el artículo 53 constitucional, en el sentido de que no se pueden crear distritos pertenecientes a varias entidades federativas y al mandato explícito del mismo numeral, de que ningún estado puede tener menos de dos diputados uninominales; mas en parte se debe también al *gerrymandering* usado en la delimitación de algunas de las demarcaciones electorales.²⁸⁴

Las circunscripciones electorales coinciden con los límites de las entidades administrativas en Brasil. Así, existe desigualdad en el valor del voto, pero que se origina de la normativa, no de divisiones administrativas.

Los fraudes en la administración de las elecciones pueden ocurrir, además, en la organización de la votación. La ubicación de las secciones electorales y el nombramiento de los funcionarios de mesa directiva de casilla pueden servir para desviar la verdad electoral, así como el reconocimiento de la calidad de elector en el empadronamiento.

Se puede afirmar la existencia de un historial de fraudes en la vida brasileña, desde la época imperial. En un primer momento, la calificación de los electores era realizada por los curas, que hacían un control bastante selectivo de los requisitos censitarios, y aunque su decisión no tenía fuerza ante las mesas directivas. Las mesas eran soberanas, y el nombramiento de sus funcionarios era tan determinante que valía el dicho: “hecha la mesa está hecha la elección”.²⁸⁵

²⁸³ Suprema Corte de los Estados Unidos, fallos núm. 11-713, 11-714 y 11-715, juzgados el 20 de enero de 2012, <http://www.supremecourt.gov/opinions/11pdf/11-713.pdf>.

²⁸⁴ Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, cit., pp. 395 y 396.

²⁸⁵ Sobre la historia electoral brasileña, véase Nicolau, Jairo, *História do voto no Brasil*, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 2002; Porto, Walter Costa, *Dicionário do voto*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2000; mismo autor, *A mentirosa urna*, São Paulo, Martins Fontes, 2004; Faoro, Raymundo, *Os donos do poder*, Formação do patronato político brasileiro, 3a. ed., revista São

Después, durante la *Primera República* (1889-1930) lo más característico era el poder de los “coroneles”, los terratenientes en el interior del país, quienes determinaban la voluntad electoral de los campesinos. La preocupación con esta influencia lleva la legislación a establecer requisitos para el nombramiento de los funcionarios —vedando el nombramiento de candidatos y sus parientes o cónyuge; de los miembros ejecutivos de los partidos; de autoridades y agentes policiales; de funcionarios en cargos de confianza del Poder Ejecutivo; y de los que pertenecen al servicio electoral— y para la instalación de las mesas, como impedir que sean ubicadas secciones electorales en haciendas o cualquiera propiedad agraria, aunque exista edificio público en el local.²⁸⁶

3. *Los fraudes en la formación del voto*

Posiblemente el momento más afectado por los engaños a la verdad electoral sea la formación del voto. La voluntad del elector puede ser desviada por un conjunto de artificios que manipulan, engañan o descaminan la construcción de la opción electoral.

A. *La compra de votos*

Algunos mecanismos son tipificados en las legislaciones, configurando ilícitos. Por lo tanto la compra de votos, que ofende la libertad de voto y la autenticidad electoral de forma que alcanza a toda la sociedad, si se entiende el sufragio más allá de un derecho subjetivo, también como una función pública.²⁸⁷

En el derecho brasileño, la compra y también la venta de votos son caracterizadas como ilícitos penales, previstas como corrupción electoral en el artículo 299 del Código Electoral: “dar, ofrecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem,

Paulo, Globo, 2001 [1957]; Leal, Victor Nunes, *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*, 4a. ed., São Paulo, Alfa-Omega, 1978.

²⁸⁶ Actualmente, dichos dispositivos están en los artículos 120 y 135 del Código Electoral Brasileño (Ley núm. 4.737/1965).

²⁸⁷ El análisis presentado sobre la compra de voto es un resumen de un estudio específico: Salgado, Eneida Desiree, “Una mirada alienígena sobre la compra de votos en la sentencia SUP-JIN-359/2012”, ponencia en el *V Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral del TEPJF*, 15 y 16 de noviembre de 2012, http://portales.te.gob.mx/seminariointernacional/sites/portales.te.gob.mx/seminariointernacional/files/Desiree_Ponencia.pdf.

para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita: Pena-reclusão até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa”. El bien jurídico protegido es la democracia, la lisura de las elecciones y la legitimidad del régimen político.

Además, la compra de votos también está prevista en la Ley de las Elecciones (Ley núm. 9.504/1997), como una infracción sin naturaleza criminal, y que pretende inhibir de manera más efectiva esta práctica tan común en Brasil. Por lo tanto, constituye “captación de sufragio, vedada por esta ley, al candidato donar, ofrecer, prometer, o entregar, al elector, con el fin de obtener su voto, bien o ventaja personal de cualquier naturaleza, incluso empleo o función pública, desde el registro de la candidatura hasta el día de la jornada electoral”. Asimismo, desde 2006 está vedada la distribución de cualquier bien (playeras, gorras, bolígrafos, reglas, llaveros, entre otros como el ofrecimiento de comida) en las campañas. Todavía, eso no logró eliminar con dichas conductas.

En el orden jurídico mexicano, la compra de votos también configura un delito, previsto en el artículo 403, VI, del Código Penal Federal. Se preve pena de multa y prisión a quien “solicite votos por paga, dádiva, promesa de dinero u otra recompensa durante las campañas electorales o la jornada electoral”. Así como en relación con las acciones penales electorales en Brasil, la legitimidad para presentar denuncia del crimen es del Ministerio Público.

Además, la compra de votos configura un elemento de invalidez de la elección, sea por el artículo 75 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, sea por la violación de los principios constitucionales (posibilidad derivada de construcción jurisprudencial).

En los dos sistemas, el punto clave es la cuestión probatoria, aunque actuando de maneras diametralmente opuestas. Mientras que en el sistema brasileño un candidato electo puede perder su mandato por la compra de un voto confirmada por una única prueba testimonial singular, las decisiones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación mexicana parecen exigir un conjunto de evidencia que apenas permite la configuración del ilícito. En un sistema donde se permite la propaganda utilitaria, con la distribución de artículos para persuadir electoralmente a los votantes, condicionar el reconocimiento de la violación de la norma a la prueba de que el elector realmente sufragó en el candidato o partido que había comprado su voto, o a la declaración pública de la venta del voto, es demandar una prueba diabólica. Asimismo, en los fallos sobre la nulidad de la elección, deben ser comprobadas, la sustancialidad de las violaciones, la gravedad de las irregularidades y su influencia en el resultado de la elección.

Los dos extremos parecen malos —tanto fragilizar la seguridad del resultado de las urnas con fundamento en no más que una persona, como blindar la manifestación popular—, prácticamente anulando las previsiones legales.

B. *El uso del poder político*

Aún en el campo de la ilegalidad, la voluntad electoral puede ser desviada por el uso del poder político con fines electorales. Ofensa directa a la igualdad entre los candidatos, la inobservancia de la neutralidad de los poderes públicos ultraja el conjunto de los principios de la administración pública, lesiona la finalidad, la impersonalidad, la moralidad, y distorsiona las condiciones de la competición electoral.

Óscar Sánchez Muñoz subraya que “la situación de superioridad para alguno o algunos de los competidores derivada del ejercicio del poder político es uno de los factores que, por su especial peligrosidad para la libre formación de la decisión electoral, debe ser limitado y contrarrestado por el ordenamiento para evitar posibles abusos”.²⁸⁸

En la Ley de las Elecciones (Ley númm. 9.504/1997), el legislador brasileño establece un rol de conductas vedadas a los agentes públicos, decapitando la capacidad gubernamental²⁸⁹ para evitar el beneficio a un candidato o a un partido político. Dichas conductas son, por presunción legal, tendientes en afectar a la igualdad de oportunidades.

En el extenso listado constante en los artículos 73 y 75 de la Ley de las Elecciones, se encuentran la cesión de bienes públicos; el uso de materiales o servicios costeados por gobiernos o *parlamentos*; la cesión de funcionarios públicos para campañas; el uso promocional de la distribución de bienes y servicios de carácter social subvencionados por el poder público; el nombramiento, la contratación, la admisión, la demisión sin justa causa, la remoción, la transferencia o exoneración de un funcionario público o supresión de ventajas en los tres meses que anteceden en la elección y hasta la pose de los electos; en los tres meses que anteceden la elección, la transferencia voluntaria de recursos, la publicidad institucional y el pronunciamiento en

²⁸⁸ Sánchez Muñoz, Oscar, “El mandato de neutralidad de los poderes públicos en el proceso electoral como proyección del principio de igualdad de oportunidades entre los competidores electorales”, ponencia en el *V Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral del TEPJF*, 15 y 16 de noviembre de 2012, http://portales.te.gob.mx/seminariointernacional/sites/portales.te.gob.mx/seminariointernacional/files/Oscar%20Sánchez,%20Ponencia-El%20mandato%20de%20neutralidad%20VF_0.pdf.

²⁸⁹ Como afirma Ribeiro, Fávila, *Direito Eleitoral*, Río de Janeiro, Forense, 1988, p. 282.

cadena de radio y televisión; el gasto con publicidad institucional superior a los años anteriores; la revisión general de la remuneración de los funcionarios públicos y la realización de shows artísticos pagados con recursos públicos en los tres meses anteriores a la elección. También está prohibido que los candidatos comparezcan a inauguraciones.

El apartado C del artículo 41 de la Constitución mexicana establece el impedimento a la difusión de la propaganda gubernamental de toda la administración pública y de todos los entes federativos durante las campañas electorales y la jornada comicial, con excepción de “las campañas de información de las autoridades electorales, las relativas a servicios educativos y de salud, o las necesarias para la protección civil en caso de emergencia”.

C. *La comunicación gubernamental*

El tema de la publicidad institucional está más allá del ilícito, en un área gris. La transparencia exigida de la administración pública demanda la publicación de los actos, las obras y los servicios administrativos. Sin embargo, con la ayuda de las técnicas avanzadas de marketing, los gobiernos parecen más publicitar que publicar, y hacer de la propaganda pública —pagada con dinero público— una campaña electoral permanente.

Asunto que está en la bifurcación entre el derecho electoral y el derecho administrativo, la publicidad gubernamental es largamente utilizada para promocionar agentes públicos o grupos políticos, alejándose del sentido de publicidad como deber de transparencia para acercarse de la práctica de publicidad como derecho de persuasión.²⁹⁰

Como en Brasil, todavía no existe en México un claro marco regulatorio de la publicidad oficial. Además del artículo 41 de la Constitución mexicana, repetido en el artículo 2 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, el artículo 134 constitucional, octavo párrafo, establece el principio de neutralidad de los poderes públicos en las campañas: “los servidores públicos de la federación, los estados y los municipios, así como del distrito federal y sus delegaciones, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos”.

²⁹⁰ Para un análisis más minucioso sobre el tema en la realidad brasileña, véase Gabardo, Emerson y Salgado, Encida Desiree, “O princípio da publicidade e os abusos de poder político e econômico na democracia contemporânea”, en Affornalli, Maria Cecília Naréssi Munhoz y Gabardo, Emerson (coords.), *Direito, informação e cultura: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, pp. 149-171.

El noveno párrafo del artículo 134 plasma una disposición sobre el contenido de la propaganda gubernamental:

la propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.²⁹¹

Muy similar es la disposición del párrafo 1o. del artículo 37 de la Constitución brasileña: “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

En el ámbito infra constitucional, el artículo 228, 5 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales determina que “para los efectos de lo dispuesto por el párrafo séptimo del artículo 134 de la Constitución, el informe anual de labores o gestión de los servidores públicos, así como los mensajes que para darlos a conocer se difundan en los medios de comunicación social, no serán considerados como propaganda, siempre que la difusión se limite a una vez al año en estaciones y canales con cobertura regional correspondiente al ámbito geográfico de responsabilidad del servidor público y no exceda de los siete días anteriores y cinco posteriores a la fecha en que se rinda el informe. En ningún caso la difusión de tales informes podrá tener fines electorales, ni realizarse dentro del periodo de campaña electoral”.

La Constitución brasileña trata del tema de manera muy sencilla; la legislación electoral trata de las restricciones, pero hace falta todavía un marco regulatorio.

La publicidad institucional deriva del deber de transparencia. Su reglamentación se constituye de dispositivos constitucionales —con la previsión del principio de la publicidad, la configuración del contenido de la publicidad institucional, necesariamente de carácter educativo, informativo

²⁹¹ Para Jorge Kristian Bernal Moreno, los principios no son aplicados con todo rigor en la práctica administrativa y judicial “a causa de interpretaciones de la autoridad judicial, o muy laxas o muy rígidas, pero siempre contradictorias”. Bernal Moreno, Jorge Kristian, “Artículo 134 constitucional y su interpretación”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Democracia sin garantías. Las autoridades vs. la reforma electoral*, México, UNAM, 2009, pp. 125-150.

o de orientación social (artículo 37 §1o.),²⁹² cuya desconsideración configura abuso de autoridad, según la Ley de las Elecciones (artículo 74)—,²⁹³ de restricción impuesta por la Ley núm. 9.504/97 en los tres meses que anteceden a la elección (artículo 73, fracción VI, b) y en relación con el montante de gastos (artículo 73, fracción VII) y por el Decreto núm. 6.555/08, que afirma los objetivos e indica las directrices de las acciones de comunicación del Poder Ejecutivo federal. No existe en Brasil una ley específica sobre la publicidad institucional.²⁹⁴

Existe un gran dificultad en trazar el límite entre el cumplimiento del principio de la publicidad y la promoción personal del agente público, que posiblemente buscará otro mandato. Dicha cuestión, central en las democracias contemporáneas, se agrava cuando se permite la reelección de los jefes del Poder Ejecutivo.²⁹⁵

Lauro Barreto llama la atención para la imposibilidad de caracterizarse, de plano, la propaganda gubernamental como propaganda política, pese su gran influencia en la esfera política. Dicha interferencia en el debate público se hace con la protección de la imposición constitucional, lo que dificulta la represión de su utilización indebida.²⁹⁶

La publicidad institucional, resalta Óscar Sánchez Muñoz, es un elemento perturbador de la vida política, que supone el riesgo de que se convierta en un instrumento de propaganda política y la posibilidad de control por el gobierno de los medios de comunicación por intermedio de los con-

²⁹² Artículo 1o. “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”

²⁹³ Artículo 74 “configura abuso de autoridade, para os fins do disposto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, a infringência do disposto no § 1º do art. 37 da Constituição Federal, ficando o responsável, se candidato, sujeito ao cancelamento do registro de sua candidatura.” Dicho dispositivo de la Ley Electoral, advierte Francisco de Assis Vieira Sanseverino, atinge apenas los actos realizados durante la campaña electoral (Sanseverino, Francisco de Assis Vieira, *op. cit.*, p. 138).

²⁹⁴ Óscar Sánchez Muñoz señala que la Ley 29/2005, del 29 de diciembre, de publicidad y comunicación institucional, junto con la ley electoral, como reguladoras de la materia en España (Sánchez Muñoz, Óscar, *La igualdad...*, *op. cit.*, p. 138).

²⁹⁵ Y no solamente en Brasil. Cesar Montufar habla desde Ecuador: “los canales de información oficial hacia la ciudadanía se limitan casi exclusivamente a la promoción que las autoridades e instituciones hacen de su propia gestión. En muchas ocasiones, esta información está destinada a apuntar los procesos electorales en que muchas autoridades buscan reelegirse” (“Antipolítica, representación y participación ciudadana”, *Ecuador Debate*, Quito, núm. 62, agosto de 2004).

²⁹⁶ Barreto, Lauro, *Manual de propaganda eleitoral*, Bauru, Edipro, 2000, p. 21.

tratos de publicidad.²⁹⁷ Sin embargo, no es posible alejarla, ante la necesidad republicana y democrática de transparencia y de rendición de cuentas.²⁹⁸

La legislación brasileña trata del tema en la Ley de las Elecciones (Ley núm. 9.504/1997), criminalizando la utilización electoral de la publicidad gubernamental: “o uso, na propaganda eleitoral, de símbolos, frases ou imagens, associadas ou semelhantes às empregadas por órgão de governo, empresa pública ou sociedade de economia mista constitui crime, punível com detenção, de seis meses a um ano, com a alternativa de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo período, e multa no valor de dez mil a vinte mil UFIR” (artículo 40). Asimismo, dispone que la práctica de las conductas vedadas —entre ellas la difusión de publicidad electoral durante las campañas— configura improbidad administrativa, a ser apurada conforme la Ley núm. 8.429/1992 (según el artículo 73, párrafo 7).

En abril de 2011, un proyecto de ley para regular la comunicación gubernamental en México fue presentado en la Cámara de los Diputados. Según la Gaceta Parlamentaria,²⁹⁹ el diputado Javier Corral Jurado, del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional enseña en la exposición de motivos el objetivo de establecer la transparencia de la comunicación gubernamental y su austeridad. Para el proponente, se hace necesario “dejar de lado al estado anunciante o propagandístico que corre el riesgo de transformar negativamente su relación con la ciudadanía al depositar en la publicidad mediante spots u otras formas de comunicación similares su mayor esfuerzo y presupuesto, transformando la finalidad fundamental de atender el derecho a la información de los ciudadanos y la responsabilidad de informar sobre los actos de gobierno que les afectan, en relaciones con «audiencias» mediatizadas a través de *slogans* o mensajes telegráficos que no sólo no sirven a los ciudadanos, sino que desgastan la credibilidad del propio estado”.

Del texto del proyecto se destacan los principios que deben regir la comunicación gubernamental (interés y utilidad públicos; transparencia en el proceso de contratación; equidad en la distribución y pluralidad de medios; razonabilidad en la inversión; claridad del mensaje; eficacia y eficiencia) y los criterios que deben ser observados con relación al contenido (“el mensaje deberá ser claro, veraz, objetivo, accesible neutral, sin sesgos, necesario,

²⁹⁷ Sánchez Muñoz, Óscar, *La igualdad...*, cit., p. 285.

²⁹⁸ Óscar Sánchez Muñoz hace referencia a una decisión del Tribunal Constitucional alemán que indica un “mandato de especial discreción o cautela” en relación con la publicidad institucional en el periodo preelectoral (BVerfGE 63, 230 (244)) (*La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 297).

²⁹⁹ Gaceta Parlamentaria, año XIV, núm. 3248-VI, 26 de abril de 2011, <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2011/abr/20110426-VI.html#Iniciativa28>.

útil y relevante para la sociedad, sin contener juicios de valor, omisiones, exageraciones o ambigüedades sobre la actividad de los sujetos obligados”).

No obstante, la normativa específica sobre la comunicación gubernamental en México, está contenida en acuerdos de la Dirección General de Normatividad de Comunicación de la Secretaría de Gobernación.³⁰⁰

Nuevamente, la situación es semejante en Brasil. No existe un marco regulatorio de la comunicación y los intentos en establecer un régimen jurídico provocan fuertes reacciones, principalmente de los grupos económicos que dominan los medios de comunicación. Tras la realización de conferencias y de consultas públicas, existe una plataforma consolidada para el debate, que dispone que

...devem ser definidos critérios isonômicos que evitem uma relação de pressão dos governos sobre os veículos de comunicação ou destes sobre os governos. Os critérios para a distribuição dos recursos devem ter como princípio a transparência das ações governamentais e a prestação de informações ao cidadão e levar em conta a eficácia do investimento em relação à visibilidade, à promoção da diversidade informativa e à indução da desconcentração dos mercados de comunicação. A distribuição das verbas governamentais deve ser transparente, com mecanismos de acompanhamento por parte da sociedade do volume de recursos aplicados e dos destinatários destes recursos, e deve levar em conta os três sistemas de comunicação público, privado e estatal.³⁰¹

Existe un decreto que dispone sobre las acciones de comunicación del Poder Ejecutivo federal (Decreto núm. 6.555/2008) que enumera los objetivos de la comunicación gubernamental, le fija las directrices y establece las reglas de contratación de servicios de publicidad.

Una propuesta de enmienda a la Constitución del diputado Walter Feldman del Partido da Social Democracia Brasileira busca prohibir la publicidad institucional que no sea de utilidad pública. La idea es vetar la acción de comunicación que tiene como objetivo, divulgar informaciones sobre actos, obras y programas de los órganos y entidades gubernamentales, sus metas y resultados.³⁰²

En la cuestión de la comunicación gubernamental, sin embargo, más que una ausencia de leyes, parece faltar respecto a la Constitución y a los

³⁰⁰ Que pueden ser conferidas en el sitio web de la dirección, http://www.normatividaddecomunicacion.gob.mx/en/NormatividadDeComunicacion/Comunicacion_Gubernamental.

³⁰¹ <http://www.comunicacaodemocratica.org.br>.

³⁰² El texto de la propuesta y su exposición de motivos están en http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D7BC19C0F4752EE8E923ACA608D07EE3.node1?codteor=1024043&filename=Tramitacao-PEC+211/2012.

principios de la administración pública. Con el uso desmedido de recursos públicos para promocionar agentes públicos y grupos políticos, la autenticidad de la formación del voto se ve ultrajada.

D. *Las encuestas electorales*

El reglamento de las encuestas electorales es un desafío, ante la dificultad de su configuración. La realización de encuestas y la publicación de sus resultados generan efectos en el proceso electoral, promoviendo una disparidad entre aquéllos que las pueden contratar y los que no pueden, alterando también, al menos potencialmente, el proceso de formación del voto.

Las encuestas electorales no configuran propaganda, afirma Carlos Eduardo de Oliveira Lula.³⁰³ De igual manera, opina Jaime Durán Barba, quien defiende la imparcialidad de las encuestas y su papel en la formación del voto.³⁰⁴ Al contrario, Fernando Tuesta Soldevilla aduce que la publicación de los resultados de encuestas configura propaganda indirecta, pues tiene el objetivo de persuadir al elector.³⁰⁵ Para Fávila Ribeiro, la divulgación de resultados de encuestas electorales tiene peso sobre la decisión del electorado, no importando si son auténticos o no.³⁰⁶

Alberto Carlos Almeida reconoce la influencia indirecta de las encuestas en la formación del voto —por su impacto en los ingresos, en la exposición en los medios de comunicación y en el ánimo del candidato y de su estructura de campaña— pero afirma que no existen datos empíricos que la comprueban. Sostiene, aún, que no obstante el registro de las encuestas electorales sea exigido en Brasil desde la Ley núm. 7.508/1986, la legislación brasileña, que autoriza la divulgación de los resultados incluso en el día de la votación, es la más liberal del mundo sobre el tema.³⁰⁷

Las reglas sobre las encuestas electorales pueden caracterizarse como “liberales” o “proteccionistas”, dependiendo de su confianza o desconfian-

³⁰³ Lula, Carlos Eduardo de Oliveira, *Direito Eleitoral*, Leme, Imperium, 2008, p. 482.

³⁰⁴ Durán Barba, Jaime, “Encuestas Electorales”, *Diccionario electoral*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, pp. 481-499, p. 481 y 495-497.

³⁰⁵ Tuesta Soldevilla, Fernando, “Campaña electoral”, *Diccionario Electoral*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, pp. 121-126, p. 125.

³⁰⁶ Ribeiro, Fávila, *op. cit.*, p. 317.

³⁰⁷ Almeida, Alberto Carlos, “As sondagens de opinião”, en Avelar, Lúcia y Cintra, Antônio Octávio (orgs.), *Sistema político brasileiro: uma introdução*, São Paulo, Editora da Unesp, 2004, pp. 343-355.

za en relación con la objetividad de las encuestas y su autenticidad.³⁰⁸ En Brasil, se pasa de un sistema bastante proteccionista, con la prohibición de la divulgación de resultados de encuestas en los quince días anteriores a la jornada electoral, regla del Código Electoral (Ley núm. 4.737/1965) no derogada expresamente,³⁰⁹ para la liberalización parcial, con relación a la prohibición de divulgación, por medio de resoluciones del Tribunal Superior Electoral desde 1988 y para un intento del legislador de restaurar la regla, con la inserción del artículo 35-A³¹⁰ en la Ley de las Elecciones por la Ley núm. 11.300/2006, declarado inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal en la acción directa de inconstitucionalidad núm. 3741 ante la “*garantia da liberdade de expressão e do direito à informação livre e plural no Estado Democrático de Direito*”.³¹¹

La Ley de las Elecciones (Ley núm. 9.504/1997) lista los requisitos técnicos y de publicidad en la búsqueda de garantía de objetividad de las encuestas (artículo 33) y criminaliza la divulgación de encuesta fraudulenta (artículo 33 §4º), el impedimento de la fiscalización de los partidos (artículo 34 §2º) y la existencia de irregularidades en los datos (artículo 34 §3º). La sanción criminal puede alcanzar a los representantes de la empresa que realiza las encuestas y del órgano divulgador.

Actualmente, por fuerza de una decisión del Supremo Tribunal Federal, no existe periodo en la cual sea vedada la divulgación del resultado de encuestas electorales. El énfasis de dicha opción —no exactamente democrática, pero esencialmente política— está en la libertad de información y del acceso del elector al resultado como otro elemento más para la formación de su voto. Se parte de la premisa que el resultado de la encuesta, desde que no es manipulada o falseada, colabora legítimamente para la decisión del elector, capaz de decidir, sin ser influido por un “voto estratégico” y de analizar los datos de manera racional.

La interdicción de divulgación de resultados en un periodo anterior a la jornada electoral, para Óscar Sánchez Muñoz, lleva en consideración el efecto de la encuesta sobre el elector, a partir de su percepción como un dato “científico”, diferente de una propaganda. El autor defiende la prohi-

³⁰⁸ Según Sánchez Muñoz, Óscar, *La igualdad...*, cit., p. 315.

³⁰⁹ Artículo 255, “nos 15 (quinze) dias anteriores ao pleito é proibida a divulgação, por qualquer forma, de resultados de prévias ou testes pré-eleitorais”.

³¹⁰ Artículo 35-A, “é vedada a divulgação de pesquisas eleitorais por qualquer meio de comunicação, a partir do décimo quinto dia anterior até as 18 (dezoito) horas do dia do pleito”.

³¹¹ Acción Directa de Inconstitucionalidad 3741, juzgada el 6 de junio de 2006.

bición en los últimos días de la campaña y en el día de la votación ante la necesidad de proteger la igualdad de oportunidades entre los candidatos.³¹²

Parece que la difusión del resultado de encuestas próxima a la votación, con márgenes de error que muchas veces pueden llevar a la inversión de los datos, conlleva a la posibilidad de falsear la formación de la voluntad del elector, debiendo ser considerada a la luz del principio de la autenticidad electoral. Quizás la prohibición de la divulgación de sus resultados durante el “periodo de reflexión” o por un tiempo más largo, quizá la quincena propuesta por el legislador brasileño, no ofenda al principio de la libertad de expresión (necesariamente limitado en el ámbito electoral) y preserve el principio de la autenticidad electoral.

Óscar Sánchez Muñoz defiende la posibilidad de anular la votación si hubiera la divulgación de encuesta que comprobadamente infringiera los dispositivos legales, nuevamente relacionando la cuestión con el principio de igualdad de oportunidades entre los candidatos.³¹³

Jorge Fernández Ruiz destaca la necesidad de regular con detalle la realización de encuestas; de igual manera señala que la regla de secreto del voto, impone la prohibición de encuestas sobre la intención o el sentido del voto:

...el propósito de guardar en secreto el sentido del voto es doble, porque por una parte trata de proteger al elector contra posibles presiones, amenazas y represalias a efecto de que pueda determinar libremente el sentido de su voto y, por otra parte, tiende a evitar su comercialización, pues suprime la comprobación de haber votado en el sentido pactado en su compraventa, por lo que, consecuentemente debe permanecer oculto no sólo durante el instante en que se deposita en la urna, sino extenderse al periodo de gestación de su sentido y al posterior de su emisión.³¹⁴

Sin embargo, la Constitución mexicana permite la realización de encuestas y sondeos, cuando prevé la competencia de la autoridad administrativa electoral para su regulación (artículo 41). El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales trataba del tema y prohíbe la publicación o difusión de resultados de encuestas sobre preferencias electorales durante los tres días previos a la elección y hasta la hora del cierre oficial de las casillas (artículo 237.5). El periodo de prohibición a la publicación o difusión, en el Código Penal Federal, empieza antes, a los ocho

³¹² Sánchez Muñoz, Óscar, *La igualdad...*, *cit.*, pp. 319-321.

³¹³ *Ibidem*, p. 325.

³¹⁴ Fernández Ruiz, Jorge, “Voto secreto...”, *cit.*, pp. 91-112.

días previos a la elección (artículo 403), plazo repetido en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales antes de la reforma electoral de 2007 y 2008.

E. *La propaganda electoral*

Por fin, otro fraude a ser analizado es la utilización irregular de la propaganda electoral. La actividad de presentar los candidatos y las plataformas políticas al electorado por escritos, publicaciones, imágenes, grabaciones, proyecciones y expresiones, producidos y difundidos por partidos y candidatos durante las campañas (artículo 228 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales) pueden servir como un instrumento de engaño.

La propaganda electoral puede ser vista como manifestación de la libertad de expresión, pero su regulación no puede prescindir de la garantía de igualdad entre los competidores. Es necesario garantizar, como afirma José da Cunha Nogueira, el funcionamiento de la competición democrática bajo la idea de igualdad, protegiendo la libertad en contra de la acción indebida de las agencias estatales y la igualdad ante las dominaciones sociales que pueden “de alguna manera embaraçar e desnivelar o livre diálogo democrático”.³¹⁵

En realidad, más que informar a los ciudadanos para la construcción de una decisión consciente, el día de hoy, la propaganda “es sustituida en gran medida por el *marketing* y la publicidad, al convertirse el candidato en un producto, como si fuera un detergente, un aceite, o una prenda de vestir que se trata de vender” y “el *slogan* ha desbancado a la lógica y a la retórica en la argumentación política”, como afirma Jorge Fernández Ruiz.³¹⁶

La disputa electoral pasa a funcionar como un mercado, con un candidato-producto y un elector-consumidor. Así, parece que la publicidad engañosa debería llevar al *recall* del representante.

La “espectacularización” de las campañas electorales hace que los discursos se concentren en torno a pequeñas diferencias, “laminadas a oro”, con un *marketing* de la personalidad alejado de la historia del candidato.³¹⁷ Ni siquiera se menciona la coordinación de la campaña electoral por la lógica de la publicidad: “o discurso político é uma jogada de venda articulada,

³¹⁵ Nogueira, José da Cunha, *Manual Prático de Direito Eleitoral*, Río de Janeiro, Forense, 1989, p. 34.

³¹⁶ Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, cit., p. 306.

³¹⁷ Ese análisis es de Richard Sennett (Sennett, Richard, *A cultura do novo capitalismo*. Trad. de Clóvis Marques, Río de Janeiro, Record, 2006, p. 151).

e a participação política está reduzida à escolha entre as diversas imagens consumíveis”.³¹⁸

Existe una tendencia al abordaje de los candidatos como una mercancía de consumo rápido y desechable, con lo que la mercantilización del debate político conlleva a la pérdida de la calidad en la formación del voto y en la capacidad de construcción de consensos en torno a propuestas políticas concretas. O a lo mejor, con desviaciones en la determinación de criterios para la elección de representantes.

Karl Loewenstein señala el uso en la propaganda política de instrumentos que provocan efectos emocionales, substituyendo los argumentos racionales que llevarían a la persuasión. El discurso de la propaganda política pasa a ser dirigido por profesionales de formación de la opinión pública, con la utilización de encuestas de opinión. Los candidatos son vendidos como “pasta de dientes o jabón”.³¹⁹ *No es distinto el análisis de Jürgen Habermas, para quien las elecciones forjan una movilización popular, dirigida por “gerentes electorales” que, por el lenguaje del marketing político, intentan adecuar a los ciudadanos apáticos a la “posición de consumidor apolítico”, vendiendo política apolíticamente.*³²⁰

La reforma del proceso electoral de 2007, aún con el objetivo de mejorar el modelo de comunicación política en México, según Julio Juárez Gámiz, privilegió a los *spots*, cuya técnica de producción “impide o dificulta el procesamiento de la información” y revela “un espacio creativamente plano y hueco en materia informativa”.³²¹

La organización de las campañas en torno a mensajes publicitarios, de apelo fácil con slogans retóricos, no corresponde a la “garantía de un proceso comunicativo respetuoso con la libertad de la formación de la decisión de los electores”.³²² Al contrario, provoca una vinculación de los ciudadanos a la imagen mucho más que al contenido de los mensajes, sin que se

³¹⁸ Conforme la lectura de Michael Hardt y Antonio Negri (Hardt, Michael y Negri, Antonio, *op. cit.*, p. 343).

³¹⁹ Loewenstein, Karl, *op. cit.*, p. 415. El autor conceptua propaganda como “el uso de personas, palabras, objetos, símbolos, u otras técnicas de representación para conducir, hacia los objetivos de los que la manejan, la mentalidad y la conducta de aquéllos a los que va dirigida”, como una faceta del proceso de poder (p. 414).

³²⁰ Habermas, Jürgen, *Mudança estrutural da esfera pública*, trad. de Flávio R. Kothe, Río de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984 [1961], pp. 251 y 252. En las páginas siguientes el autor resalta la importancia de la presentación del líder y de su empaque, necesariamente “adecuados al mercado”.

³²¹ Juárez Gamiz, Julio, “El papel de la publicidad política en la nueva ley electoral: una mirada crítica”, *Sociológica*, México, vol. 25, núm. 72, abril de 2010.

³²² Sánchez Muñoz, Óscar, *La igualdad... cit.*, p. 253.

concentren en el valor intrínseco de los “productos” que buscan atraer su preferencia, conforme señala José Luis Vega Carballo.³²³ Existe un proceso de decisión política sin que exista la formación de una opinión pública, sin que el elector “seja capaz de participar de decisões efetivas ou até mesmo de participar”.³²⁴

Una fiscalización más intensa del financiamiento de campañas o una restricción más enfática al abuso de poder económico, ante el alto costo de producción de las campañas de *marketing*, sería una forma de intentar evitar dicho desvío en la finalidad de la propaganda electoral.

En México, Jorge Fernández Ruiz indica la figura del infomercial, “burda modalidad del mensaje subliminal”, por videoclip y videoprograma, con la participación de celebridades en testimonios o entrevistas donde se enaltecen las cualidades de un candidato o grupo político. Fernández Ruiz afirma que “lo menos que se puede hacer para evitar esta modalidad de trapacería electoral, es considerar la transmisión del infomercial electoral como gasto de campaña” y recuerda que la difusión de propaganda política o electoral, pagada o gratuita, no ordenada por la autoridad administrativa electoral, por concesionarios o permisionarios de radio y televisión es infracción prevista en el artículo 350, 1, b del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.³²⁵

Algo similar es regulado en Brasil como el uso indebido de los medios de comunicación. La Ley de las Elecciones (Ley núm. 9.504/1997) lista una serie de prohibiciones a las emisoras de radio y televisión que inician antes de las campañas electorales. El artículo 45 se refiere, entre otros, al impedimento de transmitir propaganda política (con excepción del horario electoral gratuito, distribuido entre los partidos por la justicia electoral de acuerdo a los criterios legales) o difundir opinión favorable o contraria a candidato, partido, coalición, sus órganos o representantes; dar trato privilegiado a candidato, partido o coalición; y divulgar o transmitir películas, novelas o cualquier otro programa con alusión o crítica a candidato o partido político, aún simuladamente, con excepción de programas periodísticos o debates políticos. Dichas conductas son sancionadas con multa, con suspensión de la programación de la cadena y con inelegibilidad para el responsable de la transmisión y el candidato favorecido. Aunque pueda parecer interesante la configuración normativa, la efectividad de dichas normas es sólo simbólica.

³²³ Vega Carballo, José Luis, voz “Manipulación”, *Diccionario Electoral*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000, pp. 834-844, en especial p. 840.

³²⁴ Habermas, Jürgen, *Mudança...*, *cit.*, p. 258.

³²⁵ Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, *cit.*, pp. 411 y 412.

En México, la autoridad administrativa electoral hace el monitoreo diario de la transmisión de todos los programas de radio y televisión que difundan noticias durante las precampañas y las campañas (Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, artículo 76.8).

Además de dicho evidente empobrecimiento del lenguaje político, de la manipulación por los medios de comunicación y sus efectos nefastos en la formación del voto, existen aún otras modalidades de propaganda que se configuran como delitos electorales.

En el sistema brasileño, el Código Electoral (Ley núm. 4.737/1965) enumera un conjunto de conductas tipificadas en la propaganda electoral entre los artículos 323 y 337. Los crímenes contra la honra —injuria, calumnia y difamación— son los más comunes en las campañas electorales, pero también están previstos la inutilización de las propagandas regulares y sus impedimentos, la utilización de organización comercial de vendas, la distribución de mercaderías, los premios y sorteos, y la propaganda en idioma extranjero, entre otros.

Las campañas negativas son vedadas expresamente en el apartado C del artículo 41 de la Constitución mexicana: “en la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas”.

Según el artículo 233.2 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, “el Consejo General del Instituto está facultado para ordenar, una vez satisfechos los procedimientos establecidos en este Código, la suspensión inmediata de los mensajes en radio o televisión contrarios a esta norma, así como el retiro de cualquier otra propaganda”. También está previsto en el artículo 233.3, el derecho de réplica de los partidos, precandidatos y candidatos, “respecto de la información que presenten los medios de comunicación, cuando consideren que la misma ha deformado hechos o situaciones referentes a sus actividades”.

La reforma al texto constitucional y al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, aprobada después de la elección de 2006, para Ramón Alberto Lugo Rodríguez,

...estableció la prohibición absoluta de que en la propaganda política o electoral, en forma directa o indirecta, así sea en la modalidad de opinión o información, se empleen expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos o que calumnien a las personas, lo cual se traduce en una falta administrativa de rango constitucional y refuerzo legal que no admite

excepciones y enfatiza limitaciones a la libertad de expresión y manifestación de las ideas y de imprenta aplicable a la propaganda política y electoral.³²⁶

Según Jesús Cantú, la interpretación dada al artículo 41 constitucional por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación “cancela la libertad de expresión” y excede el sentido de la regla. Para el autor, mientras el legislador limitó la libertad de expresión, el tribunal la canceló, al prohibir cualquier expresión crítica, aunque verdadera. Parece a Jesús Cantú, a partir de la visión del tribunal, que “es dable aprovechar los logros y éxitos de un gobierno para conseguir votos y adeptos, pero no es posible utilizar sus errores para restarles sufragios”.³²⁷

Asimismo, el Comité de Radio y Televisión de la autoridad administrativa electoral es responsable de conocer y aprobar las pautas de los mensajes de campaña y precampaña.

César Astudillo reconoce que el modelo establecido por la reforma electoral de 2007 “contiene elementos que no favorecen la fluidez, flexibilidad, oportunidad y maximización de la libertad de expresión en el contexto de la comunicación político-electoral”.³²⁸

F. Otras trampas contra la autenticidad en la formación del voto

Igualmente, otros fraudes pueden ser señalados en relación con la formación del voto. Según el catálogo de “mapachería” electoral de Jorge Fernández Ruiz, maculan la gestación de la opción del elector el acarreo, el fraude del padre Amaro, la operación tamal y el tianguis de votos.³²⁹

En el campo de los delitos electorales, el Código Penal Federal mexicano tipifica el proselitismo o la presión para conquistar el voto en el interior de las casillas o dónde están formados los electores; solicitar votos por paga, dádiva, promesa de dinero u otra recompensa; transporte de electores, obte-

³²⁶ Lugo Rodríguez, Ramón Alberto, *Estudio comparativo del uso de mensajes de ataque por los partidos políticos 2003-2009*, maestría en gobierno y asuntos públicos, FLACSO México, México, 2010, p. 224, <http://hdl.handle.net/10469/2839>.

³²⁷ Cantú, Jesús, “El tribunal cancela la libertad de expresión”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Democracia sin garantías. Las autoridades vs. la reforma electoral*, México, UNAM, 2009, pp. 107-124.

³²⁸ Astudillo, César, “El nuevo sistema de comunicación política en la Reforma Electoral de 2007”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007: hacia un nuevo modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, pp. 125-176.

³²⁹ Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, cit., pp. 407-416.

ner o solicitar declaración firmada del elector acerca de su intención o en el sentido de su voto; inducción de voto o de abstención por ministro religioso, obligar a subordinados a emitir voto en determinado sentido y utilizar recursos públicos para provecho electoral.

4. *Los fraudes en la manifestación del voto*

Si la voluntad del elector escapa incólume del proceso de su formación, el próximo desafío es esquivarse de las burlas en la manifestación del voto, que no son pocas y siguen siendo inventadas, no obstante, de la búsqueda por la autenticidad en este campo llevada a cabo por las autoridades electorales.

La identificación del elector siempre fue un momento de difícil control. Si durante el periodo colonial brasileño, el problema era la debilidad de listado de electores elaborado por los párrocos ante los componentes de la mesa, con el Imperio surgía la figura del “fósforo”. Se decía que un bueno “fósforo”, aquél que vota ilegítimamente, votaba “três, quatro, cinco e mais vezes em várias freguesias”,³³⁰ algo similar a la técnica del carrusel en México. El tianguis de credenciales es otra forma de burla a la manifestación electoral tratado como delito en México y en el Código Electoral brasileño.

En Brasil, la credencial de elector pasa a ser emitida en 1917, momento en que los jueces pasan a ser responsables del reconocimiento de la calidad de elector. Con la revisión e informatización del padrón electoral en 1986, la credencial deja de contener la foto del elector, lo que posibilita nuevamente el fraude en su identificación. A partir de 2010, el electorado pasó a contar, paulatinamente, con la identificación biométrica en las urnas electrónicas.

En México, desde 1992, la autoridad administrativa electoral emite credenciales de elector, y ya está en su tercer modelo. Desde 2008, la credencial tiene vigencia por diez años y trae el nombre del elector, su domicilio, edad y género, el folio nacional, la clave de elector, la identificación geoelectoral, la clave única de registro de población, año de registro, número y año de emisión, fotografía digital, número identificador, firma del elector y huella del dedo índice, además de doce elementos de seguridad.

Pese a las preocupaciones con la identidad del elector, otras formas de herir la autenticidad ocurren en la manifestación del voto. Del rol presentado por Jorge Fernández Ruiz se destacan las casillas fuera de sección, las casillas itinerantes, las casillas madrugadoras, el ratón loco, la resurrección de los muertos y el terrorismo electoral.³³¹

³³⁰ Nicolau, Jairo, *Historia...*, cit., pp. 211-214. Walter Costa, *Diccionario...*, cit., pp. 211-214.

³³¹ Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, cit., pp. 407-416.

La violación al secreto del voto es otra conducta contraria a la libre manifestación del voto, y es tipificada en el Código Penal Federal mexicano (artículo 403) y en el Código Electoral brasileño (artículo 312). La perturbación de la jornada electoral, de distintas maneras, es otro artificio frecuente en contra de la auténtica participación electoral, entre tantos otros que siguen maculando la democracia.

5. *Los fraudes en el escrutinio y cómputo*

El problema del conteo de los votos es otra amenaza a las elecciones legítimas, pues la alteración del resultado de las urnas, invalida la emisión de voluntad del electorado.

Si en México es posible señalar la existencia de actas ilegibles, de alquimia electoral, de anulación de votos o marcación de voto en blanco, de la caída del sistema, del fraude cibernético, de casillas zapato, de robo de urnas, del robo hormiga, de tacos de votos y de urnas embarazadas,³³² el historial de fraudes en el escrutinio en Brasil explica la inversión en las urnas electrónicas.

Es posible afirmar, con Nelson de Sousa Sampaio, que durante el Brasil Imperio se fabricaban las elecciones en los gabinetes, con la organización del proceso por los partidos y con la falsificación de las actas.³³³ Con el inicio de la República, ni siquiera se hacía necesario instalar las casillas, las elecciones se resumían a las actas. Y como aduce Vítor Nunes Leal: “inventavam-se nomes, eram ressuscitados os mortos e os ausentes compareciam; na feitura das atas, a pena todo-poderosa dos mesários realizava milagres portentosos”.³³⁴

José de Mello Carvalho Moniz Freire, parlamentario brasileño que actuó en la Cámara de Diputados y en el Senado, en el fin del Imperio y hasta 1915, así describía la situación: “com um jôgo de livros baratos, um boião de tinta e umas duas penas de aço, faz-se funcionar a soberania nacional em tôda sua garbosidade, com o concurso subjetivo de vivos e mortos, presentes quantos bastem para figurar como delegados, também subjetivos, de

³³² *Idem.*

³³³ Sampaio, Nelson de Sousa, “A justiça eleitoral”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, núm. 34, julio de 1972.

³³⁴ Leal, Vítor Nunes, *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*, 4a. ed., São Paulo, Alfa-Omega, 1978, p. 230.

uns e outros, na manipulação da escritura em que a soberania faz as suas investiduras”.³³⁵

La justicia electoral es creada en 1932, desde luego con funciones contenciosas y administrativas.³³⁶ Un golpe de Estado suspende las elecciones de 1937 a 1945. La boleta oficial es adoptada en 1955, sin alejar, sin embargo, los fraudes en el escrutinio como el “mapismo”, similar al robo hormiga, los cuales continuarán a modificar la voluntad de la ciudadanía.

El gran escándalo de fraude en el escrutinio en Brasil ocurre en 1982, cuando en las elecciones estatales en Rio de Janeiro hubo una tamaña inconsistencia entre los votos para diputado y para gobernador en donde la elección volvió a ser realizada. La totalización de los votos era hecha por procesamiento de datos, a partir de los resultados de cada urna, por la suma de votos por los escudriñadores y por la cumplimentación de los boletines de urna.³³⁷

La idea de un sistema electrónico de votación, escrutinio y cómputo empieza a desarrollarse y el primer paso es la unificación y la informatización del padrón electoral, ocurridas en 1986. Diez años después, una tercera parte del electorado vota en las urnas electrónicas. La adopción fue gradual aunque muy rápida y en las elecciones de 2000, todos los electores manifestaron su opción en las máquinas de votar. Las urnas electrónicas fueran planteadas e implantadas por una decisión nacional, sin espacio para la divergencia o debate de los estados, lo que evidencia el fuerte centralismo de la federación brasileña.

El control de los programas de la urna y la fiscalización del proceso, pese a la amplia normativización (Ley de las Elecciones, artículos 61 y 65 a 72), no es de fácil comprensión por los operadores jurídicos. Es necesario subrayar que la urna electrónica brasileña no cuenta con un substrato material de los votos, existe nada más que un registro electrónico de la opción del elector. El intento de implantar la impresión del voto, sin, lógicamente, el contacto del elector o de los funcionarios de la casilla, fue alejada por razones de coste, alegada ofensa al secreto del voto, por el principio de pro-

³³⁵ Moniz Freire, José de Mello Carvalho, *O voto secreto*, Río de Janeiro, Gráfica Laemmert, 1961 [1910], p. 24.

³³⁶ Conforme el artículo 5o. del Código Electoral de 1932 (Decreto núm. 21.076/32) y después, de manera más detallada, el artículo 83 de la Constitución de 1934.

³³⁷ Mientras Walter Costa Porto cree en fallas técnicas, Paulo Henrique Amorim y Maria Helena Passos afirman el intento de fraude involucrando las Organizações Globo (Porto, Walter Costa, *A mentirosa...*, cit., pp. 219-224; Amorim, Paulo Henrique y Passos, Maria Helena, *Plim plim: a pelega de Brizola contra a fraude eleitoral*, 3a. ed., São Paulo, Conrad Editora do Brasil, 2005).

hibición de retroceso político, en decisión cautelar del Supremo Tribunal Federal en la acción directa de inconstitucionalidad núm. 4543.³³⁸

Aunque el sistema sufra críticas, en realidad la urna electrónica permite el conteo casi instantáneo de los votos y su muy rápida totalización, además de contar con una credibilidad impar en la sociedad. El discurso oficial, asumido por la ciudadanía,³³⁹ es de que se terminaron los fraudes en el escrutinio y su cómputo en las elecciones brasileñas “—voto dado é voto computado—”.

La elección presidencial mexicana de 2006 es el símbolo de la duda sobre el resultado del escrutinio. Con una diferencia de no más 0.6% de los votos,³⁴⁰ la victoria de Felipe Calderón quedó bajo sospecha.³⁴¹ Existían problemas en las actas, en las boletas, y el saldo de inconsistencias fue superior a la diferencia de votos.³⁴²

Otro interesante caso ocurrió en la elección presidencial de 1988, cuando, según Irma Mendez, la competencia electoral se desplaza del interior del partido oficial,³⁴³ ocasión en que México pasa a disfrutar “de una sólida reputación como uno de los fabricantes principales, a nivel mundial, de fraude electoral”.³⁴⁴ La respuesta fue normativa, con una grande reforma electoral en los años siguientes.

³³⁸ Supremo Tribunal Federal, Acción directa de inconstitucionalidad núm. 4543. Relator, ministro. Cármen Lúcia, decisión cautelar por el pleno el 19 de octubre de 2011.

³³⁹ Existe una voz disonante respecto a las calidades de la urna electrónica brasileña. El ingeniero Amilcar Brunazo Filho afirma la posibilidad de fraudes en el sistema electrónico de votación y escrutinio. Su libro *Fraudes e defesas no voto eletrônico* puede ser obtenido en el sitio web <http://www.brunazo.eng.br/voto-e/livros/FeD.htm>.

³⁴⁰ Según datos oficiales del Instituto Federal Electoral, el candidato del PAN alcanzó 15,000,284 votos, mientras Andrés Manuel López Obrador, del PRD, contó con el apoyo de 14,756,350 electores, lo que representa 243,934 votos, o 0.58% de diferencia.

³⁴¹ Una encuesta de Parametría indicó que en 2006, 46% de los electores mexicanos creían en la legitimidad de la elección y otros 46% en fraude. La empresa repitió la pregunta en 2012, cuando el Instituto Federal Electoral propuso destruir las boletas de la elección de 2006, y 43% creyeron en fraude y no más que 29% consideraron que no hubo fraude. Datos de <http://www.parametria.com.mx/DetalleParMedios.php?PM=534>.

³⁴² Crespo, José Antonio, “El proceso de escrutinio y cómputo: Omisiones de las autoridades electorales”, *Política y gobierno*, México, 2009, vol. especial, núm. 2,

³⁴³ Méndez de Hoyos, Irma, “Competencia y competitividad electoral en México, 1977-1997”, *Política y gobierno*, vol. X, núm. 1, I semestre de 2003, pp. 139-182.

³⁴⁴ Schedler, Andreas, “Percepciones públicas del fraude electoral en México”, *Perfiles latinoamericanos* 14, junio de 1999.

6. *Los fraudes en la declaración de la validez de la elección*

Por fin, existen fraudes también en la última fase del proceso electoral, en el reconocimiento de los poderes y en la declaración de la validez de la elección. La configuración de los sistemas será tratada ulteriormente; lo que se resalta aquí, son las desviaciones de la voluntad popular provocadas por las autoridades certificadoras.

Joaquim Francisco de Assis Brasil, en 1925, así resumía el conjunto de los fraudes del proceso electoral brasileño:

ninguém tem certeza de ser alistado eleitor; ninguém tem certeza de votar, se por ventura for alistado; ninguém tem certeza de que contem o voto, se por ventura votou; ninguém tem certeza que esse voto, mesmo depois de contado, seja respeitado na apuração da apuração, no chamado terceiro escrutínio que é arbitrária e descaradamente exercido pelo déspota substantivo, ou pelos déspotas adjetivos, conforme o caso for da representação nacional ou das locais.³⁴⁵

El fraude común durante el periodo de autocalificación de las elecciones parlamentarias en Brasil era la llamada “degola”,³⁴⁶ o degüella. El tercer escrutinio llevado a cabo por la Comisión Verificadora de los Poderes de las casas legislativas impedía a un candidato de oposición del régimen, ser reconocido en la calificación.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ACTORES POLÍTICOS

La autenticidad de las elecciones no prescinde de la responsabilidad de los participantes de la arena política. La efectividad de las normas jurídicas depende fuertemente del compromiso de los actores políticos —instituciones, partidos políticos, candidatos, autoridades, ciudadanos— con las condiciones de competición y los principios constitucionales.

En Brasil y México, países cuya forma de gobierno es republicana, parece ser posible, esperar de la ciudadanía un comportamiento conforme los principios republicanos. El Estado de derecho instituido por sus diplomas

³⁴⁵ Assis Brasil, Joaquim Francisco de, “Manifiesto de Montevideú”, en Brossard, Paulo (org.), *Idéias políticas de Assis Brasil*, Brasília, Senado federal, Rio de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989, pp. 208 y 209.

³⁴⁶ La expresión “degola” es proveniente del estado de Río Grande do Sul, de los 100 degollados en la Revolución federalista de 1893.

constitucionales implica una fuerte noción de libertad e igualdad, y con la previsión de derechos y deberes de la ciudadanía.

La noción contemporánea de democracia exige una participación popular efectiva, vinculada a los valores constitucionales y a una visión que supere los intereses individuales. Pese a ser cada vez más frecuente la apatía política y la descreencia en los procedimientos y sus resultados, la idea de una República demanda la responsabilidad de los ciudadanos por las decisiones políticas.

Con la crisis ontológica de la representación política, problemática desde su concepción, cada vez más se buscan espacios de intervención directa. Esto, empero, conlleva a un ciudadano ideal, difícilmente identificable en la vida real.

Los sustratos normativos permiten la construcción de un idem sentire de republica y la defensa de una visión ambiciosa de la opción por la forma de gobierno. República no significa la inexistencia de un rey, sino la noción de principios públicos como criterio de legitimidad de la acción política.

Afirmado el punto 1.2, el pensamiento republicano parte de una noción de confianza, que deriva de la convicción de su actuación conforme a las reglas legales y con una disposición cooperativa, vista como una virtud cívica, siendo así al mismo tiempo impersonal y personal. Se exige del ciudadano la eterna vigilancia, la virtud pública. También se debe nuevamente subrayar que el ideal republicano refleja no sólo el valor de la igualdad, sino una igualdad más ambiciosa que una igualdad puramente liberal.

El renacimiento del republicanismo, según Sergio Ortiz Leroux, es “resultado de un vacío o malestar diagnosticado en el cuerpo político de las sociedades contemporáneas”.³⁴⁷ El Estado mexicano pasa por una crisis asociada a la erosión de sus fundamentos republicanos, aduce, pues los poderes republicanos están debajo de los poderes fácticos, resultado del empoderamiento de intereses privados, principalmente los medios de comunicación, la Iglesia católica y la delincuencia organizada ligada al narcotráfico.³⁴⁸

Con Gorka Moreno Márquez, el punto está en la construcción de la ciudadanía, en “saber cómo se erige la creencia por la cual el individuo se siente obligado y ligado a tener una relación con respecto al conjunto de la

³⁴⁷ Ortiz Leroux, Sergio, “República y republicanismo: una aproximación a sus itinerarios de vuelo”, *Argumentos*, México, nueva época, año 20, núm. 53, enero-abril de 2007, pp. 11-32.

³⁴⁸ Ortiz Leroux, Sergio, “La crisis del Estado mexicano: una lectura desde el republicanismo de Maquiavelo”, *Argumentos*, México, vol. 23, núm. 64, diciembre de 2010.

sociedad” y la respuesta es que “las instituciones de una sociedad o la estructura básica deben ser justas” como también sus ciudadanos.³⁴⁹

Los partidos políticos deben actuar republicánamente en la arena política, para merecer la dignidad que les confieren las Constituciones. Los partidos se muestran como elementos indispensables para la representación política en la democracia de masas, y son verdaderos protagonistas en los sistemas políticos.

Una visión apartada de la noción de asociación puramente privada empieza a delinearse a partir de los años treinta del siglo XX, cuando los partidos pasan a ser vistos como órganos de formación de la voluntad política, indispensables para permitir que una sociedad plural y de intereses construya un régimen político y se someta a una Constitución, como afirma Maurizio Fioravanti. El partido no es más visto como *societas*, sino como *universitas*, una institución informada por la tarea de realizar una determinada noción del interés general. Dicha visión se armoniza con una mirada ético-política sobre ellos mismos, capaces de hacerse al Estado, de educar a los ciudadanos y desarrollar en ellos el amor por el Estado, que une y disciplina.³⁵⁰

Pedro de Vega puntea el cambio en la categoría de representación, de la organización de los partidos políticos y de su constitucionalización, abandonando su postura esencialmente individualista y permitiendo un puente entre el representante y el representado a partir de espacios de convergencia de intereses.³⁵¹

Para Manuel García-Pelayo, las funciones de los partidos en la realización de la democracia de masas son: movilizar las masas para la participación e integración en el proceso democrático; transformar las orientaciones y actitudes políticas de sectores sociales en programas de acción política nacional; seleccionar las demandas de los electores e integrarlas en propuestas coherentes de acción; proveer informaciones, en lenguaje accesible, sobre los problemas nacionales; proporcionar a los electores la elección de representantes para las casas legislativas y organizar su pluralidad de recursos personales y materiales para la consecución de sus objetivos.³⁵²

Jorge Fernández Ruiz presenta su propuesta para la definición de partido político:

³⁴⁹ Moreno Márquez, Gorka, “La ciudadanía como meta de la tríada republicana”, *Argumentos*, nueva época, año 20, núm. 53, enero-abril de 2007, pp. 35-52.

³⁵⁰ Fioravanti, Maurizio, *Costituzione e popolo sovrano, La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, 2a. ed., Bolonia, Il Mulino, 2004.

³⁵¹ Vega, Pedro de, “Significado constitucional de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos*, Nueva Época, Madrid, núm. 44, marzo-abril de 1985, pp. 24-44.

³⁵² García-Pelayo, Manuel, *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza, 1996 [1986], pp. 73-84.

agrupación permanente de una porción de la población, vinculada por ciertos principios y programas, derivados de sus intereses o de su interpretación del papel que corresponde a los depositarios del poder público y a los diversos segmentos sociales en el desarrollo socioeconómico del Estado, con miras a hacerse de dicho poder para, en ejercicio del mismo, poner en práctica los principios y programas que postula.³⁵³

Para el autor, cinco son sus funciones: contribuir a la integración y dirección de la voluntad popular, para coordinar las varias voluntades y despertar el interés de la ciudadanía en los asuntos públicos; contribuir al fortalecimiento de la representación política, aproximándola de la voluntad popular; crear proyectos de país, programas de gobierno; ser la articulación entre la ciudadanía y el gobierno y presentar candidatos para ocupar cargos públicas electivos o no.³⁵⁴

El papel de los partidos en la formación de la voluntad colectiva es traído anteriormente por Antonio Gramsci, que los ve como intelectuales colectivos capaces de propagar y organizar una reforma intelectual y moral. El partido es el protagonista del nuevo príncipe, aquél que “pretende (e está racional e historicamente destinado a este fin) fundar un novo tipo de Estado”.³⁵⁵

Las agremiaciones partidistas actúan duplamente en la representación política, “encuadrando” electores y electos, resalta Maurice Duverger. Los electores son encuadrados ideológicamente, en el desarrollo de la conciencia política de los ciudadanos promovida por los partidos y cuando son limitados a la decisión entre candidatos preseleccionados por los partidos. Los electos son encuadrados por el contacto permanente con los electores por intermedio de los militantes partidistas y por la disciplina partidista.³⁵⁶

La extensión del derecho de voto expande los presupuestos partidistas y el coste de las elecciones, ganando importancia el aparato partidista. Jürgen Habermas subraya la sustitución de las reuniones por la propaganda sistemática que desde el principio exhibe la “máscara de Janus de iluminismo e manipulação, informação e publicidade, didatismo e manipulação”. El partido pasa a intentar “integrar”, busca una conquista puntual de los electores e “incita-os à aclamação, sem mexer na imaturidade política deles”. El autor resalta aún que la instrumentalización de los partidos y su dominio por los jefes llevan a la substitución del proceso de formación de la voluntad

³⁵³ Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, cit., p. 244.

³⁵⁴ *Ibidem*, pp. 264 y 265.

³⁵⁵ Gramsci, Antonio, *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, trad. de Luiz Mário Gazzaneo, Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991 [1949], pp. 6-7, 22 y 26.

³⁵⁶ Duverger, Maurice, *Os grandes...*, cit., pp. 77-83.

política “intermediado pela formação da opinião de um público pensante” por la imposición de la voluntad de la cúpula partidista, transformando los diputados en funcionarios de los partidos que llevan al Parlamento, decisiones ya tomadas.³⁵⁷

Max Weber describe el funcionamiento real de los partidos y presenta al elector alejado de cualquier actividad partidista. La discusión ideológica es extraída del espacio público y ocurre entre los dirigentes, ante la burocratización partidista. La política en el interior de las casas parlamentarias deja de ser ejercida por todos sus miembros y pasa a ser fruto de la negociación entre los líderes. Los partidos son financiados por contribuciones regulares y por el mecenazgo partidista.³⁵⁸ Los partidos, para el autor, luchan menos por la consecución de metas objetivas que para controlar la distribución de empleos.³⁵⁹

En una visión contemporánea, de la teoría económica de la democracia de Anthony Downs, los partidos son vistos como “una equipe de homens que buscam controlar o aparato de governo, obtendo cargos numa eleição devidamente constituída”, siendo característica de un equipo la concordancia de los miembros sobre todas sus metas, en un “ordem única e consistente de preferência”. La ideología partidista es solamente una arma en la disputa por el poder, que sirve como un “atajo” para la conquista del voto. Los actores políticos son los electores, los partidos y los grupos de intereses. En dicho modelo, “racional no sentido econômico”, los electores toman sus decisiones de manera racional y los representantes son vinculados a los partidos políticos.³⁶⁰

Los partidos, como actores políticos, deben actuar de acuerdo con los principios democráticos. Para Jesús Orozco Henríquez, la adopción de principios democráticos efectivos por los partidos puede servir para superar su crisis de legitimidad, además de impedir que eventuales déficits democráticos maculen la representación política.³⁶¹ La existencia de una competencia interna, de garantías a la libertad de expresión, a la participación efectiva del afiliado en la formación de la voluntad del partido y de los canales de

³⁵⁷ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, pp. 237-240.

³⁵⁸ Weber, Max, *Parlamento e governo na Alemanha reordenada: crítica política da burocracia e da natureza dos partidos*, trad. de Karin Bakke de Araújo, Petrópolis, Vozes, 1993 [1918], capítulos 2 y 5.

³⁵⁹ Weber, Max, “A política como vocação”, en *Ciência e Política, Duas vocações*, trad. de Jean Meville, São Paulo, Martin Claret, 2002 [1919], pp. 59-124.

³⁶⁰ Downs, Anthony, *Uma teoria econômica da democracia*, trad. de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1999 [1957], pp. 46, 47 y 117.

³⁶¹ Orozco Henríquez, José de Jesús, “La democracia interna de los partidos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 4, julio-diciembre de 2004, pp. 219-245, p. 220.

control sobre la dirección, son elementos indispensables para la configuración democrática de un partido.³⁶²

Como afirma Raciél Garrido Maldonado, es esencial el derecho de todo miembro de participar libre y activamente de la vida interna del partido, de tener derecho “a integrar sus órganos internos de dirección y a poder participar y ser considerado, para postularse como candidato de elección popular”. Para el autor, es necesario “establecer a nivel constitucional disposiciones comunes que garanticen el desarrollo democrático de los procesos de elección interna de los candidatos de los partidos”.³⁶³

Lo que ocurre, sin embargo, es que la democracia interna de los partidos sigue siendo un desafío para los sistemas políticos contemporáneos. Y parece ser un requisito indispensable para la autenticidad de las elecciones.

Los competidores, de igual manera que los partidos, deben actuar bajo la observancia de las reglas electorales. No pueden buscar el ejercicio del poder político y el control del Estado sin comprometerse con la defensa del Estado de derecho y de la legalidad. Regular su comportamiento es objeto de las reglas electorales, pero la efectividad de dichas reglas no es ejemplar, al contrario.

Otros actores son relevantes en la garantía de la autenticidad de las elecciones, como las autoridades electorales —que serán expuestas a continuación—, los agentes públicos, necesariamente neutros, y los medios de comunicación social.

La prensa y los medios de comunicación son fundamentales para la configuración de una sociedad democrática, esto es innegable. La absoluta libertad de prensa, su autonomía ante el poder público, su amplia capacidad de crítica y su papel en el control social del poder son imprescindibles. Con todo, junto con la libertad, los medios de comunicación deben evidenciar su responsabilidad pública.

Como expone Jürgen Habermas, los “principios jornalísticos de prensa ilustrada”, que enmarcan la “prensa políticamente pensante”, pierden su espacio para una lógica de mercado y de consumo. Para el filósofo, “o mundo criado pelos meios de comunicação de massa só na aparência ainda é esfera pública”. El público deja de pensar en la cultura para únicamente consumirla; una cultura de integración, repleta de formas publicitarias y

³⁶² Freidenberg, Flavia, “Democracia interna: reto ineludible de los partidos políticos”. *Revista de Derecho Electoral*, Tribunal Supremo de Elecciones, San José de Costa Rica, núm. 1.

³⁶³ Garrido Maldonado, Raciél, “Una propuesta para el establecimiento de bases constitucionales mínimas que garanticen el desarrollo democráticos de los procesos internos de elección de candidatos de los partidos políticos”, en Hernández, María del Pilar (coords.), *Partidos políticos: democracia interna y financiamiento de precampañas*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2002, pp. 95-106, p. 97 y 102.

slogans, que absorbe la esfera pública política. “O journalismo crítico é suprimido pelo manipulativo”.³⁶⁴

Y esto se sucede igualmente en la competición política. La influencia de la cobertura de los medios de comunicación, con énfasis en aspectos personalistas y en escándalos, contribuye para el cinismo del electorado y para el declive del comprometimiento cívico, en el momento de campaña electoral que debería servir para que los ciudadanos pensasen políticamente, afirman Susan A. Banducci y Jeffrey A. Karp.³⁶⁵ Debe ser resaltada, asimismo, la concentración de los medios de comunicación social en pocos grupos económicos, común en Latinoamérica, que muchas veces se identifican con determinados partidos o candidatos, llevando a un desequilibrio en la competición.

La verdad es que no se puede determinar la pauta de los medios de comunicación. Además, cualquier actuación restrictiva por parte del Estado podría sugerir algún tipo de censura. Así que el tema es por cierto muy sensible, pero esencial para la autenticidad de las elecciones.

IV. LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LAS ELECCIONES Y SU CREDIBILIDAD

La autenticidad de las elecciones no se garantiza por la autorregulación de la esfera electoral ni por la espontánea actuación de los actores políticos de acuerdo con la ley y el derecho. Son necesarios los aparatos estatales que actúen en la organización y administración de las elecciones, así como autoridades responsables de la resolución de los conflictos relativos al proceso electoral.

Las autoridades electorales son distintas en cada país. El diseño institucional deriva de experiencias históricas y de mayor o menor confianza en los poderes instituidos. La búsqueda, al menos nominal, es por instituciones y autoridades imparciales, que presten al siempre conturbado proceso electoral, un revestimiento de legitimidad.

Como afirma José Antonio Crespo, “la mayor equidad en la contienda, así como la imparcialidad de las autoridades que organizan y califican los comicios, son elementos que contribuyen a obtener el consenso electoral (y, por lo tanto, la aceptación del veredicto por parte de los perdedores)”.³⁶⁶

³⁶⁴ Habermas, Jürgen, *op. cit.*, pp. 200, 201 y 207-210.

³⁶⁵ Banducci, Susan A. y Karp, Jeffrey A., “How elections change the way citizens view the political system: campaigns, media effects and electoral outcomes in comparative perspective”, *British Journal of Political Science*, Colchester, vol. 33, Julio de 2003, pp. 443-467.

³⁶⁶ Crespo, José Antonio, *op. cit.*

De hecho, la legitimidad de todo el proceso electoral depende, en parte, de la postura de los actores políticos en el momento del anuncio de los resultados finales. El cuestionamiento constante de la calificación de los electos, debilita los sistemas y conlleva a un descrédito de la política.

La confianza de los ciudadanos es esencial para originar alguna cohesión a las sociedades complejas, desiguales y heterogéneas. Instituciones pensadas a partir de una visión pluralista, democrática y marcada por los valores constitucionales son premisas para un sistema político, coherente y aceptable. Además del hecho de que el funcionamiento de las instituciones debe ser transparente, adecuado a los valores, buscando el interés público de manera imparcial.

Según Romeu Felipe Bacellar Filho, el régimen jurídico del derecho público es marcado por la supremacía del interés público, lo que informa, de manera incuestionable, la labor del Estado y sus agentes.³⁶⁷

Como afirma José Álvaro Moisés, el universalismo, la imparcialidad, la justeza, la probidad, la permeabilidad a los ciudadanos, son factores que generan confianza en las instituciones y en las autoridades; como al contrario, la ineficiencia, la indiferencia a las demandas sociales, la corrupción, el fraude y la falta de respeto al interés público originan el descrédito, la desconfianza y el alejamiento de la política.³⁶⁸

Si esto es verdad para todo el diseño institucional de un Estado, es todavía más relevante cuando uno está ante el sistema de control de las elecciones. En las democracias fuertemente representativas, con poco o ningún espacio para la participación ciudadana, la calidad del régimen político está directamente involucrada con la calidad de los procedimientos para la elección de representantes. El derecho electoral y sus garantes, por así decir, están en el centro de la legitimación del poder político.

De esta manera, los organismos electorales deben gozar de un altísimo grado de confianza, para generar legitimidad en el sistema político. Esto, sin embargo, sigue siendo un desafío para los Estados.

Los organismos y autoridades electorales están pensados, normalmente, a partir de la historia de cada uno de los distintos países, respondiendo a demandas muy particulares. Por lo tanto, no existen modelos que se repiten, tampoco soluciones que se aplican a todos los contextos. Como resalta Pontes de Miranda: “Nem todas as democracias são iguais. Democracia não é roupa

³⁶⁷ Bacellar Filho, Romeu Felipe, *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 40.

³⁶⁸ Moisés, José Álvaro, “Cidadania, confiança e instituições democráticas”, *Lua Nova*, São Paulo, núm. 65, 2005, pp. 71-94.

que se ordene sob medida, ou se adquira feita, para se vestirem os países”.³⁶⁹ Lo mismo se puede decir de los sistemas de control de las elecciones.

Juan Jaramillo se dedica a un estudio comparado de los órganos electorales supremos, analizando su estructura institucional (la posición del órgano supremo electoral dentro del aparato estatal y la relación del órgano electoral supremo con los organismos electorales inferiores) su presupuesto, el nombramiento y remoción de sus miembros (incluso para los periodos de ejercicio y la calidad política de los magistrados) el rito de las decisiones, las facultades de las cortes electorales (administrativas, registrales, jurisdiccionales-electorales, disciplinarias, legislativas y las relacionadas con los partidos políticos). Afirma, aún, que “los organismos electorales supremos son instituciones de primer orden dentro de los sistemas políticos nacionales, puesto que muchas de sus decisiones versan sobre asuntos políticos de gran calado y afectan de manera definitiva el futuro y la estabilidad política de los diferentes países”.³⁷⁰

El gran reto es alcanzar un determinado grado de satisfacción de los contendientes, en lo que se refiere a la democracia, independientemente de los resultados electorales. Y, para tanto, son negativos tanto los frecuentes cambios en los diseños institucionales como su congelación en nombre de una necesidad histórica.

La actividad administrativa de organización de las elecciones demanda un conjunto de acciones, desde el empadronamiento de los electores hasta la organización de las casillas. Se trata de poner en marcha los procedimientos de la democracia formal, para permitir la manifestación de la voluntad popular. En la administración de las elecciones, dos categorías de fraudes deben ser evitadas: los llevados a cabo por las autoridades electorales, en primer lugar, y también las burlas de los demás actores políticos, como contendientes, partidos, militantes y ciudadanos. Además, la ubicación de la autoridad administrativa electoral en la organización del Estado, el nombramiento y la duración del mandato de su dirigente máximo y la transparencia en su actuación son esenciales para la credibilidad del proceso.

La fiscalización de las actividades partidistas, que se configura más allá del control (ante la libertad y autonomía de los partidos actualmente garantizadas en los Estados democráticos) pero más allá del simple registro (ante el

³⁶⁹ Pontes de Miranda, *Democracia, Liberdade e Igualdade (Os três caminhos)*, Río de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1945, p. 177.

³⁷⁰ Jaramillo, Juan, “Los órganos electorales supremos”, en Nohlen *et al.*, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica-Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Universidad de Heidelberg, International IDEA-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Instituto Federal Electoral, 2007, pp. 371-436.

papel de los partidos en las democracias contemporáneas) también está el rol de las actividades administrativas de la autoridad electoral. La distribución de los fondos públicos y de los tiempos de propaganda partidista, y lo que es más importante, el control del uso de dichos recursos públicos, debe estar a cargo de un organismo estatal equidistante de las fuerzas políticas, que actúe según reglas establecidas en el Parlamento y bajo criterios objetivos.

Las distintas actividades desarrolladas durante las campañas electorales también desafían control de las autoridades. La actuación de candidatos, partidos, simpatizantes y ciudadanos, visando la conquista de apoyo electoral por aportes financieros o por votos, suele ultrapasarse los límites de la legalidad, lo que impone un atento acompañamiento de los órganos electorales.

En el ámbito lo lícito, la propaganda y el financiamiento de campañas son fuertemente reglamentadas por la legislación electoral que garantiza —o que debería garantizar— la igualdad de oportunidades en la competición electoral. En el plano de la ilegalidad, la compra de votos, la corrupción, las campañas negras y el uso del poder político enmascaran la verdad electoral y deben ser cohibidos.

En relación con este campo, no es muy clara la división entre las actividades administrativas y las de actuación jurisdiccional de las autoridades electorales. Como Brasil une las actividades en un solo órgano, no existen conflictos de decisiones respecto a dichos temas. Cuando existen dos organismos con competencias distintas como en México, sin embargo, debe atentarse para la relación entre las autoridades y la división objetiva de competencia, para promocionar la confiabilidad en el sistema.

Existen aún responsabilidades derivadas del control de las elecciones que se ubican en el Poder Judicial. Las impugnaciones a las decisiones administrativas, los juzgados sobre abuso de poder económico, político y de los medios de comunicación, los delitos relacionados al proceso electoral, usualmente son tratadas por jueces, aunque no lo sean por jueces electorales.

En el Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral, realizado en Monterrey (Nuevo León) en noviembre de 2010, una de las manifestaciones se dirigía específicamente a la labor de la justicia electoral: “la justicia electoral al alcance de todos los ciudadanos es medio indispensable para garantizar la pureza del sufragio, el disfrute efectivo de los derechos políticos, la legitimidad de las elecciones y la salud democrática de las instituciones”.³⁷¹

La confiabilidad del Poder Judicial parece conceder al sistema de control de las elecciones un grado de credibilidad. El régimen jurídico de los

³⁷¹ “Declaración de Monterrey”, *Congreso Iberoamericano de Derecho Electoral*, Monterrey, Nuevo León, 25 a 27 de noviembre de 2010.

jueces y magistrados, pensado para garantizar la independencia e imparcialidad de las decisiones, se revela como adecuado a la fiscalización del proceso electoral.

Sin embargo, la actuación de los jueces directamente en la competición democrática, con poder para alterar las condiciones de disputa, evidencia el papel del Poder Judicial como actor político. Brenes Villalobos se dedica a la politización de la justicia, fenómeno relacionado al control de la cúpula del Poder Judicial por los hacedores de la política. Esta postura fuertemente política de los magistrados, conlleva a un modelo táctico de decisión.³⁷²

Cuanto más extensa es la competencia de los organismos electorales, más grande es su potencial influencia en la política desde la elección de los representantes. Por eso, debe ser objeto de especial consideración la forma de nombramiento de las autoridades electorales, sus garantías y restricciones, su mandato y la manera de impugnar sus decisiones.

Las distintas tareas de los organismos electorales deben ser objeto de estricta reglamentación, derivada de una ley oriunda del Parlamento, visto que determinan el alcance y el ejercicio de derechos fundamentales. Como suelen tener sus miembros nombrados y no electos, carecen de legitimidad democrática para determinar las reglas del juego electoral.

³⁷² Brenes Villalobos, Luis Diego, "Judicial Politics y tribunales electorales", *Justicia Electoral* (TEPJF), México, cuarta época, vol. 1, núm. 10, julio-diciembre de 2012, pp. 293-316.

CAPÍTULO TERCERO

EL MODELO MEXICANO DE GARANTÍA DE LA AUTENTICIDAD DE LAS ELECCIONES

Es necesario, ante todo, aclarar que el análisis que sigue, pretende exponer una visión científica del modelo mexicano, desde una persona externa a él. Es una mirada alienígena, con una comprensión académica y alejada. Lo que será expuesto aquí, se deriva de estudios académicos y no de la vivencia bajo las condiciones jurídicas, sociales y políticas que involucran dicho modelo. La lectura de la historia, de las reformas, del diseño institucional y del rol de las autoridades electorales en la garantía de la autenticidad de las elecciones, es parcial en el sentido que no incorpora el sentimiento de quien participa en sus efectos. Con este “salvoconducto”, auto consignado, sigo.

Mientras el sistema brasileño de control de las elecciones es un modelo consolidado —aunque no inmune a severas críticas, como se verá en el próximo capítulo— el sistema mexicano está bajo constantes reformas, en permanente construcción.

El peculiar contexto partidista mexicano, con la existencia de un partido hegemónico durante décadas, o de un “modelo de pluralismo político sin alternancia”,³⁷³ parece haber trasladado el debate sobre las autoridades electorales ya para la segunda mitad del siglo XX. Desde entonces, la búsqueda por un diseño capaz de asegurar la confiabilidad ciudadana se muestra persistente, con un experimentar continuo.

La federación mexicana, mucho más “federativa” que la federación brasileña, permite, incluso, a los Estados miembros un espacio de decisión sobre la configuración de las autoridades electorales. En Brasil sucede lo contrario: el modelo es completamente nacionalizado, lo que impide los intentos locales de desarrollar el sistema.

El objeto de estudio, será el modelo mexicano a nivel federal, para verificar si la decisión de crear dos fuertes autoridades electorales, en dos instituciones distintas, con composiciones diferentes, puede servir como parámetro para pensar alternativas para modelos extranjeros.

³⁷³ Arreola Ayala, Álvaro, *La justicia electoral en México. Breve recuento histórico*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, p. 33.

El Instituto Federal Electoral y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, eran hasta 2014, las dos instituciones electorales que actúan con un largo catálogo de competencias.

El Instituto Nacional Electoral, según su propio sitio, “es un organismo público, autónomo y permanente encargado de organizar las elecciones federales, es decir, las referentes a la elección del presidente de la República y de los diputados y senadores que integran el Congreso de la Unión”. Su misión es “contribuir al desarrollo de la vida democrática, garantizando el ejercicio de los derechos político-electorales de la sociedad a través de la promoción de la cultura democrática y la organización de comicios federales en un marco de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad”.³⁷⁴

Como se muestran los datos del sitio web del instituto, el presupuesto destinado a él, en 2012 fue en pesos mexicanos 15,594,119,509.11 (siendo pesos mexicanos 5,195,907,570.14 para el financiamiento público a los partidos políticos) y la previsión para 2013, es de pesos mexicanos 11,019,848,180.00 (siendo pesos mexicanos 3,716,065,255.93 para el financiamiento público a los partidos políticos).³⁷⁵

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a su turno, “es un órgano especializado del Poder Judicial de la Federación, encargado de resolver controversias en materia electoral y proteger los derechos político-electorales de los ciudadanos, es decir, de impartir justicia en el ámbito electoral”.³⁷⁶

Por informaciones del Consejo de la Judicatura Federal, el presupuesto del Tribunal Electoral fue en pesos mexicanos 2,368,962,800.00 en 2012 y para 2013 el valor autorizado es en pesos mexicanos 2,152,408,000.00.³⁷⁷

La organización, composición y ubicación de dichos institutos han cambiado mucho en las dos últimas décadas, como respuesta a los reclamos de más transparencia, imparcialidad y credibilidad.

I. LA HISTORIA POR DETRÁS DE SU DISEÑO

En otro ejemplo de similitud con Brasil, México presenta un historial de fraudes electorales. La existencia de desvíos en la voluntad electoral, sea en su formación, manifestación o en los resultados, fue, desde siempre, un desafío para la institucionalidad democrática.

³⁷⁴ http://www.ife.org.mx/portal/site/ifev2/Acerca_del_IFE/.

³⁷⁵ http://www.ife.org.mx/portal/site/ifev2/Presupuesto_IFE/.

³⁷⁶ <http://portal.te.gob.mx/acercate/quienes-somos-y-que-hacemos>.

³⁷⁷ http://www.ejf.gob.mx/DGPP_SIR/Historico/HISTORICO%20P7F.pdf.

Álvaro Arreola Ayala habla de actos de arbitrariedad y fraude electoral “en todas las elecciones mexicanas desde 1824 a 2007”,³⁷⁸ y, por las manifestaciones posteriores a los comicios presidenciales en 2012, parece que, al menos bajo el punto de vista de parte de la clase política y de la ciudadanía, esto no se terminó en 2007.

Jorge Fernández Ruiz estudia de la historia del derecho electoral mexicano y registra que “el empleo del voto electoral como medio de designación de los depositarios de las funciones del poder público se remonta en México a la época precortesiana”. El profesor trata de dicha época, de la época de la conquista, de la época colonial y de la época del México independiente, punteando las diferentes características del sistema político-electoral.³⁷⁹

Lo interesante es notar como la sustitución de normas electorales no se dirigía, en general, a la búsqueda de verdaderos cambios en el sistema, sino alcanzar legitimidad manteniéndose muy similar a lo anterior.

La Constitución de Cádiz de 1812, aunque no ha encontrado larga vigencia en América, influyó bien la normativa electoral mexicana, señala Fernández Ruiz. La Constitución preveía elecciones indirectas, en tres etapas, la prohibición de reelección inmediata de los diputados, y la organización de la mesa directiva de casilla.³⁸⁰

Otro diploma normativo que merece nota, principalmente por su innovación aunque simbólica, es la Constitución de Apatzingán de 1814 (o Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana). La soberanía popular marca, expresamente, en que el texto, es el fundamento de todas las instituciones y no acepta restricciones censitarias o étnicas al derecho de voto. Se reconoce a la sociedad, en su artículo 4, “el derecho incontestable a establecer el gobierno que más le convenga, modificarlo y abolirlo totalmente cuando su felicidad lo requiera”; dicho espíritu se esparce también en las relaciones internacionales. El gobierno es colegiado, con tres miembros, que no pueden ser reelegidos para el periodo subsecuente.³⁸¹

La regla tras la independencia era la elección indirecta, en varios grados, sin padrón electoral, sin credencial de identificación, sin garantías de autenticidad electoral. Jorge Fernández Ruiz registra veintidós ordenamientos electorales entre 1821 y 1850. Algunas de dichas leyes negaban el sufragio universal de la Constitución de Apatzingán, además de exigir determinado censo como condición de elegibilidad.³⁸²

³⁷⁸ Arreola Ayala, Álvaro, *op. cit.*, p. 16.

³⁷⁹ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, pp. 123 y ss.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 126.

³⁸¹ http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf

³⁸² Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, pp. 133-148.

La Constitución de 1857 se refiere a la soberanía nacional, al voto en las elecciones como deber de los ciudadanos, a la elección indirecta para diputados, presidente de la República y magistrados de la Suprema Corte de Justicia, a la auto calificación de las elecciones congresuales.³⁸³ La Ley Orgánica Electoral del mismo año y día establecía causales de nulidad de las elecciones (falta de algún requisito legal en el electo, por violencia, cohecho, soborno, error sustancial respecto de la persona nombrada, error o fraude), que podían ser argüidas por cualquier mexicano. Había, aún, la facultad de los gobernadores para la división territorial en distritos.³⁸⁴

Después de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917, con excepción de los primeros años, la sucesión de elecciones presidenciales en México a cada seis años, a partir de 1934 hasta la fecha, sin interrupciones, sin golpes de Estado, sin quiebra de la institucionalidad, parece sugerir un sistema político electoral adecuado. Sin embargo, los resultados de dichas elecciones complican un tanto esta conclusión.

De las catorce elecciones presidenciales ocurridas desde 1934, en las nueve primeras hubo un predominio absoluto de uno de los candidatos (siempre del mismo grupo político) con votos que alcanzaran el 98.2% en 1934, el 93.9% en 1940, el 90.43% en 1958 y el 91.9% en 1976 (única elección sin adversario). La mayoría absoluta de los votos no ha sido alcanzada por el candidato ganador sólo en las cuatro últimas elecciones. La hegemonía del Partido Revolucionario Institucional (antes Partido Nacional Revolucionario y por un corto periodo, Partido de la Revolución Mexicana) fue deshecha no antes de 2000 y por dos periodos de gobierno del Partido Acción Nacional (Vicente Fox y Felipe Calderón).

La preponderancia de uno de los partidos también es sentida en el Senado y en la Cámara de Diputados durante todo el periodo, con la pérdida de la mayoría por el Partido Revolucionario Institucional sólo en dos legislaturas (2000-2003 y 2006-2009). La legislación ha cambiado muchísimo durante ese largo periodo.

Jorge Fernández Ruiz llama su atención, la Ley Electoral del 19 de diciembre de 1911, donde, además de la preocupación con el padrón electoral para garantizar elecciones limpias, aparecen los partidos políticos.³⁸⁵ De hecho, en la referida ley, los partidos pueden presentar reclamación sobre la nulidad de la elección.

³⁸³ <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/consthist/pdf/1857.pdf>

³⁸⁴ *Ibidem*, pp. 150-153.

³⁸⁵ *Ibidem*, pp. 156-160.

Los partidos políticos eran vistos como necesarios para la organización de los ciudadanos, como se puede ver desde la defensa expuesta por Francisco I. Madero en su descripción histórica de la política mexicana, cuando traza una estrategia para democratizar el país y desde luego propone la formación del Partido Antirreeleccionista.³⁸⁶

Ramón Prida se dedica a explicar la ley a los ciudadanos y se refiere a la firma de los representantes de los partidos en las actas de las casillas, sobre la garantía del secreto del voto, sobre la votación por medio de máquinas, sobre la nulidad de las elecciones (con referencia incluso a la posibilidad de declaración de nulidad por autoridad judicial). El autor termina su libro con la siguiente advertencia:

esta ley no puede, porque no está ello al alcance de ningún legislador, crear ciudadanos, dar vida a la masa inerte, ni impedir en lo absoluto el fraude, ni evitar los abusos. La nueva ley garantiza los derechos de los ciudadanos, los alienta, dando medios para prevenir los fraudes y abusos, y establece penas para castigar unos y otros; mas todo será inútil, si los ciudadanos no tienen conciencia de sus derechos, y, si teniéndola no tienen la energía suficiente para hacer valer éstos y la medida necesaria para esperar tranquilamente el resultado de sus esfuerzos.

Y, aún: “para que un Gobierno sea bueno, no basta que tenga el deseo, es preciso que sienta la necesidad de serlo y la vigilancia de que sobre él, ejercen los partidos políticos; pero verdaderos partidos, organizados debidamente, inspirados en ideas realmente patrióticas, que no vean el poder como un medio de satisfacer la vanidad, las ambiciones o las venganzas de sus jefes”.³⁸⁷

Cabe mencionar que la Constitución mexicana de 1917, en su texto original³⁸⁸ determina la elección directa para diputados y senadores, y dispone sobre la autocalificación de dichas elecciones: “cada Cámara calificará las elecciones de sus miembros y resolverá las dudas que hubiese sobre ellas. Su resolución será definitiva e inatacable” (artículo 60). La elección del presidente de la república también es directa, y los requisitos para concurrir al cargo están en el artículo 82. Para hablar de la prohibición de la reelección, es materia de ley, los términos de la elección del presidente (aunque el artículo sexto de las disposiciones transitorias dispone sobre la calificación de

³⁸⁶ Madero, Francisco I., *La sucesión presidencial en 1910*, publicado originalmente en 1908, formato digital, <http://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/6Revolucion/1910LSP.pdf>.

³⁸⁷ Prida, Ramón, *La nueva ley electoral*, Observaciones sobre la Ley de 19 del diciembre de 1911, pp. 33-34, 36, 70-74, 75-84 y 94-95, publicado en 1912, <http://portal.te.gob.mx/informacion-electoral/publicaciones/la-ley-electoral-de-1911-un-instrumento-revolucion>.

³⁸⁸ <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/consthist/pdf/1917.pdf>.

las elecciones de presidente por el congreso nacional como colegio electoral). Los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (órgano máximo del Poder Judicial) son electos por el Congreso de la nación, según las condiciones establecidas por la Constitución (artículos 94 a 96).

El día siguiente a la entrada en vigor de la Constitución, es publicada la Ley Electoral, que, según Jorge Fernández Ruiz, no innovó significativamente respecto a las dos leyes electorales anteriores.³⁸⁹ Dicha ley fue rápidamente sustituida por la Ley para Elección de los Poderes Federales de 1918.

La Ley de 1918, exige un programa de gobierno y la publicación de un órgano informativo de los partidos políticos y establece requisitos para que participen en los comicios. Además de la imposición del registro de candidatos, existe la preocupación con el secreto del voto.³⁹⁰ Sus dispositivos que prohíben la reelección son enfáticos, como evidencia está el artículo 45, fracción I: “es nula la elección de presidente de la República que recaiga sobre el ciudadano que hubiere desempeñado ese cargo anteriormente, por elección popular”.

Bajo dicha normativa se organizaron partidos políticos y fueron realizadas las elecciones presidenciales de 1920, 1924, 1928, 1930, 1934 y 1940.

En México la elección de 1940 representa un parteaguas electoral. La sucesión de Lázaro Cárdenas fue disputada entre dos generales, con discursos de campaña muy similares. El partido oficialista aleja al general Múgica y presenta el moderado Manuel Ávila Camacho que renuncia a la terminología marxista y al anticlericalismo por un tono liberal individualista y nacionalista. El opositor Juan Andrew Almazán, un general desde la adolescencia y participante activo en la Revolución era colaborador del gobierno Cárdenas, heredero político de Emiliano Zapata, que traía la promesa de revocar la exigencia de una educación socialista del artículo tercero constitucional y que reunía, antes en el Comité Revolucionario para la Reconstrucción Nacional y luego en el Partido Revolucionario de Unificación Nacional un conjunto de ex enemigos, de veteranos destacados de la Revolución, pero que no compartían más que la voluntad de ocupar el poder y alejar el oficialismo. Aunque existiera la desunión y el apoyo de Diego Rivera (visto por algunos como algo negativo) la campaña de Almazán alcanzó gran apoyo popular. Aunque Cárdenas prometiera un proceso democrático legal y pacífico, hubo disturbios y grave violencia del ejército y de la policía durante la votación. El increíble resultado de un 93.9% de votos para Ávila

³⁸⁹ Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, cit., p. 160.

³⁹⁰ Paoli Bolio, Francisco J., “Legislación electoral y proceso político, 1917-1978”, *Jurídica*, México, núm. 10, julio de 1978, pp. 169 y 170, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/10/pr/pr8.pdf>.

Camacho, así como la totalidad de las curules del Congreso al oficialismo evidenciaron la mentira electoral llevada a cabo en nombre de la unión nacional.³⁹¹

Como respuesta, Ávila Camacho presenta una propuesta de una nueva ley electoral. La Ley Electoral Federal del 7 de enero de 1946, representa una federalización de las elecciones. Para Jorge Fernández Ruiz la ley era “una labor de maquillaje al marco jurídico electoral, no en aras de la democracia, sino del control férreo de los resultados oficiales de las elecciones, a cuyo efecto el gobierno federal asumió la preparación, vigilancia y desarrollo de las elecciones”.³⁹²

La creación de la Comisión Federal de Vigilancia Electoral representa el primer intento, aunque simbólico, de establecer un sistema de control de las elecciones.

En un análisis presentado en 2007, Álvaro Arreola Ayala divide la evolución histórica de la justicia electoral en cuatro periodos, según el impacto de las leyes: de 1917 a 1945, de 1946 a 1976, de 1977 a 2006 y el periodo posterior a 2007.³⁹³

Para Arreola Ayala, de 1917 a 1945 no existe justicia electoral, configurando una etapa de “sobreposición de la política a la justicia”, con el control de los órganos electorales por los jefes del Poder Ejecutivo o por las mayorías parlamentarias. Los presidentes municipales detienen la competencia para organizar las elecciones y para su vigilancia, por la ley de 1918, lo que los convierte en el poder electoral. El autor afirma que en dicho periodo “la política no dependía de los votos”.³⁹⁴

La ley de 1946, asimismo, trataba de los partidos políticos, dificultando la creación de partidos nacionales y su participación en las contiendas, pues para obtener el registro se necesitaban por lo menos treinta mil asociados, distribuidos en dos terceras partes de las entidades federativas del país. Además, según Joseph L. Klesner, el dominio del Partido Revolucionario Institucional sobre la Comisión Electoral permitía control completo sobre el proceso electoral. Para el autor, la ley representó una manera legal de

³⁹¹ Según Albert L. Michaels, “Las elecciones de 1940”, *Historia Mexicana*, México, vol. XXI, núm. 1, julio-septiembre de 1971, http://codex.colmex.mx:8991/exlibris/aleph/a18_1/apache_media/7G7MDT17KB6NEGMXHDDEIPUVEU34GU.pdf.

³⁹² Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, cit., p. 163.

³⁹³ En cambio, Castellanos Cortés habla en tres generaciones de reformas, considerando la de 1977, 1996 y la de 2007. Castellanos Cortés, Sara I., “El marco normativo electoral frente a los comicios generales de 2012. La lógica interna del Consejo General del Instituto Federal Electoral”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 1, enero-junio de 2012, pp. 157-170.

³⁹⁴ Arreola Ayala, Álvaro, *op. cit.*, pp. 19-26.

manutención de la hegemonía electoral: “the 1946 electoral law therefore contributed to the PRI’s hegemony in electoral politics by stifling the less moderate opposition’s legal opportunities to compete in elections”.³⁹⁵ Resalta Jorge Fernández Ruiz que dicha ley rigió sólo una elección presidencial, la de 1946, “cuyos resultados oficiales fueron dura, reiterada e infructuosamente impugnados”.³⁹⁶

La normativa fue apartada en 1949 y luego se aprobó otra ley electoral federal, en 1951 que, con algunas reformas, disciplinó los comicios presidenciales de 1952, 1958, 1964 y 1970. La Comisión Federal de Vigilancia Electoral fue sustituida por una Comisión Federal Electoral, compuesta por un comisionado del Poder Ejecutivo (el secretario de gobernación) de los comisionados del Poder Legislativo (un senador y un diputado) y tres comisionados de los partidos políticos. Además, la ley regula de forma más amplia los partidos políticos, trata del Registro Nacional de Electores y reconoce a ciudadanos y partidos políticos la facultad de presentar protestas durante la preparación de las elecciones, la jornada electoral y el cómputo. Asienta Jesús Orozco Henríquez:

...a los comités distritales y a los locales les estaba prohibido calificar los vicios o irregularidades que encontraran en el proceso electoral, debiendo hacerlos constar en el acta correspondiente. Se establece un auténtico contencioso electoral administrativo ante el superior jerárquico genérico y un posterior recurso de revocación ante la Comisión Federal Electoral para impugnar aquella decisión. Se conserva el sistema de calificación por parte de las Cámaras, de las elecciones de sus integrantes y de la presidencial.³⁹⁷

Tres décadas de “la época más oscura y deprimente de la justicia electoral en México”, con el dominio del Poder Ejecutivo y la centralización en materia electoral, con “la paz del PRI” marcan, según Arreola Ayala, el periodo de 1946 a 1976. Pese a la inclusión de las mujeres en el padrón electoral y de la disciplina de los partidos políticos, además de la figura de los diputados de partido, para el autor “ninguna de las reformas electorales, entre 1946 y 1976, modificaron sustancialmente el sentido de la legislación

³⁹⁵ Klesner, Joseph L., “Electoral Reform in Mexico’s Hegemonic Party System: Perpetuation of privilege or Democratic Advance?”, Kenyon College, Paper presented at the Annual Meeting of the American Political Science Association, Washington, D.C., 1997, http://www2.kenyon.edu/Depts/PSci/Fac/klesner/Electoral_Reform_in_Mexico.htm.

³⁹⁶ Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, cit., p. 164.

³⁹⁷ Orozco Henríquez, José de Jesús, “Evolución del derecho electoral en México durante el siglo XX”, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 1029-1095, en especial p. 1047.

electoral mexicana: se afirmó la intervención del Poder Ejecutivo en la organización de los comicios y se eliminó cualquier posibilidad de elecciones verdaderamente competitivas”.³⁹⁸

Ésta es también la visión de Jorge Fernández Ruiz, que aduce que

la versión oficial del resultado de la elección presidencial de 1952 produjo un desencanto entre numerosos segmentos de la población, lo que propició que se propagara la creencia popular de la inutilidad de votar, porque el gobierno siempre impondría a su candidato, lo que se tradujo en un alejamiento de las urnas electorales, lo que fortaleció la leyenda popular del «tapado», o sea, la develación del nombre, por parte del presidente en turno, de quien le sucedería en el cargo, lo que permitía saber desde antes de la celebración de las elecciones, quién resultaría designado para dicho cargo, con lo que los comicios quedaron reducidos a meros formalismos publicitarios para cohonestar las elecciones.

Según el autor, en las elecciones de 1958, 1964 y 1970 no se presentaron grandes protestas.³⁹⁹

En 1973 aparece la última ley electoral relevante de dicho periodo. Hubo cambios importantes en relación a los partidos políticos, como las garantías de acceso a la radio y a la televisión y la dificultad para su funcionamiento. En las elecciones siguientes, en 1976, no había más que un candidato a la presidencia. Nuevamente, era hora de cambiar.

Los más importantes cambios en el modelo electoral mexicano ocurren, según Arreola Ayala, entre 1977 y 2006, tras el “plebiscito electoral” de la elección presidencial de 1976. La reforma de 1977, además de caracterizar los partidos como entidades de interés público, crea, junto al artículo 60 constitucional, el recurso de reclamación contra las resoluciones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero con carácter declarativo, nada más. Para el autor, el crecimiento de los partidos opositoristas permitió su participación en la construcción de la normativa electoral, pero “sin que esa presión se viera reflejada en una más transparente competitividad”. En 1987 se crea el Tribunal de lo Contencioso Electoral, organismo autónomo de carácter administrativo, con resoluciones obligatorias. Con todo, sus decisiones dependían de las pruebas valoradas por los Colegios Electorales, lo que hizo naufragar el modelo. Con la reforma de 1990 y el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, surgen el Instituto Federal Electoral (hoy Instituto

³⁹⁸ Arreola Ayala, Álvaro, *op. cit.*, pp. 26-29.

³⁹⁹ Fernández Ruiz, Jorge, *op. cit.*, pp. 166 y 167.

Nacional Electoral) así como un sistema de impugnaciones, y el Tribunal Federal Electoral, órgano jurisdiccional autónomo, creando un “sui generis sistema mixto de heterocalificación electoral”. En 1993, se eliminaron los colegios electorales de las casas parlamentarias, pasando a ser competencia del Instituto Federal Electoral y del Tribunal Federal Electoral la calificación. En 1996, según el autor, “se estableció un sistema integral de justicia electoral”, con modificaciones aprobadas por unanimidad y con reformas a la Constitución, al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y al Código Penal Federal, además de la promulgación de Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, y la incorporación del Tribunal Electoral al Poder Judicial.⁴⁰⁰

Se pasará a analizar las más importantes alteraciones en el escenario normativo electoral mexicano, a partir de un recorte derivado del objeto de interés del presente estudio.

Es interesante notar cómo los cambios puntuales parecen responder a un intento de legitimar el sistema político, como sugiere la adopción del mecanismo de consulta popular en la reforma de 1977, que se siguió a las elecciones presidenciales de candidato único.

La reforma a la Constitución y de la Ley Federal de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales de diciembre de 1977, alteran el principio fundamental de la composición de la Cámara de Diputados, con la adopción de un sistema mixto, con representación proporcional aunque minoritaria. La justificación era permitir una participación más efectiva de los partidos de oposición en la Cámara de Diputados y apartar la violencia de la lucha política. Con un abstencionismo que superó un 40% del padrón electoral, la oposición logró un 26% de las curules.⁴⁰¹ Jorge Fernández Ruiz critica el modelo, afirmando que la elección proporcional se daba “de acuerdo con un variopinto conjunto, innecesariamente complicado, de fórmulas electorales tomadas caprichosamente de la teoría electoral y amalgamadas en las

⁴⁰⁰ Arreola ayala, Álvaro, *La justicia...*, *cit.*, pp. 30-42.

⁴⁰¹ Según Sarah Martínez, la participación de la oposición en la Cámara de Diputados era de un 4% con las elecciones de 1961, un 17% en las legislaturas que iniciaron en 1964 y 1967, un 16% a partir de 1970, un 21% con las elecciones de 1973 y 18% en la legislatura de 1976. Después del cambio del sistema, el partido hegemónico dominó francamente el Congreso Nacional hasta 2000. Martínez, Sarah, “Changing Campaign Strategies in Mexico: The Effects of Electoral Reforms on Political Parties”, Paper Prepared for the *First International Graduate Student Retreat for Comparative Research*, Los Angeles, CA, mayo de 1999, en <http://www.sscnet.ucla.edu/soc/groups/scr/martinez.pdf>.

fórmulas de representatividad mínima y de primera proporcionalidad”.⁴⁰² El sistema, sin embargo, sustituyó los diputados de partido creados en 1963.

En dicha reforma, que contó con doce audiencias públicas, los partidos políticos fueron elevados a materia constitucional como “entidades de interés público”, lo que conllevó a la obligación del Estado de garantizarles existencia y funcionamiento. Si el acceso a los medios de comunicación fue un consenso durante la construcción de la reforma política, lo mismo, no ocurrió con el financiamiento de los partidos por medio de subvenciones públicas, ante el temor de la dependencia en relación con el Estado.

Jorge Carpizo destaca el cambio en la calificación de las elecciones. El autor registra los debates en las audiencias públicas, así como las propuestas presentadas. Una de las proposiciones, de Mariano Azuela Güitrón, versaba sobre tribunales electorales, en cuya composición participarían paritariamente representantes partidistas, y con decisiones impugnables ante la Suprema Corte de Justicia. Otra posibilidad, indicada por Heberto Castillo era calificar las elecciones por una comisión integrada por los partidos que deberían decidir por unanimidad y, si acaso fuera imposible, con posibilidad de recurso de amparo por la minoría. El representante del Partido Revolucionario Institucional rechazaba la calificación de las elecciones por “órganos o tribunales ajenos al de la formación de la voluntad popular”. Por fin, las Cámaras continuaron como jueces de la elección de sus miembros, pero el artículo 60 disponía sobre la posibilidad de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia en contra de las resoluciones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados, pero sin que la decisión de la corte fuera definitiva. Jorge Carpizo, analizando el nuevo modelo, aduce: “creemos que con este recurso de reclamación, no tienen nada que ganar ni la corte ni el procedimiento de calificación, ni el país, porque no está en sus intereses el deterioro de una de sus mejores instituciones”. El autor señala dicho cambio como una de las modificaciones negativas de la reforma política.⁴⁰³

La alteración del sistema electoral no alcanzó una efectiva pluralidad en la Cámara de Diputados, al menos la suficiente como para amenazar el dominio del Partido Revolucionario Institucional. En las elecciones de 1979, la oposición sumaba 104 curules contra 296 del partido del gobierno, que garantizaba un 74% de los votos parlamentarios.

Otra reforma constitucional y legal es llevada a cabo en 1986 y 1987, con la que se modifica nuevamente el sistema de integración de la Cáma-

⁴⁰² Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, cit., p. 169.

⁴⁰³ Carpizo, Jorge, “La reforma política mexicana en 1977”, *Anuario Jurídico*, México, UNAM, VI-1979,1980, pp. 39-100, 73-81 y 99.

ra de Diputados, con el aumento en el número de escaños ocupados por el sistema de representación proporcional. El sistema, que sigue en vigor hasta la fecha, prevé quinientos miembros en la Cámara, trecientos electos por distritos uninominales y doscientos por representación proporcional, votados en cinco circunscripciones uninominales. El artículo 54 agrega dos reglas interesantes: una impide que un partido ocupe más de 350 asientos en la Cámara y la otra, conocida como cláusula de gobernabilidad, garante la mayoría absoluta a un partido.

El nuevo artículo 60 constitucional mantiene la autocalificación de la elección de diputados y senadores, pero prevé que el gobierno federal, por ley, determine organismos responsables para la preparación, desarrollo y vigilancia de los procesos electorales, bien como los medios de impugnación y la institución de un tribunal. Sin embargo, fija que “las resoluciones del tribunal serán obligatorias y sólo podrán ser modificadas por los Colegios Electorales de cada Cámara, que serán la última instancia en la calificación de las elecciones; todas estas resoluciones tendrán el carácter de definitivas e inatacables”. Para Jorge Fernández Ruiz, se trataba de “establecer un sistema mixto de calificación de las elecciones en el que la última palabra la decían los colegios electorales en las cámaras legislativas.⁴⁰⁴ Queda suprimido el recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En 1987, el Código Federal Electoral concretó los cambios constitucionales. Innovó con relación a los partidos, el acceso a los medios de comunicación, pero también en cuanto a la fiscalización de los aportes públicos. Su gran creación es, indudablemente, el Tribunal Contencioso Electoral.

Visto por Miguel Acosta Romero como “un avance dentro del sistema jurídico político y electoral en México”, el Tribunal Contencioso Electoral es un órgano administrativo autónomo (artículo 352 del Código Federal Electoral de 1987), compuesto por magistrados propuestos por los partidos políticos con representantes en la Cámara de Diputados y nombrados por el Congreso de la Unión. Su competencia está determinada en el Código, pero el alcance de sus decisiones es algo controvertido. Acosta Romero afirma que “el Tribunal Contencioso Electoral de México, no está sujeto a la jurisdicción de amparo por parte del Poder Judicial Federal, sus sentencias son definitivas e inatacables”, pero, en verdad, sus resoluciones pueden ser modificadas por los colegios electorales de cada Cámara.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, cit., p. 172.

⁴⁰⁵ Acosta Romero, Miguel, *Reflexiones sobre el Tribunal de lo Contencioso Electoral Federal de México*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989, pp. 89 y 121.

Orozco Henríquez resalta el hecho de que con la creación del Tribunal Contencioso Electoral fueron también previstos medios de impugnación de naturaleza jurisdiccional contra los resultados de elecciones. Dicho diseño, sin embargo, no era satisfactorio ante la posibilidad de modificación de las decisiones por los colegios electorales.⁴⁰⁶ De su parte, Jorge Fernández Ruiz registra que esto fue una semilla de la sustitución del tribunal político de calificación de las elecciones por un tribunal jurídico.⁴⁰⁷

Las elecciones presidenciales de 1988, regidas por el Código Federal Electoral y bajo la actuación del Tribunal Contencioso Electoral, fueron polémicas, con la famosa caída del sistema. Con el Partido Revolucionario Institucional dividido, la competición fue disputada fuertemente por el Frente Democrático Nacional, en apoyo a la corriente democrática del ex priista Cuauhtémoc Cárdenas. Los resultados oficiales, de un 50.74% a Salinas de Gortari (del Partido Revolucionario Institucional) un 31.06% al candidato del Frente Democrático Nacional y un 16.81% al Partido Acción Nacional, fueron marcados por la “caída del sistema” de cómputo de votos. Después de apuradas cerca de treinta mil casillas, cuando sumaba más votos el Frente Democrático Nacional, la divulgación de resultados, bajo la Comisión Federal Electoral, se interrumpió. Pese al fraude, en 1988, el Partido Revolucionario Institucional pierde la mayoría calificada en la Cámara de Diputados.

Con la pérdida absoluta de la credibilidad en los organismos electorales, una nueva reforma se puso en marcha. La Constitución es reformada el 6 de abril de 1990. El artículo 41 pasa a predicar que

la organización de las elecciones federales es una función estatal que se ejerce por los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la unión, con la participación de los partidos políticos nacionales y de los ciudadanos, según lo disponga la ley. Esta función se realizará a través de un organismo público dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios. La certeza, legalidad, imparcialidad, objetividad y profesionalismo serán principios rectores en el ejercicio de esta función estatal.

El mismo artículo dispone un sistema de medios de impugnación y una institución de un tribunal autónomo “que será órgano jurisdiccional en materia electoral”. Según el artículo 60 constitucional, sin embargo, siguen existiendo los colegios electorales de las Cámaras, que pueden modificar o revocar las resoluciones del tribunal electoral por el voto de dos terceras

⁴⁰⁶ Orozco Henríquez, José de Jesús, “Evolución...”, *cit.*, p. 1029-1095, en especial pp. 1056 y 1057.

⁴⁰⁷ Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, *cit.*, p. 174.

partes de sus miembros, “cuando de su revisión se deduzca que existan violaciones a las reglas en materia de admisión y valoración de pruebas y en la motivación del fallo, o cuando éste sea contrario a derecho”. El artículo termina explicitando que “las resoluciones de los Colegios Electorales serán definitivas e inatacables”.

El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales es publicado en 1990, nueva ley electoral que

...es hija legítima del 6 de julio de 1988, no en el sentido que esté diseñado para facilitar la «transición democrática» que supuestamente se inició en tal fecha, sino porque ha sido la respuesta del régimen mexicano de partido de Estado a una sociedad civil y a un sistema de partidos que estuvieron a punto de desbordarlo por vía de las urnas. El COFIPE constituye en este sentido el intento gubernamental por obstaculizar una auténtica transición democrática, para imponer la permanencia de un sistema electoral autoritario, no competitivo y controlado por el Estado.⁴⁰⁸

Las modificaciones provocadas en la reforma de 1990 alteran el modelo mexicano de administración electoral al crear el Instituto Federal Electoral. El Poder Ejecutivo deja de ser el titular de la organización de las elecciones, pasando a las manos de los consejeros que deben actuar en la garantía de los cinco principios: certeza, legalidad, imparcialidad, objetividad y profesionalismo.

En 1993, y 1994, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales es reformado, al igual que la Constitución. Hay nuevas reglas de financiamiento de los partidos políticos, se suprime la cláusula de gobernabilidad, se disminuye el número máximo de diputados de un partido (de 350 para 315), se aumenta el número de senadores, y se elimina la autocalificación de las elecciones de diputados y senadores. La competencia pasa a ser del Instituto Federal Electoral y del Tribunal Federal Electoral. Sin embargo, el artículo 74 constitucional continúa a establecer como facultad exclusiva de la Cámara de Diputados el “erigirse en Colegio Electoral para calificar la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos en la forma que determine la ley” y añade que “su resolución será definitiva e inatacable”.

Por la reforma constitucional de 1994, ganan nuevos contornos los organismos electorales. Sobre el Instituto Federal Electoral, el texto dictamina:

⁴⁰⁸ Becerra Chávez, Pablo, Javier, “El COFIPE y las elecciones federales de 1991”, *Iztapalapa*, México, vol. 2, núm. 23, pp. 49-64, (1991), p. 51.

la organización de las elecciones federales es una función estatal que se realiza a través de un organismo público autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, en cuya integración concurren los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Unión, con la participación de los partidos políticos nacionales y de los ciudadanos según lo disponga la ley. En el ejercicio de dicha función estatal, la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad serán principios rectores”. Y continúa: “el organismo público será autoridad en la materia, profesional en su desempeño y autónomo en sus decisiones; contará en su estructura con órganos de dirección, ejecutivos, técnicos y de vigilancia. El órgano superior de dirección se integrará por Consejeros y Consejeros Ciudadanos designados por los Poderes Legislativo y Ejecutivo y por representantes nombrados por los partidos políticos. Los órganos ejecutivos y técnicos dispondrán del personal calificado necesario para prestar el servicio profesional electoral. Los órganos de vigilancia se integrarán mayoritariamente por representantes de los partidos políticos nacionales. Las mesas directivas de casillas estarán integradas por ciudadanos.

Sobre el Tribunal Federal Electoral, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dicta que

se organizará en los términos que señale la ley. Para el ejercicio de su competencia contará con cuerpos de magistrados y jueces instructores, que serán independientes y responderán sólo al mandato de la ley. Los magistrados del tribunal deberán satisfacer los requisitos que establezca la ley, los cuales podrán ser menores de los que señala esta Constitución para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Serán electos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, a propuesta del presidente de la República.

Y aún:

los consejeros ciudadanos del órgano superior de dirección deberán satisfacer los requisitos que señale la ley y serán electos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, de entre los propuestos por los grupos parlamentarios en la propia Cámara. La ley señalará las reglas y el procedimiento correspondientes.

Pablo Javier Becerra Chávez subraya las reformas que se realizaron en el Código Penal (que pasó a contar con un capítulo de delitos electorales desde 1990) y al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales tras dichos cambios constitucionales. Las reformas atingieron treinta y siete artículos del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electro-

rales, en temas de los organismos electorales (con el secretario de gobernación, cuatro representantes del legislativo —dos diputados y dos senadores, uno de la mayoría y uno de la primera minoría—, y seis consejeros ciudadanos integrando el Instituto Federal Electoral) de regulación de los partidos, de aspectos del proceso electoral (como observadores y el voto en tránsito) y de nulidades y recursos.⁴⁰⁹

Las elecciones presidenciales de 1994, con la ocurrencia del asesinato de Luis Donaldo Colosio, candidato del Partido Revolucionario Institucional en marzo, determinan un resultado inédito. Por primera vez, el conteo oficial muestra el candidato victorioso sin que alcance la mayoría absoluta de los votos. El Partido Revolucionario Institucional obtiene la presidencia y el amplio dominio de la Cámara de Diputados y del Senado.

Destaca Javier Santiago Castillo que

el saldo de las elecciones de 1994 fue diametralmente distinto al de 1988, pues los candidatos y los partidos no denunciaron que las elecciones fueron fraudulentas; sin embargo, sí argumentaron que con esas condiciones y reglas jurídicoelectorales la falta de equidad hacía imposible cierta competitividad, y con esa dinámica la alternancia y la pluralidad real estaban completamente excluidas.⁴¹⁰

Nuevamente se reforma la Constitución, el 22 de agosto de 1996. Los partidos políticos cuentan con una nueva disciplina, pues el artículo 41 dispone sobre su finalidad (“promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo”) garantiza su acceso a los medios de comunicación y al financiamiento público (éste dividido un 30% por igual entre los partidos y un 70% por el porcentaje de votos para la Cámara de Diputados) y dispone sobre un tope de campañas.

El Instituto Federal Electoral deja de ser integrado por el secretario de gobernación y la Constitución determina el mandato de los consejeros. También pasa a contar con competencias de capacitación y educación cívica.

⁴⁰⁹ Becerra Chávez, Pablo Javier, “El sistema electoral mexicano: las reformas de 1994”, en Larrosa y Valdés (coord.), *Elecciones y partidos políticos en México, 1994*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, México, 1998, pp. 33-41.

⁴¹⁰ Santiago Castillo, Javier, *Conflicto político y democratización: 1987-2009*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011, p. 32.

ca, y de regulación de encuestas o sondeos de opinión con fines electorales, entre otras. Está previsto también un sistema de medios de impugnación.

Se reduce el número máximo de diputados de un partido para trescientos y se modifican las reglas para la integración del Senado. Alberto Escamilla Cadena señala que las reformas constitucionales limitaron al presidente mexicano, que

a) dejó de tener mayorías calificadas en el Poder Legislativo (esto implicó no decidir los contenidos de las reformas electorales en forma unilateral), *b)* dejó de controlar al máximo órgano electoral (lo que implicó imparcialidad en las elecciones y, por lo tanto, fue en detrimento de la hegemonía del PRI y de las facultades metaconstitucionales del presidente), *c)* quedó imposibilitado para manipular la calificación y validación de las elecciones (lo que implicó suprimir su injerencia en el desenlace de los procesos electorales), y *d)* dejó de nombrar al jefe de Gobierno del Distrito Federal (con ello dejaba de tener el control de la entidad más importante del país).⁴¹¹

Además, el Tribunal Electoral integra al Poder Judicial de la Federación y es la máxima autoridad en materia electoral (con excepción del control de constitucionalidad, de competencia de la Suprema Corte de Justicia) y queda administrado por una comisión del Consejo de la Judicatura Federal. Los magistrados electorales son elegidos por el voto de las dos terceras partes de los senadores, a partir las de propuestas de la Suprema Corte de Justicia. Existen requisitos y restricciones para los magistrados electorales.

En noviembre de 1996 entra en vigor la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, que prevé el recurso de revisión, para garantizar la legalidad de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal; el recurso de apelación, el juicio de inconformidad y el recurso de reconsideración, para garantizar la constitucionalidad y legalidad de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal; el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano; el juicio de revisión constitucional electoral, para garantizar la constitucionalidad de actos o resoluciones de las autoridades locales en los procesos electorales de las entidades federativas y el juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales entre el Instituto Federal Electoral y sus servidores (artículo 3o.).

Bajo dicha normativa se realizaron dos elecciones presidenciales. En el año 2000, por primera vez otro partido ocupa la presidencia de la República y también conquista la mayoría en la Cámara de Diputados. La

⁴¹¹ Escamilla Cadena, Alberto, "Presidencialismo y elecciones en México", *El Cotidiano*, núm. 160, pp. 49-59.

victoria de Vicente Fox y de la Alianza por el Cambio, capitaneada por el Partido Acción Nacional, fue por un 42.52% de los votos, contra un 36.10% del candidato del Partido Revolucionario Institucional y un 16.64% de la Alianza por México, en una jornada que contó con la participación de un 62.96% del padrón electoral.

Aunque el resultado fue recibido “de manera prácticamente indiscutida”,⁴¹² el presidente electo se vio involucrado en un escándalo referente al financiamiento de su campaña: los “Amigos de Fox”. El Partido Revolucionario Institucional también enfrentó denuncias relacionadas a un supuesto financiamiento irregular por Pemex. En su primer test, el nuevo sistema de control de las elecciones reveló sus límites.

Javier Santiago Castillo analiza las dos situaciones y describe las dificultades enfrentadas por una falta de definición de competencias de las autoridades electorales y por la tardanza en reconocer, en los dos casos, la financiación irregular. De los dos fallos restó, ya en 2003, penas de multas para los involucrados. Para el autor, la solución dada por el sistema para el incumplimiento de la ley no fue suficiente para hacer que los partidos respeten las normas jurídicas.⁴¹³

Sin embargo, el desafío más difícil aún estaba por venir, en 2006. En toda la historia electoral mexicana nunca hubo una diferencia de votos tan estricta entre los candidatos a la presidencia de la República. La victoria del candidato del Partido Acción Nacional por sencillos 278,831 votos, en un universo de 41,557,430 votos (que incluyeran 900,373 votos nulos) no superando el 0.6% de diferencia ha ocasionado, como afirma Sara Castellanos Cortés, un “escenario de rispidez exagerada”, “una cantidad incontable de dudas y una evidente falta de credibilidad”.⁴¹⁴

Los problemas empezaron antes de los resultados. Alberto Escamilla Cadena afirma que el presidente actuó fuertemente durante su mandato para determinar el resultado de las elecciones, convirtiéndose “en promotor activo del voto panista a través de un posicionamiento mediático difundiendo el lema «quítale el freno al cambio». También hubo ataques al principal adversario del candidato del Partido Acción Nacional por parte del presidente y se reconoció la irregular injerencia de Vicente Fox en el proceso electoral”.⁴¹⁵

Con el diminuto margen de votos, el candidato que se quedó en segundo lugar, Andrés Manuel López Obrador, impugnó los resultados, solicitando el recuento “voto por voto, casilla por casilla”. Fueron, según Jaime Cárdenas,

⁴¹² Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, cit., p. 178.

⁴¹³ Santiago Castillo, Javier, *op. cit.*, pp. 38-51.

⁴¹⁴ Castellanos Cortés, Sara I., *op. cit.*, pp. 157-170.

⁴¹⁵ Escamilla Cadena, Alberto, *op. cit.*, pp. 49-59.

240 juicios de inconformidad por la apertura de las urnas, recuento de los votos y nulidad de la elección. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, decidió ordenar la apertura de poco más del 9% de los paquetes, dejando el resultado bajo una duda fundado y con una resolución llena de inconsistencias jurídicas, y asimismo afirma que las irregularidades no fueron graves y determinantes para anular el proceso. El autor termina su análisis propugnando por una nueva y amplia reforma políticoelectoral.⁴¹⁶

Luis Antonio Corona Nakamura examina la actuación del Tribunal Electoral en las elecciones de 2006 y señala un conjunto de razones de orden procesal que impidieron que se atendieran todos los reclamos de la coalición y del partido. Lo interesante, sin embargo, es observar lo que resultaron las impugnaciones recibidas:

En la sesión del 5 de septiembre se presentó el dictamen respectivo que ofreció, primero, las cifras definitivas del resultado de la elección presidencial, que fueron la suma de los 281 (93.66 por ciento) cómputos distritales impugnados y de los 19 (6.33 por ciento) que no fueron demandados. De los 281 cómputos cuestionados en 39 (13.00 por ciento) distritos resultaron improcedentes las impugnaciones, en 43 (14.33 por ciento) se confirmaron los resultados, en 24 (8.00 por ciento) cómputos distritales se modificaron los resultados debido al recuento parcial y en 175 (58.33 por ciento) distritos hubo modificaciones producto tanto del recuento parcial como de la anulación de casillas.⁴¹⁷

La decisión de las autoridades electorales, en realidad, no cumplieron su papel de estabilizar y dar certeza a los procesos electorales. Sin una investigación amplia respecto a los hechos siempre habrá dudas sobre la validez y la legitimidad de las elecciones de 2006. El coste para la democracia, parece, es muy alto.⁴¹⁸ La respuesta fue la usual. Una nueva reforma.

La reforma constitucional y electoral llevada a cabo en 2007 y 2008 fue amplísima. Nuevamente se trata de los partidos políticos, su finalidad, financiamiento, autonomía y su acceso a los medios de comunicación. El

⁴¹⁶ Cárdenas, Jaime, “El proceso electoral de 2006 y las reformas electorales necesarias”, *Cuestiones Constitucionales*, enero-junio de 2007, pp. 43-69.

⁴¹⁷ Corona Nakamura, Luis Antonio, *La justicia electoral en el sistema electoral mexicano*, Guadalajara, Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco, 2009, p. 261.

⁴¹⁸ Afirma Ciro Murayama: “México vivió en 2006 un retroceso político tras casi dos décadas de construcción de normas e instituciones que aseguraran la confianza en el procedimiento electoral”. Murayama, Ciro. “Consolidación democrática vs. Contrarreforma desde el interés privado”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Democracia sin garantes, Las autoridades vs. La Reforma Electoral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 1-27, en especial p. 2.

tiempo en la radio y en la televisión pasa a ser administrado únicamente por el Instituto Federal Electoral y se prohíbe la contratación de tiempos. Queda prohibida la propaganda negativa y la publicidad gubernamental durante las campañas y se prevé reglamentación legal para campañas y precampañas.

La reforma empodera al Instituto Federal Electoral, extiende su competencia para de la organización de las elecciones y alcanzar los procedimientos sancionadores. La preocupación con el uso de los medios de comunicación social conlleva a una serie de restricciones y es responsabilidad del Instituto Federal Electoral la garantía de su observancia.

El nuevo Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales se publica en 2008. La ley, disciplina las nuevas decisiones constitucionales y establece, “con el fin de garantizar la veracidad de los resultados electorales”,⁴¹⁹ el recuento de votos en todas las casillas cuando la diferencia entre el primero y segundo lugar no supere a un punto porcentual, considerado en ámbito distrital.

Tras dos periodos, el Partido Revolucionario Institucional vence otra vez la elección en 2012, con un 38.2% de los votos, contra 31.7% de los votos para López Obrador. De nuevo la elección y los resultados son impugnados, por denuncias de compra de votos, rebase de tope de gastos de campañas y presunta manipulación de encuestas electorales. De nuevo vez la elección es calificada por el Tribunal Federal del Poder Judicial de la Federación, y se debate la necesidad de una reforma política.

Brasil y México son países gemelos en sus problemas y en la búsqueda de soluciones normativas. La diferencia está, por ahora, en el ámbito de los cambios. Brasil no osa cambiar sus instituciones.

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ELECTORAL

El diseño institucional actual del modelo mexicano de control de las elecciones deriva de la reforma políticoelectoral de 2007 y 2008. La actuación de sus órganos fue probada en las elecciones presidenciales de 2012 y desde luego surgieron críticas a su desempeño.

La idea en este punto es, sin embargo, describir el reglamento aplicable a los órganos, bien como reflexionar respecto a determinadas críticas. Cabe subrayar que el modelo de administración y jurisdicción electoral federal es análogo al de los Estados.

⁴¹⁹ Valdés Zurita, Leonardo, “Introducción”, *Análisis comparativo de la reforma electoral constitucional y legal 2007-2008*, México, Instituto Federal Electoral, 2008, p. 24.

El órgano responsable por la administración de las elecciones era hasta 2014 el Instituto Federal Electoral. Creado en 1990, su atribución es creciente desde entonces. Ha cambiado mucho en estas dos décadas su composición y, principalmente, la forma del nombramiento de los consejeros. Subraya Mario Melgar Adalid que, con la reforma de 1996, “se ciudadanizan completamente los órganos electorales, por lo que toca a sus integrantes con derecho a voto”.⁴²⁰ Las actividades técnicas del Instituto Federal Electoral se llevaban a cabo por un servicio profesional electoral.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos preveía, en su artículo 41, que el Instituto Federal Electoral era la autoridad en la materia de organización de las elecciones federales hasta 2014. La Constitución lo caracterizaba como órgano autónomo.

Los organismos constitucionales autónomos, señala Jorge Fernández Ruiz, son “órganos técnicos neutrales de control”, que participan en la configuración de la voluntad estatal y “no se incluyen en ninguno de los poderes u órganos tradicionales del Estado, y que en la materia de sus respectivas competencias, son la máxima autoridad”.⁴²¹

Susana Thalía Pedroza de la Llave enumera las características de un órgano autónomo: autonomía político jurídica, administrativa y financiera; personalidad jurídica y potestad normativa o reglamentaria; competencias propias y exclusivas precisamente establecidas; capacidad de auto organización y de elaboración de sus políticas, planes y programas; estar libre de influencias políticas; estatuto jurídico especial para sus titulares en contra de la presión o influencia de otros órganos o poderes fácticos, así como la previsión de incompatibilidades; sus integrantes deben ser personas con reconocido prestigio y experiencia, y el nombramiento es de mayor duración; derecho de iniciativa legislativa en su materia; estar libre de instrucciones de los poderes; presentación de informes ante el órgano parlamentario.⁴²²

Los órganos constitucionales autónomos “son órganos públicos que ejercen una función primordial del Estado, establecidos en los textos constitucionales, y por lo tanto, tienen relaciones de coordinación con los demás

⁴²⁰ Melgar Adalid, Mario, *La Justicia Electoral*, Cuadernos para la Reforma de la Justicia Electoral, núm. 6, México, UNAM, 1999, p. 18.

⁴²¹ Fernández Ruiz, Jorge, “Reestructuración del Órgano Superior de Fiscalización de las Entidades Federativas”, en Gámiz Parral, Máximo N. y García Rubí, Jorge Arturo, *Las entidades federativas en la reforma constitucional*, México, UNAM, 2005, pp. 23-44, en especial p. 38.

⁴²² Pedroza de la Llave, Susana Thalía, “Los órganos constitucionales autónomos en México”, en Serna de la Garza, José María y Caballero, Juárez, José Antonio (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, 2002, pp. 173-194, en especial pp. 179 y 180.

poderes tradicionales u órganos autónomos, sin situarse subordinadamente en algunos de ellos”, según Filiberto Valentín Ugalde Calderón.⁴²³

La idea es promover el control de las elecciones en materia administrativa de manera amplia, sin la influencia de los demás poderes. El artículo 41 constitucional establece aún los principios rectores del ejercicio de la función de la organización de las elecciones: certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad.

En la integración del instituto participaban, según el texto constitucional, el Poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos. El Consejo General, órgano superior de dirección, se integra por un consejero presidente y ocho consejeros electorales, con voz y voto, y más consejeros del Poder Legislativo representantes de los partidos políticos y un secretario ejecutivo.

En cuanto a la integración del Consejo General del Instituto Federal Electoral, la Constitución era analítica, fijando los mandatos y las formas de nombramiento adoptadas:

el consejero presidente durará en su cargo seis años y podrá ser reelecto una sola vez. Los consejeros electorales durarán en su cargo nueve años, serán renovados en forma escalonada y no podrán ser reelectos. Según sea el caso, uno y otros serán elegidos sucesivamente por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, a propuesta de los grupos parlamentarios, previa realización de una amplia consulta a la sociedad. De darse la falta absoluta del consejero presidente o de cualquiera de los consejeros electorales, el sustituto será elegido para concluir el periodo de la vacante.

El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales detalla la composición del Consejo General, afirmando que los consejeros del Poder Legislativo serán propuestos en la Cámara de Diputados por los grupos parlamentarios con la afiliación del partido en alguna de las Cámaras, siendo un consejero por cada grupo parlamentario (artículo 110.4). Y también establece los requisitos exigidos para los consejeros electorales:

- a) ser ciudadano mexicano por nacimiento, que no adquiriera otra nacionalidad, además de estar en pleno goce y ejercicio de sus derechos civiles y políticos;
- b) estar inscrito en el Registro Federal de Electores y contar con credencial para votar;
- c) tener más de treinta años de edad, el día de la designación;
- d) poseer al día de la designación, con antigüedad mínima de cinco años,

⁴²³ Ugalde Calderón, Filiberto Valentín, “Órganos constitucionales autónomos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 29, 2010, pp. 253- 264, en especial p. 255.

título profesional de nivel licenciatura y contar con los conocimientos y experiencia que les permitan el desempeño de sus funciones; e) gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito alguno, salvo que hubiese sido de carácter no intencional o imprudencial; f) Haber residido en el país durante los últimos dos años, salvo el caso de ausencia en servicio de la República por un tiempo menor de seis meses; g) No haber sido registrado como candidato a cargo alguno de elección popular en los últimos cuatro años anteriores a la designación; h) no desempeñar ni haber desempeñado cargo de dirección nacional o estatal en algún partido político en los últimos cuatro años anteriores a la designación; i) no ser secretario de Estado, ni procurador general de la República o del Distrito Federal, subsecretario u oficial mayor en la administración pública federal, jefe de gobierno del Distrito Federal, ni gobernador ni secretario de gobierno, a menos que se separe de su encargo con cuatro años de anticipación al día de su nombramiento, y j) no ser ni haber sido miembro del Servicio Profesional Electoral durante el último proceso electoral federal ordinario (artículo 112).

La Junta de Coordinación Política de la Cámara de Diputados, en febrero de 2013, publica una convocatoria para el proceso de selección de consejero electoral, en la que dispone sobre el procedimiento. Lo hace repitiendo los requisitos constitucionales y agregan otros, en el sentido de objetivarlos (como, por ejemplo, exigir artículos o libros que comprueben los “conocimientos y experiencia” en materia electoral), y también un ensayo de autoría propia sobre un tema relativo a la problemática futura del sistema electoral federal. Prevé, aún, que asociaciones, instituciones académicas, organizaciones no gubernamentales o grupo de ciudadanos puedan proponer candidatos. Tras revisar los documentos, la Comisión de Gobernación publica la lista de los aspirantes que cumplen los requisitos y permite que cualquier persona física o moral presente objeciones fundadas y motivadas. Después, realiza entrevistas con los candidatos en sesiones públicas y transmitidas por el canal del Congreso. Por fin, selecciona no más que cinco nombres para someter, con los resultados de la evaluación de los aspirantes, a la decisión del Pleno. En el caso de que ningún nombre alcance a la votación exigida, la Junta de Coordinación Política puede presentar una segunda propuesta.⁴²⁴

A partir de la lectura de las exigencias de la Constitución, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y también de la convocatoria de la Cámara de Diputados, parece que el proceso de elección de los consejeros (o al menos de dicho consejero) es democrático y permite

⁴²⁴ Documento disponible en http://www.diputados.gob.mx/documentos/consejeros_2013/convocatoria_consejero_2013.pdf.

el control ciudadano. Empero, la exigencia del consenso entre dos terceras partes de los diputados no es tan alta en un sistema partidario con pocos partidos —tres, en realidad—, con relevancia nacional. Dicha exigencia sería mucho más dramática en el escenario brasileño, con la participación de representantes de veintidós partidos en el pleno.

Según la página de la Cámara de Diputados del honorable Congreso de la Unión fueron registrados 46 aspirantes en esta convocatoria y se puede verificar su currículum y ensayo allí colgados. También es posible ver las entrevistas (aunque editadas) en el canal Pulso Legislativo en YouTube. La tardanza en la decisión, sin embargo, es notoria.

De noviembre de 2010 a diciembre de 2011, el Instituto Federal Electoral actuó con dos partes de sus consejeros, por falta de definición de los nombres por la Cámara de Diputados, ante la ausencia de consenso. Con seis votos, algunas de las decisiones terminaban empatadas. En un contexto de ardua competencia, la fragilidad de la forma de nombramiento colaboró para la tensión entre las fuerzas políticas.

Anota Jorge Fernández Ruiz que

el procedimiento de designación del consejero presidente y de los consejeros electorales —únicos miembros del Consejo General con voz y voto— vulnera la autonomía e independencia del órgano superior del Instituto Federal Electoral, por una parte, porque el consejero presidente es impuesto por la Cámara de Diputados, cuando debieran ser los nueve integrantes del Consejo General, dotados de voz y voto, quienes, de entre ellos, eligieron por mayoría al consejero presidente, y por otra, los consejeros electorales, elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, de entre las propuestas que formulen los grupos parlamentarios, previa realización de una tal vez amplia, pero posiblemente amañada, consulta a la sociedad, entran a integrar el Consejo General con un compromiso promisorio a cuestas, respecto del partido o partidos que los apoyaron para acceder al cargo.

El autor añade que el periodo de nueve años, permite la actuación de un consejero en tres procesos electorales presidenciales sucesivos.⁴²⁵

Los consejeros cuentan con un estatuto jurídico propio, con restricciones (no podrán tener otro empleo, cargo o comisión, con excepción de aquéllos en que actúen en representación del Consejo General y de los que desempeñen en asociaciones docentes, científicas, culturales, de investigación o beneficencia, no remunerados y están sujetos al régimen de responsa-

⁴²⁵ Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, cit p. 443.

bilidades de los servidores públicos) y garantías (remuneración equivalente a la percibida por los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y mandato fijo).

El funcionamiento del Consejo General, al que parece, permite la transparencia de la posición de los consejeros, pues la votación de los proyectos de resolución se da en una sesión pública y transmitida, siendo, incluso, colgada en internet. Los votos son justificados y razonados jurídicamente y, así, es posible que los ciudadanos acompañen las decisiones de cada consejero, como también del Consejo. Cualquier ciudadano puede presentar una petición en la abertura de procedimiento para la determinación de responsabilidad administrativa y la Cámara de Diputados debe resolver sobre la responsabilidad por el acuerdo de dos terceras partes de los miembros presentes. Así, los consejeros pueden ser sometidos a juicio político.

Existe un mecanismo constitucionalmente establecido para la integración de la Contraloría General, que funciona como órgano de control interno y que se sujeta a los principios de imparcialidad, legalidad, objetividad, certeza, honestidad, exhaustividad y transparencia. El titular de la Contraloría General del Instituto será designado por la Cámara de Diputados con el voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes a propuesta de instituciones públicas de educación superior, durará seis años en el cargo y podrá ser reelecto por una sola vez. Su remoción es posible, en caso de falta grave relativa a responsabilidad administrativa, con derecho de audiencia al afectado y con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados.

El artículo 389 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales detalla los requisitos específicos para el contralor general: *a)* no ser consejero electoral de cualquier de los consejos del Instituto, salvo que se haya separado del cargo tres años antes del día de la designación; *b)* gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito intencional que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero si se tratara de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza u otro que afecte la buena fama en el concepto público, ello lo inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena; *c)* contar al momento de su designación con experiencia profesional de al menos cinco años en el control, manejo o fiscalización de recursos; *d)* contar al día de su designación, con antigüedad mínima de cinco años, con título profesional, de nivel licenciatura, de contador público u otro relacionado en forma directa con las actividades de fiscalización, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello; *e)* no pertenecer o haber pertenecido en los cuatro años anteriores a su designación a

despachos de consultoría o auditoría que hubieren prestado sus servicios al Instituto o a algún partido político.

La estructura del Instituto Federal Electoral era bastante portentosa. Como órganos centrales figuran el Consejo General, ya analizado, la Junta General Ejecutiva, la Secretaría Ejecutiva, la Unidad de Fiscalización de los Recursos de los Partidos Políticos y la Contraloría General. Son seis las direcciones ejecutivas, responsables del registro federal de electores, de las prerrogativas y partidos políticos; organización electoral; servicio profesional electoral; capacitación electoral y educación cívica y administración. Aún, como unidades técnicas, existe la Coordinación de Asuntos Internacionales; la Dirección del Secretariado; la Dirección Jurídica; el Centro para el Desarrollo Democrático; la Unidad de Servicios de Informática; la Coordinación Nacional de Comunicación Social; la Unidad Técnica de Servicios de Información y Documentación y la Unidad Técnica de Planeación. Por fin, como organismos desconcentrados, forman parte del Instituto Federal Electoral, las juntas locales y distritales. Se encuentran críticas en lo que se refiere al tamaño del aparato administrativo, bien como a su elevado costo.

El rol de atribuciones del Instituto Federal Electoral era largo. El artículo 41 constitucional determinaba que “el Instituto Federal Electoral tendrá a su cargo en forma integral y directa, además de las que le determine la ley, las actividades relativas a la capacitación y educación cívica, geografía electoral, los derechos y prerrogativas de las agrupaciones y de los partidos políticos, al padrón y lista de electores, impresión de materiales electorales, preparación de la jornada electoral, los cómputos en los términos que señale la ley, declaración de validez y otorgamiento de constancias en las elecciones de diputados y senadores, cómputo de la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos en cada uno de los distritos electorales uninominales, así como la regulación de la observación electoral y de las encuestas o sondeos de opinión con fines electorales”.

De acuerdo al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales en su artículo 105, son fines del Instituto: *a)* contribuir al desarrollo de la vida democrática; *b)* preservar el fortalecimiento del régimen de partidos políticos; *c)* integrar el Registro Federal de Electores; *d)* asegurar a los ciudadanos el ejercicio de los derechos político-electorales y vigilar el cumplimiento de sus obligaciones; *e)* garantizar la celebración periódica y pacífica de las elecciones para renovar a los integrantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión; *f)* velar por la autenticidad y efectividad del sufragio; *g)* llevar a cabo la promoción del voto y coadyuvar a la difusión de la educación cívica y la cultura democrática, y *h)* fungir como autoridad única para la administración del tiempo que corresponda al Estado en radio y televi-

sión destinado a los objetivos propios del Instituto, a los de otras autoridades electorales y a garantizar el ejercicio de los derechos que la Constitución otorga a los partidos políticos en la materia.

Las tareas de promoción del voto y difusión de la educación cívica y la cultura democrática son fuertemente desarrolladas por la autoridad administrativa electoral. Además de que las publicaciones y campañas institucionales son vehiculadas para promocionar la participación ciudadana, la igualdad, la fiscalización, y lógicamente, la imagen del propio instituto.⁴²⁶ En la página del Programa de Acompañamiento Democrático del Centro para el Desarrollo Democrático⁴²⁷ se puede verificar, en una interfaz muy interesante, la línea del tiempo de las reformas electorales federales desde 1977, así, como explicaciones sobre el conteo de los votos, la validez de las elecciones, el trabajo de la autoridad administrativa electoral, el sistema electoral mexicano y las formas de participación.

Aunque se observe una probable intención buena, en las actividades de la autoridad administrativa electoral, es necesario subrayar el principio de la neutralidad de los poderes públicos, que debe nortear a las autoridades en el campo electoral. Sí es posible la actividad promocional de valores democráticos, pero sin promover una visión específica de dichos valores, so pena de ideologización de la autoridad electoral.

En la materia de su competencia, el Instituto Federal Electoral puede expedir reglamentos. La Constitución se refiere directamente a los reglamentos sobre observación electoral, encuestas y sondeos. Además, en el sitio del Instituto se pueden ver veintiuno reglamentos, uno de ellos sobre fiscalización. Dicho reglamento empieza declarando su observancia obligatoria para los partidos políticos, agrupaciones políticas, organizaciones de observadores y organizaciones de ciudadanos que pretendan obtener el registro como partido político nacional. Como en todos los casos de emanación de normas secundarias por órganos sin función legislativa, uno debe quedarse atento al alcance del poder reglamentar y su necesaria sumisión a la ley.

En este sentido, la crítica de Sara Castellanos Cortés a la actuación del Instituto Federal Electoral antes de los comicios de 2012: “en algunos reglamentos el Consejo General excedió sus facultades y traslapó aquéllas que corresponden exclusivamente al Poder Legislativo”. La autora afirma, textualmente:

⁴²⁶ El Instituto Federal Electoral cuenta con un canal en YouTube, el IFETV, <http://www.youtube.com/user/IFETV>.

⁴²⁷ <http://pac.ife.org.mx/index.html>.

Aunque los consejeros electorales sean motivados por el único interés de contribuir al desarrollo de la próxima jornada electoral, es imprescindible que se respete el ámbito de acción de cada una de las instancias de poder en México; no hacerlo así, propicia un marco de ilegalidad que no beneficia a nadie en nuestro país. El camino debe ser siempre la institucionalidad y el respeto hacia el equilibrio de poderes.⁴²⁸

El Instituto es responsable por el Registro Federal de Electores y, además por formar el padrón electoral. La credencial del Instituto es, posiblemente, el documento más confiable de identificación en México. Los elementos que la componen permiten una identificación segura del ciudadano, con candados de seguridad, como fotografía de revelado instantáneo, y con elementos verificables a simple vista y otros sólo bajo luz negra. También ésta tiene vigencia determinada y necesitan ser renovadas periódicamente.

Además, el Instituto Federal Electoral determinaba la división del territorio de la República en 300 distritos electorales uninominales y el ámbito territorial de las cinco circunscripciones electorales, algo siempre muy delicado en las democracias que adoptan el principio mayoritario, ante la posibilidad de manipulación de la autenticidad electoral relativa a la representación en las cámaras por el diseño tendencioso de los distritos, fraude conocido como *gerrymandering*.

La materia referente a la fusión, formación de frente y coalición de partidos, bien como el registro de partidos así como su pérdida de registro, también es atribución de la autoridad administrativa electoral. Según el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en su libro segundo, los partidos deben presentar una declaración de principios, su programa de acción y estatutos, y demostrar el número de afiliados exigido para su registro como partido político nacional junto al Instituto. El artículo 32 prevé, como cláusula de desempeño, la cancelación del registro del partido que no alcance el mínimo de dos por ciento de la votación en alguna de las elecciones federales ordinarias para diputados, senadores o presidentes. La autoridad administrativa electoral era responsable por el registro de las agremiaciones políticas.

El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales establece los derechos y obligaciones de los partidos políticos y el papel del Instituto Federal Electoral en la administración de las garantías y en la imposición de sanciones por la inobservancia de las obligaciones. Una de esas obligaciones es “abstenerse, en su propaganda política o electoral, de cualquier expresión

⁴²⁸ Castellanos Cortés, Sara I., *op. cit.*, pp. 157-170.

que denigre a las instituciones y a los partidos o que calumnie a las personas”. Enseguida, el Código establece que “las quejas por violaciones a este precepto serán presentadas ante la secretaría ejecutiva del Instituto”.

El control de la propaganda es, desde afuera, el punto más controvertido de las atribuciones de la autoridad administrativa electoral. Punto central de la reforma del 2007 a 2008, la comunicación electoral pasó a contar con un conjunto de restricciones y sanciones, pues “además del carácter exclusivo de «organizador de las elecciones» el Instituto ahora debe administrar y distribuir las prerrogativas en materia de radio y televisión”, convirtiéndose en un ente sancionador.⁴²⁹

Como ya fue tratado,⁴³⁰ es un modelo que causa extrañeza a quien vivió bajo un régimen dictatorial que presentaba como una de sus marcas el control de la opinión y de la manifestación. El cuidado que se debe tomar es no usar las restricciones legales —o menos aún, las restricciones derivadas de la interpretación extensiva de las autoridades electorales— para disminuir el debate político, empobreciendo el espacio de crítica política y, por ende, fortaleciendo a los gobernantes de turno.

El monitoreo de los medios de comunicación parece interesante, para demostrar la falta de equilibrio en el tratamiento mediático de los distintos candidatos. Como prestadoras de servicio público, las empresas de telecomunicación deben actuar movidas por el interés público y, por lo tanto, no pueden pender para uno de los lados contrincantes.

En este punto, sin embargo, la actual normativa parece un tanto esquizofrénica. Si con la prohibición de la compra de tiempo en los medios para los spots, la idea era baratear los costos de las elecciones y así, promocionar una competición más justa, evitando que el dinero sea el elemento determinante, con la regulación de las precampañas el dinero vuelve a su lugar de destaque en la pugna.

Otro punto que parece interesante es la disciplina —o mejor, la prohibición— de propaganda gubernamental de carácter personal, es decir, con la utilización de dinero público y el acceso a los medios de comunicación para promocionar agentes públicos o grupos políticos. El artículo 134 de la Constitución mexicana pasa a tener una redacción muy cercana al párrafo 1o. del artículo 37 de la Constitución brasileña. El texto brasileño dispone: “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social,

⁴²⁹ *Idem.*

⁴³⁰ En el capítulo 2, ítem 2.2, entre los fraudes en la formación del voto se analizan las normas sobre propaganda electoral vigentes en el sistema mexicano.

de la não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”. En el texto mexicano, tras la reforma de 2007, se encuentra:

la propaganda, bajo cualquier modalidad de comunicación social, que difundan como tales, los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno, deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

En Brasil, el texto existe desde la promulgación de la Constitución en 1988, pero hasta la fecha no hay reglamentación legal suficiente como para garantizar su aplicación plena. Lo que hay es la prohibición, por la Ley de las Elecciones, de la propaganda gubernamental durante las campañas. Así como lo hace el artículo 2.2 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (aunque sin incorporar la dúctil excepción del artículo 228, con la permisión de difusión del informe anual de labores).

Es importante resaltar, como subraya María del Carmen Alanís Figueroa, que la prohibición del artículo 134 constitucional no se resume a la materia electoral. Y ahí, existe un problema en la definición de la autoridad responsable de sancionar la conducta indebida. Afirma la autora, a partir de decisiones del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación: “una autoridad electoral [el Instituto Federal Electoral] es competente para conocer de la utilización parcial de recursos públicos y la difusión de propaganda gubernamental que promueva la imagen de un funcionario público, cuando estos actos afecten la equidad en la competencia entre los partidos políticos en el ámbito que le corresponda”.⁴³¹ Eso, sin embargo, no parece ser tan fácilmente identificable.

Aún en términos de propaganda, o de difusión de los programas de los partidos, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales reconocía al Instituto Federal Electoral, la facultad de organizar dos debates entre los candidatos a un presidente de la República, que pueden ser transmitidos en vivo por los medios de comunicación (artículo 70). El Código también dispone sobre el tiempo de cada partido, cuya responsabilidad por la distribución es de la autoridad administrativa electoral.

⁴³¹ Alanís Figueroa, María del Carmen, “Retos en la distribución de competencias respecto a las infracciones a los artículos 41 y 134 constitucionales”, *Revista Justicia Electoral*, vol. 1, núm. 7, 2011, pp. 15-40, en especial pp. 19-25.

El Instituto también es responsable de la distribución del financiamiento público. Como en el sistema brasileño, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé aportes públicos para el financiamiento de los partidos, ante su importancia en la democracia. El artículo 41 constitucional establece la garantía a los partidos políticos, de manera equitativa, de elementos para llevar a cabo sus actividades, de modo que los recursos públicos prevalezcan sobre privados, tanto de sus actividades ordinarias permanentes como en los procesos electorales. La Constitución describe pormenorizadamente la cuantía de los aportes públicos, su división en los distintos procesos electorales, la aplicación de los aportes y, aún, se refiere a la fijación por ley de los límites a las erogaciones en la selección de candidatos y en las campañas, bien como de las aportaciones de los simpatizantes.

El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales trata del tema a partir del artículo 77, y dispone que los partidos políticos serán financiados preferentemente por recursos público pero también por los militantes, simpatizantes, por actividades promocionales y propaganda utilitaria (autofinanciamiento) y por rendimientos financieros de sus inversiones. Son prohibidas las aportaciones o donativos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la federación y de los estados, y los ayuntamientos, salvo los establecidos en la ley; las dependencias, entidades u organismos de la administración pública federal, estatal o municipal, centralizada o paraestatal, y los órganos de gobierno del Distrito Federal; los partidos políticos, personas físicas o morales extranjeras; los organismos internacionales de cualquier naturaleza; los ministros de culto, asociaciones, iglesias o agrupaciones de cualquier religión; las personas que vivan o trabajen en el extranjero; y las empresas mexicanas de carácter mercantil.

La autoridad administrativa electoral, por el órgano técnico de fiscalización de los partidos políticos, es el responsable de la distribución de los recursos y la vigilancia de su destinación. Existe un conjunto de reglas para las aportaciones privadas, con límites de donaciones —que deben ser siempre identificadas— para personas físicas y morales (con excepción de las empresas mercantiles, que no pueden realizar donaciones) y también para el total de aportes, a partir del tope fijado para la campaña presidencial.

El Consejo General del Instituto determina, por fuerza de la autorización de los artículos 118.1.m y 214 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, el tope máximo de gastos de campaña y precampaña de las elecciones federales por acuerdos.⁴³² El Código prevé que cabe la sanción de cancelación de registro o pérdida de candidatura del pre-

⁴³² Como los acuerdos referentes a las elecciones de 2012, para precampañas <http://www.ife.org.mx/docs/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2011/diciembre/CGex201112->

candidato que rebase el tope de gastos de precampaña, determinado por el Consejo General del Instituto. En caso de rebase del tope en las campañas, por otro lado, se multa al partido con un tanto igual al del monto ejercido en exceso o, en caso de reincidencia, hasta el doble (artículo 354. I.a. II del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales). No existe sanción prevista para el candidato, tampoco la posibilidad directa de pérdida del registro o de la candidatura.

Karolina Monika Gilas anota que algunas leyes de las entidades federativas disponen la nulidad de la elección en caso de rebase del tope de gastos y que, incluso en caso de no previsión, la previsión de una causal genérica puede llevar a la nulidad por el exceso de gastos, o aún en la hipótesis de nulidad por violación a los principios constitucionales.⁴³³

Determinar la nulidad de la elección sería atribución de la justicia electoral, por lo que se tratará del tema en el próximo ítem. En el ámbito de la autoridad administrativa electoral, empero, parece haber una distinción desrazonable entre el tratamiento dado al aspirante y al candidato, ya que es más perjudicial —según la normativa— rebasar el tope en la precampaña que en la campaña, lo que representa una lógica invertida: se protege la equidad en la disputa interna de los partidos políticos, pero eso no se repite, con igual énfasis, en la competición externa.

Además, hay que resaltar que los partidos deben enviar los informes con los gastos de campaña dentro de los sesenta días siguientes al de la jornada electoral (artículo 83. I.d. I del código). El procedimiento en materia de quejas sobre financiamiento y gasto de los partidos está descrito en el capítulo quinto, del título primero, del libro séptimo del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales. Las quejas recibidas por la Secretaría del Consejo General serán enviadas a la Unidad de Fiscalización y deben aportar elementos de prueba o indicio de los hechos narrados. En un plazo no mayor a sesenta días naturales, contados de la recepción de la queja o denuncia, la Unidad de Fiscalización debe presentar al Consejo General el proyecto de resolución. Sin embargo, el artículo 58 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral establece que “los juicios de inconformidad de las elecciones de diputados y senadores deberán quedar resueltos el día 3 de agosto y los relativos a la elección de presidente de los Estados Unidos Mexicanos a más tardar el 31 de agosto, ambas

16/CGe161211ap4.pdf y campañas <http://www.ife.org.mx/docs/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2011/diciembre/CGex201112-16/CGe161211ap2.pdf>

⁴³³ Gilas, Karolina Monika, *Rebase de topes de gastos de campaña y su efecto para la calificación de la elección*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Centro de Capacitación Judicial Electoral, Líneas jurisprudenciales, p. 4.

fechas del año de la elección”. Así, es probable que el tribunal tenga que declarar la validez de la elección antes de la resolución de la autoridad administrativa electoral que reconozca el rebase del tope de gastos de campaña.

De este modo, el eventual reconocimiento de rebase del tope, y por lo tanto, de ofensa a las reglas de la competición, a los principios constitucionales de equidad y autenticidad electoral, se queda en la trampa del tiempo, se dará después de declarada la validez de la elección y así no producirá más que efectos financieros. El sistema así pensado provoca una pérdida de confianza en las autoridades electores ante la percepción de la inocuidad de su desempeño.

Merece la pena exponer un poco sobre las encuestas electorales. Instrumento electoral polémico, de objetividad cuestionable, fue uno de los elementos de la controversia en las elecciones presidenciales de 2012. El Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales impone a quien difunda y encueste la entrega de su estudio al secretario ejecutivo de la autoridad administrativa electoral y prevé también un periodo de reflexión, prohibiendo la divulgación de resultados de encuestas o sondeos durante los tres días previos a la elección y durante la jornada electoral. Además, aún en el artículo 237, prevé que “las personas físicas o morales que pretendan llevar a cabo encuestas por muestreo para dar a conocer las preferencias electorales de los ciudadanos o las tendencias de las votaciones, adoptarán los criterios generales de carácter científico, que para tal efecto emita el Consejo General, previa consulta con los profesionales del ramo o las organizaciones en que se agrupen”.

Por fin, la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, establece la competencia de la autoridad administrativa electoral para conocer y resolver el recurso de revisión. Dicho recurso busca garantizar la legalidad de los actos y de las resoluciones electorales del secretario ejecutivo y de los órganos colegiados de la autoridad administrativa electoral a nivel distrital y local, cuando no sean de vigilancia, y puede ser interpuesto por los partidos políticos (artículos 3o., 34 y siguientes).

Jorge Fernández Ruiz analiza lo que denomina “justicia electoral en sede administrativa” y conceptúa el recurso electoral en sede administrativa como “un mecanismo legal a disposición de un gobernado, afectado en sus derechos o intereses por un determinado acto electoral en sentido estricto, para obtener generalmente del superior jerárquico de la misma autoridad electoral una revisión del propio acto, a efecto de que lo modifique, anule o revoque”. El autor indica las siguientes características del recurso electoral de revisión:

Se trata de un recurso administrativo, toda vez que no se ventila en sede jurisdiccional, sino administrativa; ordinario, porque, salvo disposición expresa en contrario, se puede intentar cualquier acto o resolución del secretario ejecutivo y de los órganos desconcentrados del Instituto Federal Electoral, con excepción de los de vigilancia; formal, pues debe presentarse por escrito; jerárquico, porque su trámite y resolución corresponde, salvo excepción, al superior jerárquico del órgano responsable; condicionante, habida cuenta que para impugnar el acto reclamado en sede jurisdiccional es condición *sine qua non* haberlo agotado; intermedio, en razón de que su resolución puede impugnarse en sede jurisdiccional.⁴³⁴

El coste del aparato de la autoridad administrativa electoral y su actuación, según parte de la opinión pública, es insuficiente para garantizar la autenticidad de las elecciones y la equidad entre los contendientes en la competición electoral, conllevan a discusiones respecto a su organización y funcionamiento, no obstante del papel de la autoridad administrativa electoral, aparentemente reconocido por todos, en la consolidación de la democracia en las últimas décadas de la historia de México, y el gaño con relación a los modelos anteriormente adoptados.

Eduardo Huchim May analiza el desempeño del Instituto Federal Electoral en las elecciones y aduce que el instituto “resuelve generalmente bien la parte técnica de sus funciones” pero “no ha resuelto y ni resuelve igualmente bien la parte política”, “siendo un buen director técnico, el IFE es un árbitro con claros oscuras, con deficiencias y con comportamientos que, en los asuntos más importantes, a veces se alejan de la imparcialidad”.⁴³⁵

Por ende, nuevamente se discute la reforma de la administración electoral. Luis Ponce de León Armenta afirma la necesidad de

lograr el tránsito del control partidista de las elecciones al control ciudadano, mediante una reestructuración del INE, cuyos consejeros sean designados por el procedimiento de insaculación calificada, para lograr que este organismo público adquiriera el carácter de poder del Estado con amplias facultades para organizar las elecciones, las revocaciones y renovaciones del mandato popular, los apoyos en especie a los partidos políticos y la disciplina de los mismos.

⁴³⁴ Fernández Ruiz, Jorge, *Tratado...*, *cit.*, pp. 488 y 218.

⁴³⁵ Huchim May, Eduardo M., “Cinco desafíos del IFE y una discutible resolución”, en Ackerman, John M. (coord.), *Elecciones 2012: en busca de equidad y legalidad*, México, UNAM, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2011, pp. 215-223, en especial pp. 215 y 216.

Para el autor, “en su integración deben estar representados todos los sectores de la Sociedad”.⁴³⁶

El Partido Acción Nacional, por su senadora Gabriela Cuevas Baron, presentó una iniciativa con proyecto de decreto para modificar diversos puntos de la legislación electoral. Y, en lo que se refiere a la autoridad administrativa electoral, la idea es obligar a los consejeros electorales a exponer públicamente los argumentos por los que emiten sus votos. Además, la propuesta, atenta al hecho de que las investigaciones sobre el origen y destino de los recursos electorales siguen en la autoridad administrativa electoral; después de la calificación de las elecciones, prevé la presentación de dos informes preliminares durante la campaña y el informe final en los treinta días siguientes al de la jornada electoral, y reduce el tiempo que tiene la Unidad de Fiscalización para revisar los informes.⁴³⁷

III. LA JUSTICIA ELECTORAL

Al contrario de Brasil, México tardó para incorporar al Poder Judicial en los procesos electorales. Por mucho tiempo, la regla era de la autocalificación de las elecciones por las Cámaras y la administración electoral estaba concentrada en las manos del Poder Ejecutivo.

La posibilidad fue discutida en un debate políticojurídico entre José María Iglesias e Ignacio Luis Vallarta, en el siglo XIX, sobre la calificación de las elecciones. Iglesias, titular de la Suprema Corte, en juicio de amparo, analiza la legitimidad de la elección del estado de Morelos. Sostiene su posición, reafirmando su postura de que para tratar de la incompetencia de origen, la labor de Poder Judicial por veces implicaba “hacer consideraciones en torno al origen de las autoridades estatales”.⁴³⁸

Iglesias afirma, textualmente: “competencia y legitimidad son ciertamente dos cosas diversas; pero tan íntimamente ligadas entre sí, que la primera nunca puede existir sin la segunda”. Y sigue:

cuando se trata de una autoridad ó funcionario que son legítimos, viene despues en órden secundario la cuestión de sí son o no competentes para deter-

⁴³⁶ Ponce de León Armenta, Luis, “Propuesta de una cuarta generación de reformas electorales”, *Sufragio*, núm. 1., 2008, pp. 51-61, en especial p. 52.

⁴³⁷ http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2013/05/asun_2981655_20130508_1368029639.pdf

⁴³⁸ Moctezuma Barragán, Javier, *José María Iglesias y la justicia electoral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 34.

minados negocios. Cuando, por el contrario, se trata de funcionarios o autoridades a quienes falta la legitimidad, jamás puede considerárseles competentes para ningún asunto de los que se refieren al cargo que ejerzan ó pretendan ejercer sin título legítimo.⁴³⁹

Como respuesta, el Poder Legislativo aprueba una ley el 18 de mayo de 1875, en la que se prohíbe la justicia federal de juzgar las declaraciones de los colegios electorales. La Suprema Corte la declara inconstitucional y sigue verificando la legitimidad de los títulos de las autoridades.

Iglesias afirma la imposibilidad de reelección de Lerdo de Tejada, presidente interino tras la muerte de Benito Juárez. Sin embargo, el Congreso declara reelecto al presidente en octubre de 1876. Iglesias protesta, como presidente de la Suprema Corte; lo siguiente “declaro que Lerdo de Tejada había roto sus títulos legales y que no podía ser reconocido como presidente constitucional de la República; por tanto, *motu proprio*, sin petición de parte y sin juicio alguno, el ministro José María Iglesias declaró nula la elección, aduciendo categóricamente: «Sobre la Constitución, nada. Sobre la Constitución, nadie»”.⁴⁴⁰ Y abandona la toga.

Ignacio Luis Vallarta, diputado constituyente en 1856 a 1857, y canciller de Díaz, asume la presidencia de la Suprema Corte en 1878 y se ocupa de la reducción de la amplitud judicial que asumió el juicio de amparo, abusiva según su visión, pues alcanzaba incluso a la política y a las leyes electorales. Desarrolló su tesis de la incompetencia de origen para apartar del Poder Judicial la resolución de las cuestiones de legitimidad, ante la ofensa del principio de división de poderes: “el máximo tribunal solamente debía revisar si los actos de la «autoridad competente» eran acordes con la Constitución y las leyes, pero jamás examinar las elecciones y los requisitos de legitimidad de las mismas”.⁴⁴¹

Ignacio Vallarta niega el término “gobierno de hecho” a las autoridades cuya elección fue declarada legítima por el Congreso. Reconoce que “cierto es que todo mexicano tiene el derecho de no ser gobernado sino por auto-

⁴³⁹ Iglesias, José María, *Estudio constitucional sobre facultades de la Corte de Justicia*, México, Imprenta de Díaz de León y White, 1874, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/928/14.pdf>.

⁴⁴⁰ Galván Rivera, Flavio, “Derechos políticos del ciudadano. Amparo y desamparo del juicio de amparo”, en González Oropeza y Ferrer MacGregor (comp.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 473-501, en especial p. 478.

⁴⁴¹ Fernández Delgado, Miguel Ángel, *Ignacio L. Vallarta, juriconsulto de la República*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2012, edición digital, p. 117, <http://www.inehrm.gob.mx/cdigital/libros/liberalismo/vayarta.pdf>.

ridades legítimas; pero ese derecho no puede hacerse efectivo en el amparo, sino en la vía y forma determinadas en las leyes”: ante el colegio electoral.⁴⁴²

La tesis vencedora fue la de Ignacio Vallarta y el modelo de autocalificación de las elecciones se fija en el sistema mexicano. La Constitución de 1917 lo mantiene, y por varios años el sistema queda incólume.

Finalmente, después de un primer intento de un Tribunal Contencioso Electoral, que, con poco éxito, duró de 1986 a 1990, se crea el Tribunal Federal Electoral, órgano jurisdiccional. Su diseño actual, junto al Poder Judicial de la Federación, fue establecido con la reforma de 1996. Como anota Jesús Orozco Henríquez, dicha reforma contó con el consenso de todas las fuerzas políticas con representación en la cámara legislativa, y establece “un sistema de justicia electoral plenamente judicial”.⁴⁴³

Una definición posible de justicia electoral es la que dice Álvaro Arreola Ayala:

...una función del Estado a través de la cual se dirimen y solucionan conflictos surgidos con anterioridad, durante o posteriormente a las elecciones, con relación a la renovación de los integrantes de los poderes públicos, como son los poderes legislativo y ejecutivo federal y locales. La justicia electoral es el referente para la protección de los derechos políticos de los ciudadanos y de los partidos políticos. Es también el apego de los actos de autoridad en materia electoral con las disposiciones constitucionales y legales.⁴⁴⁴

En el Diccionario Electoral, así la define Jesús Orozco Henríquez: “por «justicia electoral», en sentido técnico o estricto, cabe entender los diversos medios jurídicotécnicos de impugnación o control (juicios, recursos o reclamaciones) de los actos y procedimientos electorales, ya sea que se substancien ante un órgano de naturaleza administrativa, jurisdiccional y/o política, para garantizar la regularidad de las elecciones y que las mismas se ajusten a derecho, esto es, a los principios de constitucionalidad y/o legalidad, resolviendo los diversos conflictos o controversias electorales y corrigiendo eventuales errores o infracciones a la normativa correspondiente”. Y sigue:

la finalidad esencial de los sistemas de justicia electoral ha sido la protección auténtica o tutela eficaz del derecho a elegir o ser elegido para desempe-

⁴⁴² Vallarta, Ignacio L., *Cuestiones Constitucionales. Votos*, México, Imprenta y Litografía de Ireneo Paz, 1896, t. III, pp. 162-163.

⁴⁴³ Orozco Henríquez, José de Jesús, “La función garantista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”, *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, año 2003, núm. 18, pp. 45-63.

⁴⁴⁴ Arreola Ayala, Álvaro, *op. cit.*, p. 16.

ñar un cargo público, mediante un conjunto de garantías a los participantes (partidos políticos e incluso, funcionarios electorales, así como, según el caso en los distintos regímenes electorales, ciudadanos y candidatos) a efecto de impedir que pueda violarse la voluntad popular, contribuyendo a asegurar la constitucionalidad y/o legalidad, certeza, objetividad, imparcialidad, autenticidad, transparencia y, en general, justicia de los comicios.⁴⁴⁵

Cabe resaltar, aún, la visión más amplia de Mario Melgar Adalid: “la justicia electoral es la aspiración al cumplimiento de las normas que se refieren a los procedimientos, actos jurídicos y materiales que llevan a la elección de los gobernantes”.⁴⁴⁶ Y, más, con Salvador Nava Gomar, respecto de su papel en la democracia: “la justicia electoral contribuye a la democracia constitucional al menos de dos maneras: propiciando y auspiciando la deliberación constitucional en la resolución de los asuntos sometidos a su conocimiento, y definiendo el alcance normativo del propio principio democrático en su relación con otros derechos y en las restricciones que el mismo establece”.⁴⁴⁷

Tratando desde un punto de vista constitucional, José de Jesús Covarrubias Dueñas presenta como funciones de la justicia electoral las siguientes:

...garantizar la constitucionalidad y la legalidad de los actos y resoluciones electorales; en la transmisión del poder, en las elecciones de los poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión y de los Entes Federados, así como los Municipales en ejercicio de los Derechos Políticos Electorales de los Ciudadanos, en el control de la constitucionalidad de las leyes electorales; en la definitividad e inatacabilidad de los actos consentidos durante el proceso electoral y todo ello en la expedición de una justicia a través del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el cual está expedito para administrar justicia de manera gratuita en los plazos y términos que fija la ley tendiendo a que sea completa e imparcial.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ Orozco Henríquez, J. Jesús., “Justicia Electoral”, *Diccionario Electoral*, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/justicia%20electoral.htm.

⁴⁴⁶ Melgar Adalid, Mario, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁴⁷ Nava Gomar, Salvador O., “Democracia constitucional: el papel de la justicia electoral y el derecho de asociación política”, *Cuestiones Constitucionales*, enero-junio de 2009, pp. 305-314, en especial p. 309.

⁴⁴⁸ Covarrubias Dueñas, José de Jesús, *Derecho constitucional electoral*, México, Porrúa, 2000, p. 234. En las páginas 252 a 271 el autor se dedica a la descripción de los tribunales electorales estatales.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ubica el Tribunal Electoral en el capítulo del Poder Judicial y trata de su composición y atribuciones en el artículo 99. El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es la máxima autoridad en la materia electoral (con excepción del control de constitucionalidad) y funciona como órgano especializado.

La Sala Superior del tribunal se integra por siete magistrados, su presidente es elegido por la Sala Superior entre sus miembros, por un período de cuatro años. Los magistrados, por su turno, son elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores, a propuesta de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación, duran nueve años en sus cargos y su elección se da de forma escalonada.

Se exigen de dichos magistrados los mismos requisitos que para ser electo ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: ser ciudadano mexicano por nacimiento, en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles; tener cuando menos treinta y cinco años cumplidos el día de la designación; poseer, al día de la designación, con antigüedad mínima de diez años, título profesional de licenciado en derecho, expedido por autoridad o institución legalmente facultada para ello; gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito que amerite pena corporal de más de un año de prisión; pero sin tratarse de robo, fraude, falsificación, abuso de confianza y otro que lastime seriamente la buena fama en el concepto público, inhabilitará para el cargo, cualquiera que haya sido la pena; haber residido en el país durante los dos años anteriores al día de la designación; no haber sido secretario de Estado, procurador general de la República o de justicia del Distrito Federal, senador, diputado federal ni gobernador de algún estado o jefe del Distrito Federal, durante el año previo al día de su nombramiento (artículos 95 y 99 constitucionales).

Y más: contar con credencial para votar con fotografía; acreditar conocimientos en derecho electoral; no desempeñar ni haber desempeñado el cargo de presidente del Comité Ejecutivo Nacional o equivalente de un partido político; no haber sido registrado como candidato a cargo alguno de elección popular en los últimos seis años inmediatos anteriores a la designación, y no desempeñar ni haber desempeñado cargo de dirección nacional, estatal, distrital o municipal en algún partido político en los seis años inmediatos anteriores a la designación (conforme el artículo 215 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación selecciona los nombres a partir de un procedimiento de presentación de interesados, con verificación del cumplimiento de los requisitos y luego por elección de los nombres. Las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos de la Cámara de

Senadores verifican los requisitos de elegibilidad de los indicados y plantean cuestionamientos a los candidatos. Los nombres son presentados al pleno del Senado que decidirá por voto de las dos terceras partes de sus miembros presentes.

Además de la Sala Superior, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación cuenta con cinco salas regionales, con tres magistrados electorales cada. Dichos magistrados duran en su encargo nueve años y son elegidos por la misma fórmula de los magistrados de la Sala Superior.

El problema de la ausencia de un (o más) de los miembros, que se presenta reiteradamente en la autoridad administrativa electoral, no se repite en el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pues la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece, en su artículo 187, que: “en caso de vacante definitiva se nombrará a un nuevo magistrado quien durará en su cargo por el tiempo restante al del nombramiento original. En este caso, mientras se hace la elección respectiva, la ausencia será suplida por el magistrado de Sala Regional con mayor antigüedad, o, en su caso, de mayor edad, si existen asuntos de urgente atención”.

El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación reúne las competencias jurisdiccionales en la calificación de las elecciones. El artículo 99 constitucional establece que “al Tribunal Electoral le corresponde resolver en forma definitiva e inatacable” las impugnaciones en las elecciones federales de diputados y senadores, impugnaciones la elección de presidente de la República (resueltas en única instancia por la Sala Superior), impugnaciones de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal que violen normas constitucionales o legales; impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos políctoelectorales de los ciudadanos para votar y ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país (aunque 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 agotar previamente las instancias de solución de conflictos previstas en sus ternas), los conflictos o diferencias laborales entre el tribunal y sus servidores, los conflictos o diferencias laborales entre la autoridad administrativa electoral y sus servidores; y la determinación e imposición de sanciones por parte de ésta a partidos o agrupaciones políticas, personas físicas o morales, nacionales o extranjeras.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en el artículo 186, prevé aún que el tribunal es competente para fijar jurisprudencia y para desarrollar directamente o por conducto del Centro de Capacitación Judicial Electoral, tareas de formación, investigación, capacitación y difusión en la materia. Enrique Sánchez Bringas, en lo que se refiere a la primera

atribución, menciona a las facultades materialmente legislativas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que se concretan por la actividad de “fijar criterios de jurisprudencia que son obligatorios para las autoridades electorales”.⁴⁴⁹

Ante la competencia amplia de la justicia electoral brasileña, cabe destacar que no es atribución de la justicia electoral mexicana la sanción de los delitos electorales. Para la investigación y persecución de los delitos electorales es competente la Fiscalía Especializada para la Atención de los Delitos Electorales, órgano especializado de la procuraduría general de la República, y cuyo titular es nombrado por el presidente de la República a propuesta del procurador general de la República. Los delitos electorales están previstos en el Código Penal Federal a partir del artículo 403. La Fiscalía también es responsable por la aplicación de sanciones.

Para Héctor Díaz-Santana,

el principal problema de la Fepade es su falta de posicionamiento en el ámbito ciudadano. Los votantes desconocen la existencia de una fiscalía que tiene como fin, prevenir y sancionar conductas constitutivas de delitos electorales. En este orden de ideas, aunque de menor intensidad, un reducido sector de ciudadanos está informado acerca de que ciertos actos que manipulan el voto tienen una sanción de carácter criminal, por lo que también hablamos de un desconocimiento de la ley penal. Es importante destacar que a diferencia de la Fepade, el Ife ha logrado consolidar una posición importante como institución que garantiza la democracia electoral de acuerdo con parámetros de equidad, libertad, legalidad y legitimidad. Por su parte, el Tepjif también ha logrado proyectarse dentro de su ámbito de acción y ejercicio.⁴⁵⁰

En la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral prevé que corresponde al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación conocer y resolver el recurso de apelación, el juicio de inconformidad y el recurso de reconsideración, para garantizar la constitucionalidad y legalidad de actos y resoluciones de la autoridad electoral federal; el juicio para la protección de los derechos políticoelectorales del ciudadano; el juicio de revisión constitucional electoral para garantizar la constitucionalidad de actos o resoluciones definitivas y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios

⁴⁴⁹ Sánchez Bringas, Enrique, *Derecho constitucional*, México, Porrúa, 1997, p. 516.

⁴⁵⁰ Díaz-Santana, Héctor, “El ejercicio de las instituciones electorales en la manipulación del voto en México”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, núm. 20, junio del 2002, pp. 101-129, en especial p. 122.

o resolver las controversias que surjan durante los mismos; y el juicio para dirimir los conflictos o diferencias laborales entre el Instituto Federal Electoral y sus servidores (artículo 3o.).

Existe un debate sobre el control de constitucionalidad por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. María Macarita Elizondo Gasperín destaca la pretensión del Tribunal Electoral sobre la facultad de control abstracto de las leyes electorales, y resalta el peligro de un poder electoral sin contrapesos institucionales.⁴⁵¹

Luis Ragosa critica la ampliación de la competencia del Tribunal Electoral por construcción jurisprudencial, para alcanzar temas de derecho parlamentario. Analiza la decisión sobre el derecho al ejercicio del mandato parlamentario (Jurisprudencia 12/2009), cuando se determina que

la *Sala Superior* del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, es el órgano competente para conocer y resolver las controversias que se susciten respecto de la supuesta conculcación del derecho de ser votado en su vertiente de acceso y ejercicio del cargo de los diputados, porque como máxima autoridad jurisdiccional electoral tiene competencia originaria y residual para resolver todas las controversias en la materia.

Para Rogosa, la resolución es carente de fundamentos del derecho parlamentario: “en realidad sería necesario abordar una teoría sobre el estatuto de los legisladores y sus límites, en su caso, frente al derecho político electoral del ciudadano”.⁴⁵² Manuel González Oropeza defiende, por su turno, que dicha postura del Tribunal Electoral protege los derechos fundamentales y, además, promueve la forma republicana de gobierno.⁴⁵³

Orozco Henríquez defiende la actuación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y afirman que el tribunal no sustituye la voluntad ciudadana, pues

el Tribunal Electoral es respetuoso de la voluntad popular expresada en las urnas; en segundo lugar, en principio, es deferente del legislador democrático (digo «en principio» porque, por ejemplo, el legislador, así sea democrático, no podría violar el contenido esencial de los derechos fundamentales) y, en

⁴⁵¹ Elizondo Gasperin, María Macarita, “*Dueling banjos* entre la Suprema Corte y el Tribunal Electoral”, *Justicia Electoral*, cuarta época, vol. 1, núm. 6, 2010, pp. 87-113.

⁴⁵² Raigosa, Luis, “Consideraciones sobre la «actitud jurisdiccional» del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ante cuestiones ubicadas en el límite entre el derecho electoral y el derecho parlamentario”, *Revista Justicia Electoral*, 2010, vol. 1, núm. 6, pp. 267-338.

⁴⁵³ González Oropeza, Manuel, “El Tribunal Electoral y la forma republicana de gobierno”, *Revista Justicia Electoral*, cuarta época, vol. 1, núm. 7, 2011, pp. 63-86.

tercer lugar, existen en mi concepto, ciertas determinaciones de los órganos partidarios que, en principio, pertenecen a un ámbito decisorio propio derivado de la libertad auto-organizativa de los partidos políticos.⁴⁵⁴

Un punto interesante de la labor del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación es su actuación en la garantía de la autenticidad de las elecciones por ofensa a los principios constitucionales, o la declaración de nulidad de elección por causa abstracta. Como afirma Corona Nakamura, es muy drástico declarar nula una elección sin la existencia de una determinación legal precisa,⁴⁵⁵ pero, al mismo tiempo, se debe resaltar que es imperativo considerar que la definición de que sea suficiente para que sea configurada la nulidad también establece, como la otra cara de la moneda, el nivel de violaciones de las reglas que es admisible en un sistema.

Manuel González Oropeza asienta que la reforma constitucional de 2007, pese a su intento de reducir la anulación de la elección a hipótesis legales taxativas, no impide que los juzgadores actúen en defensa de la Constitución, y así sigan en “aplicar principios constitucionales como parámetros para calificar a las elecciones de constitucionales y democráticas y, en su caso, anular aquéllas que violen esos principios constitucionales”.⁴⁵⁶

Existe una iniciativa, como proyecto de decreto de la senadora Gabriela Cuevas Baron, del Partido Acción Nacional, para modificar diversos puntos de la legislación electoral, y propone incluir el rebase del tope de gastos de campaña como causal de nulidad de la elección, con la inhabilitación de los partidos y candidatos infractores para la elección extraordinaria y la tipificación en el Código Penal Federal, del rebase de tope como delito.⁴⁵⁷

Por ende, cabe señalar que, sí la autoridad administrativa electoral actúa con absoluta publicidad en sus decisiones, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación parece todavía más valiente, al poner bajo el análisis riguroso de académicos nacionales y extranjeros sus decisiones, en seminarios internacionales del Observatorio Judicial Electoral, y no sólo enfrenta las duras críticas a sus resoluciones que dan publicidad a dichos estudios.

⁴⁵⁴ Orozco Henríquez, José de Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa-UNAM, 2006, p. 333.

⁴⁵⁵ Corona Nakamura, Luis Antonio, *op. cit.*, pp. 293 y 294.

⁴⁵⁶ González Oropeza, Manuel, “Desempeño y retos del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”, en Ackerman, John M. (coord.), *Elecciones 2012: en busca de equidad y legalidad*, México, UNAM-Instituto Belisario Domínguez-Senado de la República, 2011, pp. 173-193, en especial p. 179.

⁴⁵⁷ http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2013/05/asun_2981655_20130508_1368029639.pdf.

CAPÍTULO CUARTO

EL MODELO BRASILEÑO DE GARANTÍA DE AUTENTICIDAD DE LAS ELECCIONES

En Brasil, el control de las elecciones es realizado desde 1932 por una rama especializada del Poder Judicial. La opción por una jurisdicción especializada, con competencias contenciosas, administrativas y regulatorias, es impar, así como el grado de confiabilidad de la institución.

Encuestas contratadas junto al Instituto Nexus por el Tribunal Superior Electoral tras las elecciones de 2006 indican un grado de confianza del 62.4% (“confía totalmente” sumado a “confía en parte” disminuido de “no confía”). Es el más alto índice entre las instituciones indicadas. El Poder Judicial alcanzó 51.9%, el gobierno federal 48.7%, el Senado federal 26.3% y la Cámara de Diputados 18.4%. En dicha encuesta, la primera idea asociada a la justicia electoral fue la organización de las elecciones y de los electores (20,8%) y la fiscalización de las elecciones fue puntuada como su principal función (13.5%).

La urna electrónica cuenta con la aprobación de 97.7% de los ciudadanos (2006). Sobre el nivel de confianza en los resultados de las elecciones, 53.5% confía totalmente, 34.5% confía en parte, 10.8% desconfía y 1.2% no contestó.

En la semana siguiente a las elecciones de 2010, el Instituto Sensus repitió la encuesta, a pedido del Tribunal Superior Electoral. La urna electrónica mantuvo un alto índice de aprobación, 94.4%. Los datos no son presentados de la misma forma, pero, aplicando la misma lógica (“confía totalmente” sumado a “confía en parte” disminuido de “no confía”), la justicia electoral aparece con 43% de confiabilidad, el Poder Judicial 27.1%, el gobierno federal 20.9%, el Senado federal -2.4% y la Cámara de Diputados -16%. Ahora la primera idea asociada a la justicia electoral fue la fiscalización de las elecciones (22.4%) y su principal función es esclarecer y concientizar la ciudadanía de la importancia del voto (13.2%).

Lo interesante es notar que ambas encuestas fueron realizadas muy cerca de las elecciones, de la casi instantánea divulgación de los resultados elec-

torales. Pueden ser interpretados, así, como reflejos de las impresiones de la eficiencia administrativa de la justicia electoral, sin darse cuenta, sin embargo, de la percepción de la ciudadanía de las decisiones electorales, que alternan intendentemente en los gobiernos municipales, o que anulan elecciones.

Otro factor que merece la pena resaltar es el costo de la justicia electoral en Brasil. Del presupuesto nacional de 2012, en real brasileño 5,479,458,907 fueron destinados a la justicia electoral.⁴⁵⁸ Eso representa cerca de 2,690,000,000 dólares norteamericanos o algo como en pesos mexicanos 33,200,000,000. En un año no electoral, el costo no es muy reducido: los valores de 2011 son en real brasileño 4,530,537,019 y la dotación para 2013 es de real brasileño 5,026,033,413.

Aunque pueda parecer mucho más costoso que el modelo mexicano, cabe resaltar que no existe un presupuesto apartado de los órganos electorales estatales, todo está reunido en el valor señalado.

Se puede afirmar que no es posible poner un precio en la democracia y que el presupuesto de la justicia electoral es bajo para la credibilidad de las elecciones. Sin embargo, la constitución de una única autoridad electoral con tantos “súper poderes” no parece armonizarse con las exigencias de una sociedad verdaderamente democrática y garantista.

I. UN POCO DE HISTORIA DE LAS ELECCIONES BAJO EN CONTROL JUDICIAL

Walter Costa Porto subraya que el Decreto núm. 2675/1875 es el primer intento de judicializar el control de las elecciones.⁴⁵⁹ De hecho, el párrafo segundo del artículo 1o. del decreto establecía una Junta Municipal, presidida por un juez de derecho, para verificar los trabajos de las juntas parroquiales, éstas responsables por las listas de electores. La calificación de los electores, desde entonces, siempre estuvo en las manos de miembros del Poder Judicial, lo que quedó marcado por la Ley núm. 3.139/1916, sobre el empadronamiento electoral, que trata también de la credencial de elector (“título de elector”), con los datos de éste y la firma del juez de derecho.

La Ley núm. 3.208/1916 estableció las reglas para el proceso electoral federal, enfatizó la participación de los jueces en el control de las elecciones, involucrándolos también en el escrutinio, y atribuyó al gobierno, la autorización para la expedición de instrucciones necesarias a su ejecución

⁴⁵⁸ <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tse-ldo-2012-artigo-67>.

⁴⁵⁹ Porto, Walter Costa, *História Eleitoral do Brasil*, Brasília, Senado Federal, 1989, vol. 1, p. 231.

(artículo 67). No obstante, no logró vencer los fraudes, según Walter Costa Porto, “graças às intervenções indébitas que desmoralizaram as apurações e o reconhecimento de poderes”.⁴⁶⁰

La limitación legislativa al control de las elecciones por el Poder Judicial ha venido por la Enmienda núm. 3/1926 a la Constitución de 1891, que reformó la competencia del Poder Judicial y dejó claro los límites de su actuación electoral. Fueron sustituidos los artículos 59 y 60, y el párrafo 5o. de la nueva disciplina de la competencia de la justicia federal establecía que

nenhum recurso judiciario é permitido, para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sitio e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sitio, não poderão os tribunales conhecer dos actos praticados em virtude d'elle pelo Poder Legislativo ou Executivo.

Así, la última palabra sobre la validez de la elección era del Poder Legislativo.

La primera República tiene su ocaso con la Revolución de 1930, bajo el lema de la “verdad electoral” y del liberalismo político. La crisis de 1929 revela el agotamiento del modelo económico, heredero de una sociedad fuertemente elitista, esclavista y latifundista. En la práctica política, hasta aquel momento vigoraba la política “café con leche”, en que se alternaban en el poder las elites de São Paulo (el grande productor de café) y de Minas Gerais (el estado productor de leche). Roto el acuerdo en 1929, los líderes de São Paulo presentan al candidato oficialista, Júlio Prestes, y Minas Gerais apoya a Getúlio Vargas, de Río Grande do Sul, que participa en la elección de marzo de 1930 y es derrotado. La autenticidad de las elecciones es cuestionada. Las nuevas generaciones y la inédita oposición no aceptan el resultado de las urnas.⁴⁶¹ “A eleição [de 1930] fora uma farsa. Com sua desbotada coleção de trapagens, as oligarquias manipularam o pleito com seu receituário habitual de velhacaria política: suborno, canalices, violência e patifarias de toda natureza”.⁴⁶² La discordancia ante el proceso de reconocimiento de los electos, de la elección de 1930 provocó peleas en la Cámara federal.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 232.

⁴⁶¹ Para la Presidencia de la República, sin embargo, la diferencia de votos fue muy grande. Los resultados apuntaron 1,091,709 votos para Júlio Prestes y 742,794 para Getúlio Vargas. La participación electoral no superaba 5% de la población.

⁴⁶² Meirelles, Domingos, *1930 – Os órfãos da Revolução*, Río de Janeiro, Record, 2005, p. 416.

Un golpe de Estado se da en octubre de 1930, con el que se inicia un gobierno provisorio, que suspendió la Constitución de 1891. Los revolucionarios quemarán las banderas de los Estados federados, indicando una centralización fuerte de la política.

Nelson Nogueira Saldanha afirma que algunas condicionantes políticas llevarán al fin de la República Vieja: el aumento de las críticas políticas y el fortalecimiento de la opinión pública, la decadencia de los líderes parlamentarios y partidistas, y el creciente debate sobre las instituciones republicanas, además de la siempre presente inautenticidad del proceso electoral y de la representación parlamentaria.⁴⁶³

Para Emir Sader, la Revolución de 1930 permite la creación de un Estado nacional brasileño.⁴⁶⁴ Bolívar Lamounier identifica un tripié institucional establecido por el nuevo orden: el corporativismo, el carácter de consocio del sistema político electoral que permitía la protección de las minorías y un presidencialismo plebiscitario. El principal objetivo del nuevo diseño electoral era acabar con el monopolio partidista en cada Estado y garantizar la eficacia del sistema por la superación de los fraudes y de la violencia en el proceso electoral.⁴⁶⁵

El nuevo orden hace en este escenario. La necesaria reconstrucción de la legitimidad de las elecciones se da en un ambiente de excepción, pues el Decreto núm. 19.398/1930 determinó que el gobierno provisorio reuniría las atribuciones del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo (y constituyente), y la disolución de todas las casas legislativas. Las reglas electorales y la nueva autoridad electoral provienen de una junta de especialistas, sin debates en la esfera parlamentaria.

El relator de la subcomisión elaboradora del proyecto de reforma de la Ley y Procesos Electorales, nombrada por el gobierno provisorio de Getúlio Vargas,⁴⁶⁶ presenta el Código Electoral de 1932 como “a primeira expressão legal da mais importante obra que se espera da Revolução Brasileira de 1930”, provocada por el fracaso del aparato político electoral de la primera República. Los principios fundamentales del nuevo sistema eran basados en la soberanía popular, en el deber de todo ciudadano de concurrir para

⁴⁶³ Saldanha, Nelson Nogueira, *História das Ideias Políticas no Brasil*, Brasília, Senado Federal, 2001 [1968], pp. 290 y 291.

⁴⁶⁴ Sader, Emir, “Brasil, de Getúlio a Lula”, en García, Marco Aurélio y Sader, Emir (orgs.), *Brasil, entre o passado e o futuro*, São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2010, pp. 11-29.

⁴⁶⁵ Lamounier, Bolívar, “O modelo institucional dos anos 30 e a presente crise brasileira”, *Estudos avançados*, São Paulo, vol. 6, núm. 14, abril de 1992.

⁴⁶⁶ 19a. Subcomisión Legislativa, creada por el Decreto núm. 19.459/1930, integrada también por Assis Brasil y Mário Pinto Serva.

la formación, sustentación y defensa de la autoridad pública, el secreto del voto, y en la definición de que “toda matéria de qualificação de eleitores, instrução e decisão de contendidas eleitorais será sujeita à jurisdição de juízes e tribunais especiais, com as garantias inerentes ao Poder Judiciário”. El control de las elecciones por el Poder Judicial era anunciado como “a mais perfeita garantia dos direitos eleitorais”.⁴⁶⁷

Sobre el nuevo organismo electoral, creado por el código, Rocha Cabral afirma que la intención era arrancar del proceso electoral de la influencia de los caciques locales y del arbitrio de los gobiernos, entregando el control a una especial magistratura, “tanto quanto possível independente do arbitrio do governo”. El escrutinio de los votos y la proclamación de los electos por tribunales independientes evitarían, para el relator, los procesos escandalosos de fabricar electos, desagradando mucha gente, pero satisfaciendo el pueblo y aumentando la República.⁴⁶⁸

Tras la creación de la justicia electoral, (pocos) electores comparecen a las urnas, para elegir a la Asamblea Constituyente. La participación electoral es de 3.3% de la población.⁴⁶⁹ El nuevo sistema de control de las elecciones, visto como “el primer resultado significativo del esfuerzo de modernización institucional del estado brasileño”,⁴⁷⁰ recibe elogios. Fueron vistas como “elecciones verdaderas”,⁴⁷¹ aparentemente sin que la influencia partidista determinara los resultados.⁴⁷² El Código Electoral de 1932 reveló un estatuto electoral eficiente, al erigir una autoridad electoral capaz de asegurar la autenticidad electoral.⁴⁷³

La Constitución de 1934 ha disciplinado la justicia electoral, en el capítulo del Poder Judicial. El artículo 63 ubica los jueces y tribunales electorales entre los órganos del Poder Judicial y los artículos 82 y 83 disponen sobre la organización y la competencia de la justicia electoral, reduciendo las funciones de las legislaturas nacionales y estatales.

⁴⁶⁷ Rocha Cabral, João C. da, *Código Eleitoral da República dos Estados Unidos do Brasil*, Brasília, Tribunal Superior Eleitoral, 2004 [193?], pp. 9, 12 y 18.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, pp. 29 y 35.

⁴⁶⁹ Nicolau, Jairo, “A participação eleitoral: evidências sobre o caso brasileiro”, *VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais*, Coimbra, 2004, <http://www.ces.fe.uc.pt/lab2004/pdfs/JairoNicolau.pdf>.

⁴⁷⁰ Moraes, Filomeno y Lima, Martonio Mont’Alverne Barreto, “Partidos políticos y elecciones: la justicia electoral en la construcción de la democracia brasileña”, en Emmerich, Gustavo Ernesto (coord.), *Ellos y nosotros. Democracia y representación en el mundo actual*, México, Demos, 2006, pp. 213-229.

⁴⁷¹ Porto, Walter Costa, *História...*, cit., p. 235.

⁴⁷² Leal, Victor Nunes, *op. cit.*, p. 241.

⁴⁷³ Pontes de Miranda, *Comentários...*, cit., pp. 728 y 729.

En comentarios a la Constitución, Pontes de Miranda aduce que se ha vaciado el contenido político de las elecciones, pues durante las elecciones *a competência da Justiça Eleitoral é inexceptuável*. Hubo una despolitización de la investidura de los cargos electivos, por ende, una limitación de la competencia política del presidente de la República y del Poder Legislativo, lo que representó notables avances de orden ética y verdad en la democracia. Pontes de Miranda resalta, también, que todas las hipótesis de pérdida del mandato dependían de un procedimiento junto a la justicia electoral.⁴⁷⁴

La Constitución de 1934, que acabó con la figura del vicepresidente, no ha tenido una vida larga, siquiera una vida mediana. Poco más de tres años de su vigencia, fue sustituida por una Constitución otorgada por el presidente de la República, electo indirectamente por la Asamblea Constituyente. El día de su entrada en vigor se instaura en Brasil la dictadura del Estado nuevo, fuertemente inspirada por el nazi-fascismo, con la batuta de Getúlio Vargas.

El jurista fundamental de este momento es Francisco Campos, que manifestaba una peculiar visión de la democracia y coqueteaba con los regímenes totalitarios. Según su visión el nuevo Estado brasileño “resultou de um imperativo de salvação nacional”, pues la Revolución de 1930 había sido frustrada por la Constitución de 1934 y por la permanencia de la misma clase política en los aparatos de poder. Defiende la Constitución de 1937, afirmando ser “profundamente democrática”, pero afirma la necesidad de un Estado fuerte, que controle “todas as atividades sociais—a economia, a política, a educação”.⁴⁷⁵

El orden constitucional del Estado nuevo, sin embargo, declara el estado de emergencia (artículo 186) y suspende las elecciones (artículo 178). En la Constitución de 1937, no hay ninguna referencia a la justicia electoral.

Desde octubre de 1934 hasta diciembre de 1945, no fueron realizadas las elecciones en Brasil, gobernando el presidente Getúlio Vargas con el Parlamento cerrado. Con la debilitación de su gobierno, tras la caída de los regímenes totalitarios europeos, el Alto Comando del Ejército depone el presidente en octubre de 1945. La reforma electoral, sin embargo, viene antes, con la Ley Agamenon (Decreto-Ley núm. 7.586, del 28 de mayo de 1945).

Se restablece la justicia electoral, con composición distinta, aunque con competencias muy parecidas a las previstas por la Constitución de 1934 (artículos 7o. a 9o. del Decreto-Ley). El procurador general de la Repúbli-

⁴⁷⁴ *Ibidem*, pp. 735, 736, 738, 751 y 752.

⁴⁷⁵ Campos, Francisco, *O Estado Nacional*, 1940, libro digital, <http://bibliotecadigital.puc-cam-pinas.edu.br/services/e-books/Francisco%20Campos-1.pdf>, pp. 63, 67, 99 y 104.

ca, nombrado por el presidente de la República, actúa con las funciones de Ministerio Público junto al Tribunal Superior. El Decreto-Ley instituye la exigencia de partidos nacionales y trata aún de empadronamiento electoral y disciplinas, las elecciones para la Presidencia de la República y para el Parlamento nacional, que deberían ocurrir en diciembre de 1945.

Con la caída del Estado nuevo, las elecciones de diciembre alcanzaron también a la Asamblea Constituyente. La victoria de Eurico Gaspar Dutra fue considerada legítima, lo que marcó la primera elección limpia para la Presidencia de la República.

La Asamblea Constituyente mantuvo la justicia electoral, recuperando el diseño del Código de 1932. Uno de los constituyentes se refiere al tema como uno de los más importantes de la Constitución, afirmando que todo el texto constitucional sería poco útil sin una representación legítima, y capaz de defender los intereses del pueblo, y subrayando la necesidad de dar a los miembros de la justicia electoral el estatuto del Poder Judicial, incluso en materia de nombramiento.

De las discusiones, en la Asamblea se decidió por el tratamiento minucioso de la justicia electoral. Un sustituto al proyecto dejaba más espacio a la legislación ordinaria en cuanto a la composición de las cortes, lo que representaba, para la mayoría de la Asamblea un riesgo de influencia del Poder Ejecutivo en las elecciones.⁴⁷⁶

La justicia electoral, de acuerdo a la Constitución de 1946, es formada por un Tribunal Superior Electoral, Tribunales Regionales Electorales (uno en cada capital de estado y uno en el Distrito Federal), Juntas Electorales (presididas por un juez ordinario y regulada por ley), y jueces electorales. El mandato de los magistrados de los tribunales electorales es de dos años y no es permitida su actuación por más de dos bienios consecutivos (artículo 114).

El Tribunal Superior Electoral es compuesto por dos magistrados del Supremo Tribunal Federal, dos magistrados del Tribunal Federal de Recursos, un magistrado del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y por dos ciudadanos, de notable saber jurídico y reputación intocada, nombrados por el presidente de la República, entre seis indicados por el Supremo Tribunal Federal (artículo 110).

Los Tribunales Regionales Electorales pasan a ser formados por tres magistrados del Tribunal de Justicia, dos jueces ordinarios escogidos por el

⁴⁷⁶ Un análisis detallado de los debates constituyentes sobre la Justicia Electoral puede ser encontrado en Duarte, José, *A Constituição Brasileira de 1946, Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte*, Río de Janeiro, Imprensa Nacional, 1947, vol. III, pp. 353 y ss.

Tribunal de Justicia y por dos ciudadanos, de notable saber jurídico y reputación intocada, nombrados por el presidente de la República, entre seis indicados por el Tribunal de Justicia (artículo 112).

La competencia de la justicia electoral es tratada como materia de ley ordinaria, pero la Constitución enumera ocho competencias en el artículo 119, el registro y la casación de registro de los partidos políticos; la división electoral del territorio nacional; el empadronamiento electoral; la determinación de la fecha de las elecciones, cuando no está determinada en la Constitución o en la ley; el proceso electoral, el escrutinio y el reconocimiento de los electos; el conocimiento y la decisión sobre inelegibilidades; el proceso y la decisión de los crímenes electorales, del *habeas corpus* y del *mandado de segurança* en materia electoral; y la fiscalización del financiamiento de los partidos políticos.

Un Código Electoral es promulgado en julio de 1950, el cual trata de la materia electoral —justicia electoral, partidos políticos, empadronamiento y elecciones— en 202 artículos. Entre las competencias del Tribunal Superior Electoral se incluye la de “expedir as instruções que julgar convenientes à execução dêste Código” y la de “responder, sôbre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas por autoridade pública ou partido político registrado”, esta última competencia reconocida también a los Tribunales Regionales Electorales. Estas nuevas competencias fueron creciendo de importancia durante la existencia de la justicia electoral, con la asunción de un poder normativo jamás conferido por las Constituciones.

Para los jueces electorales —jueces ordinarios, con funciones electorales— el Código de 1950 presenta un largo listado de competencias:

- a) cumprir e fazer cumprir as determinações do Tribunal Superior e do Regional;
- b) dirigir os processos eleitorais e determinar a qualificação e a inscrição dos eleitores;
- c) expedir os títulos eleitorais;
- d) conceder transferência ao eleitor...;
- e) nomear o presidente e os mesários das mesas receptoras;
- f) dar substitutos aos secretários das mesas receptoras, mediante reclamação justificada dos interessados;
- g) providenciar para a solução das ocorrências que se verificarem nas mesas receptoras;
- h) instruir os membros das mesas receptoras sôbre as suas funções;
- i) dividir a zona em seções eleitorais, com um mínimo de 50 eleitores em cada uma, o máximo de 400 nas capitais, e o de 300 nas demais localidades;
- j) tomar conhecimento das reclamações que lhes forem feitas verbalmente ou por escrito, reduzindo-as a termo, e determinando as providências que cada caso exigir;
- k) tomar tôdas as providências ao seu alcance para evitar os atos viciosos das eleições;
- l) processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhes forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos tribunais regionais;
- m) organizar

as listas dos eleitores das zonas respectivas, por ordem alfabética dos nomes; *n*) designar, trinta dias antes das eleições, os locais das seções; *o*) representar sôbre a necessidade de nomeação dos preparadores para auxiliarem o alistamento eleitoral...; *p*) ordenar o registro e cassação do registro dos candidatos aos cargos eletivos municipais e comunicá-lo ao Tribunal Regional; *q*) decidir habeas corpus e mandado de segurança, em matéria eleitoral, desde que essa competência não esteja atribuída privativamente à instância superior; y *r*) fazer as diligências que julgar necessárias à ordem e presteza do serviço eleitoral (artículo 20).

Componen las juntas electorales, competentes para el escrutinio y para el reconocimiento de los electos, tres jueces ordinarios, que pueden nombrar hasta seis escrutinadores, ciudadanos de notoria integridad moral (artículos 26 a 30).

Las funciones del Ministerio Público junto al Tribunal Superior Electoral son atribuidas por el Código al procurador general de la República y junto a los Tribunales Regionales Electorales a los procuradores generales de los estados y del Distrito Federal. Según la Constitución de 1946, el procurador general de la República era nombrado por el presidente de la República tras la aprobación de su indicación por el Senado federal y podía ser alejado de sus funciones a cualquier momento por el Presidente (artículos 63, I y 126). El Ministerio Público a través de la Justicia Electoral no gozaba de autonomía o independencia hasta la Constitución de 1988.

En 3 de octubre de 1950, las elecciones para la Presidencia de la República bajo la Constitución de 1946 y el Código Electoral de 1950 dan la victoria a Getúlio Vargas, el exdictador ahora demócrata, con 48.70% de los votos válidos. El partido opositor reaccionó, afirmando la ausencia de la mayoría absoluta de los votos para que Getulio asumiera la presidencia, pero la Constitución no lo exigía.

En un gobierno marcado por alianzas y contradicciones, Getúlio Vargas se ve oprimido por una violenta crisis política, agravada por un atentado a un opositor al mando del jefe de su guardia personal, con los adversarios, defendiendo su impedimento y sus aliados pidiendo su renuncia, el presidente se suicida en agosto de 1954.

El vicepresidente Café Filho termina el mandato y nuevas elecciones son realizadas en 1955, cuando Juscelino Kubitschek conquista 36% de los votos, contra 30% de Juárez Távora, 26% de Ademar de Barros y 8% de Plinio Salgado. Nuevamente la derrotada Unión Democrática Nacional (UDN) afirma que en el primero lugar, no logró obtener la mayoría absoluta de los votos, pero otra vez el Tribunal Superior Electoral reconoce al electo. El vicepresidente es João Goulart.

Entre la elección y la toma de posesión de Juscelino Kubitschek, Café Filho sufrió un ataque cardíaco y dejó la presidencia para Carlos Luz, presidente de la Cámara de Diputados, aliado de la UDN y que, según se afirma, tramaba en contra del presidente electo. El general Henrique Teixeira Lott abandona el Ministerio de la Guerra y con las tropas militares en las calles y el país en estado de sitio, garantiza la toma de posesión del electo en enero de 1956.

En las elecciones siguientes, ocurre algo que era teóricamente posible desde el Código Electoral de 1950: el presidente y el vicepresidente electos son de partidos distintos. Jânio Quadros, del inexpresivo Partido Laborista Nacional vence las elecciones para presidente de la República, contra el candidato oficialista (pero con fuerte oposición interna) general Henrique Teixeira Lott y Adhemar de Barros. Jânio obtiene 48.27% de los votos. Para la *vicepresidencia*, João Goulart, de la coalición de Teixeira Lott, alcanzó 36.1% de los votos, contra 33.7% de Milton Campos, de la coalición de Jânio Quadros y 17% de Fernando Ferrari.

Dicho resultado provocó una crisis en la estructura partidista. Además, Jânio Quadros era considerado conservador,⁴⁷⁷ aliado de las oligarquías financistas, al paso que João Goulart, heredero político de Getúlio Vargas, tenía una postura considerada demasiado progresista. El nuevo presidente sufre un intenso periodo de huelgas, una alta inflación y una deuda externa creciente, debido al proceso de modernización y la construcción de Brasilia. El presidente adopta una política exterior independiente, alejándose de los Estados Unidos, aproximándose de la URSS y de Cuba, llegando a condecorar al Che Guevara. Acusado de planear un golpe de estado, Jânio Quadros sorprende el país con una carta de renuncia el 25 de agosto de 1961, con no más que siete meses de gobierno, acusando que “fuerzas ocultas” impedían que gobernara sin libertad.

La lectura más frecuente de dicha renuncia es de un intento de Jânio de volver a la presidencia en los brazos del pueblo y, lógicamente, con poderes dictatoriales. El movimiento popular en su apoyo, sin embargo, no ha venido.

El vicepresidente, João Goulart (Jango), estaba en China, en un viaje oficial y tardaría siete días para volver al Brasil. La Guerra Fría estaba en un momento fuerte, y el llamado miedo del comunismo provocó un movimiento en contra de la toma de posesión de Jango. Existía, también, un temor

⁴⁷⁷ La campaña es marcada por un discurso populista y moralizador. El símbolo de su candidatura es una escoba, para “limpiar la robadera y la corrupción”. Su *jingle* es uno de los más famosos de Brasil, y puede ser visto en http://www.youtube.com/watch?v=m0QfM_IJsBw. Su propaganda electoral en la televisión, la primera en Brasil, también puede ser vista en <http://www.youtube.com/watch?v=GdkFq3c2Gy8>.

de que Jango deflagrara un auto-golpe. Las Fuerzas Armadas no estaban de acuerdo con el nuevo presidente. Fuerzas civiles y militares del estado de Río Grande do Sul, estado de Jango, empezaron la “campana de la legalidad”, buscando garantizar la toma de posesión.⁴⁷⁸

El presidente del Congreso Nacional declara disponible la presidencia, pero Jango se presenta. Como propuesta de “conciliación”, el Congreso ofrece el parlamentarismo, un golpe civil-militar según Daniel de Mendonça.⁴⁷⁹ La publicación del cambio constitucional se da en sábado, un día después de la vuelta de Jango a Brasil.

La Enmienda núm. 4 del 2 de septiembre de 1961 a la Constitución de 1946 instituye el sistema parlamentario de gobierno, reduciendo drásticamente las competencias del presidente de la República, estableciendo su elección por el Congreso Nacional y extinguiendo la figura del vicepresidente. La Enmienda preveía aún que “o vice-presidente da República, eleito a 3 de outubro de 1960, exercerá o cargo de Presidente da República, nos termos dêste Ato Adicional, até 31 de janeiro de 1966, prestará compromisso perante o Congresso Nacional e, na mesma reunião, indicará, à aprovação dêle, o nome do presidente do Conselho e a composição do primeiro Conselho de ministros” y un plebiscito, a ser definido en ley, sobre el sistema de gobierno. Las leyes complementares núms. 1/1962 y 2/1962 tratan de regular el nuevo sistema, y la última ley prevé la consulta popular el 6 de enero de 1963.

Jango asume la presidencia el 7 de septiembre de 1961 e indica como primer ministro Tancredo Neves, que también actúa como ministro de la justicia. Tancredo había sido ministro de la justicia en el segundo gobierno de Getúlio Vargas y será el último presidente electo por el Congreso Nacional en la abertura democrática.

Las propuestas de reformas estructurales defendidas por Jango eran barradas por el sistema parlamentarista. Consultado en enero de 1963 sobre el acto adicional que modificó el sistema de gobierno, el 76.98% del electorado prefiere el retorno al sistema presidencialista.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ La Asamblea Legislativa del Estado de Rio Grande do Sul abre la sesión del 25 de agosto y la declara permanente hasta la solución del impase en la sucesión presidencial. Acta en http://www2.al.rs.gov.br/memorial/LinkClick.aspx?fileticket=LUNMyQ_HMIg%3d&tabid=5277.

⁴⁷⁹ Mendonça, Daniel de, “O golpe civil-militar de 1961: crítica a uma explicação hegemônica”, *Política & Sociedade*, vol. 8, 2009, pp. 409-446.

⁴⁸⁰ El gobierno llevó a cabo una campaña publicitaria por el “no” al parlamentarismo. Ejemplo de la participación de importantes artistas nacionales en las propagandas puede ser visto en <http://www.youtube.com/watch?v=MSD-RW2Kxak>.

Fortalecido con el resultado de las urnas, Jango busca impulsar las reformas de base que siempre defendió. El 12 de septiembre de 1963, explota una sedición militar —los sargentos de la Marina y de la Aeronáutica querían el derecho de presentarse como candidatos en las elecciones—. El movimiento logró paralizar el centro telefónico y de telégrafo, los aeropuertos del Distrito Federal, se tomó un radio transmisor para convocar a los otros militares, se cerrarían las salidas de la ciudad y se aprisionó a oficiales, un magistrado del Supremo Tribunal Federal y al presidente en ejercicio de la Cámara de Diputados. Todos los rebeldes son presos.

El 4 de octubre, Jango envía el Mensaje núm. 320 al Congreso, encaminando un proyecto de ley para la declaración del estado de sitio, pero la retira ante la ausencia de apoyo parlamentario tres días después. El gobierno sigue en un escenario tenso y difícil.

En su discurso, en el Mitin de las Reformas del 13 de marzo de 1964, Jango propugna por reformas, por justicia social, por libertad de opinión, por división de los latifundios, por alteraciones en la Constitución. Aduce que la

Constituição é antiquada, porque legaliza uma estrutura sócio-econômica já superada, injusta e desumana; o povo quer que se amplie a democracia e que se ponha fim aos privilégios de uma minoria; que a propriedade da terra seja acessível a todos; que a todos seja facultado participar da vida política através do voto, podendo votar e ser votado; que se impeça a intervenção do poder econômico nos pleitos eleitorais e seja assegurada a representação de todas as correntes políticas, sem quaisquer discriminações religiosas ou ideológicas.

En este mitin fue firmado el Decreto núm. 53.700, que “declara de interesse social para fins de desapropriação as áreas rurais que ladeiam os eixos rodoviários federais, os leitos das ferrovias nacionais, e as terras beneficiadas ou recuperadas por investimentos exclusivos da União em obras de irrigação, drenagem e açudagem, atualmente inexploradas ou exploradas contrariamente à função social da propriedade”.

Las reacciones al discurso y al decreto son fuertísimas. El 19 de marzo se organiza la “Marcha de la Familia con Dios por la Libertad”, en contra del supuesto intento de Jango en implantar un régimen totalitario comunista en Brasil. Al día siguiente, el general Humberto de Alencar Castello Branco, jefe del Estado Mayor del Ejército, emite un comunicado a los generales para que actúen contra la subversión. En la noche del 31 de marzo, los tanques toman las calles.

El primer acto institucional, del 9 de abril de 1964,⁴⁸¹ suspende garantías constitucionales y determina que la elección para presidente de la República se procese por el Congreso Nacional. Las elecciones parlamentarias de octubre de 1965 muestran la victoria de los opositores al régimen, y el gobierno militar decide emitir un nuevo acto institucional. El Acta Institucional núm. 2⁴⁸² modifica el proceso de alteración de la Constitución, reforma el Poder Judicial, aumentan de once para dieciséis ministros la composición del Supremo Tribunal Federal, suspende las garantías de los magistrados, permite la suspensión, por diez años, de los derechos políticos de cualquier ciudadano por acto del presidente de la República así como la casación de mandatos, la extinción de los partidos políticos, autoriza al presidente de la República a decretar el receso de los parlamentos, transfiere los procesos políticos para la justicia militar y excluye de la apreciación judicial “os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução e pelo Governo federal, com fundamento no Ato Institucional de 9 de abril de 1964, no presente Ato Institucional e nos atos complementares deste”.

El gobierno militar impone un bipartidismo artificial, capaz de garantizar el dominio del grupo político hegemónico y, al mismo tiempo, para enmascarar la dictadura con un espectro de oposición. Al imponer la disolución de los catorce partidos existentes, el gobierno militar separa en dos “organizaciones con atribuciones político-partidistas” los políticos: la Aliança Renovadora Nacional (ARENA) “aglutinando os congressistas soi disant revolucionários” y el Movimento Democrático Brasileiro (MDB), con los opositoristas. Dicha institucionalización del bipartidismo, desde arriba, provocó el surgimiento de “arenistas de fachada” y “emedebistas de encomenda”.⁴⁸³

En este momento, existía una cierta crítica al exceso de partidos políticos en Brasil. Antes de la deflagración del golpe de Estado, la doctrina ya se refería a la “progressiva inautenticidade das representações partidárias”.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ Su preámbulo: “em nome da revolução vitoriosa, e no intuito de consolidar a sua vitória, de maneira a assegurar a realização dos seus objetivos e garantir ao País um governo capaz de atender aos anseios do povo brasileiro, o Comando Supremo da Revolução, representado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica...”.

⁴⁸² Todos los actos institucionales son encabezados por grandes preámbulos, donde se busca justificar, con una retórica revolucionaria, un autoconcedido poder constituyente. Los textos normativos de dicho periodo de la política brasileña pueden ser encontrados en <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-institucionais>.

⁴⁸³ Menezes, Anderson de, “As eleições federais de 1966: a legislação eleitoral e o bipartidismo nacional”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, núms. 23 y 24, julio de 1967-enero de 1968, pp. 9-22.

⁴⁸⁴ Sousa, Pompeu de, “Eleições de 62: decomposição partidária e caminhos da reforma”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, núm. 16, enero de 1964, pp. 7-19.

Lo que se hizo, entonces, fue aniquilar los partidos políticos para empezar una nueva configuración política. El nuevo régimen partidista, sin embargo, es igualmente criticado. Las restricciones a la creación de partidos políticos son vistas como incompatibles con la Constitución, que prevé el pluralismo partidista.⁴⁸⁵

En este escenario, surge el Código Electoral, la Ley núm. 4737/1965,⁴⁸⁶ que todavía sigue en vigor. Como revela el epígrafe del Código, su elaboración se da en los términos del Acto Institucional del 9 de abril de 1964. La exposición de motivos del Proyecto de Ley núm. 2765 encaminado por el Poder Ejecutivo a la Cámara de Diputados expone “a preocupação do governo” con el “aprimoramento da ordem democrática” y la colaboración del Tribunal Superior Electoral en la construcción del proyecto. Entre las intenciones de sus elaboradores están el fortalecimiento de los partidos y de la justicia electoral. La exposición de motivos es explícita en relación con el “poder normativo” del Tribunal Superior Electoral:

manteve-se o propósito, revelado no anteprojeto, de fortalecer a influência da Justiça Eleitoral, inovação feliz das reformas posteriores a 1930, e por isso sempre conservada. Apenas se evitou consagrar o caráter normativo das decisões do Tribunal Superior Eleitoral. É certo que essas decisões, pela sua reiteração em jurisprudência, acabam geralmente seguidas, por força de seu prestígio. Mas a normatividade das decisões judiciais não se concilia com o princípio casuístico que lhes é inerente, e só uma exceção se abre na Constituição—para as decisões da Justiça trabalhistas nos dissídios coletivos... Nem é necessária a força normativa para se assegurar a hierarquia do Tribunal Superior. À supremacia das decisões, mandados e outros atos que dele emanam se acrescenta a competência para baixar instruções, o que embora discutido nas sugestões apresentadas ao Governo, pareceu correto e necessário ao bom andamento do processo eleitoral.⁴⁸⁷

El Código Electoral mantiene el sistema proporcional, presume el control de la justicia electoral sobre el funcionamiento interno de los partidos, y modifica la reglamentación de la propaganda electoral. Uno de sus dispositivos más significativos —y que sigue siendo aplicado después de tres

⁴⁸⁵ Como ejemplo de la literatura jurídica de antaño, véase Machado Paupério, “Os Partidos Políticos e seu novo regime jurídico no Brasil”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, núm. 22, enero 1967, pp. 245-256.

⁴⁸⁶ El texto original de la ley, bien como sus alteraciones, están disponibles en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14737.htm#art382.

⁴⁸⁷ Conforme texto publicado en el *Diário do Congresso Nacional*, del día 24 de abril de 1964, p. 2163 y ss., <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD24ABR1965.pdf#page=23>.

Constituciones, veinte años de la dictadura militar y dieciocho años de democracia— es el artículo 7o., modificado por la Ley núm. 4961/1966, que determina la aplicación de multa al elector que no comparece a las urnas (lo que ya está en el texto original), pero también está prohibido en participar en concursos públicos; ser investido en cargo público o función pública; recibir remuneración de entidades públicas, a cualquier título; participar en concurrencia pública; obtener préstamos de entidades financieras; obtener pasaporte u otra identificación oficial; renovar matrícula en establecimiento de enseñanza; practicar cualquier acto para que se exija o se quite del servicio militar o del impuesto sobre la renta. Dicha regulación es bastante rígida, considerando los ordenamientos jurídicos que adoptan la obligatoriedad del voto. El modelo, pensado para emprestar legitimidad por medio de la participación ciudadana impuesta durante los años no democráticos, persiste hasta el día de hoy, tras dos décadas de redemocratización.

Bajo el Código Electoral se realizaron las elecciones de 1966 y resultaron electos 4 senadores y 132 diputados federales por el MDB y 19 senadores y 277 diputados federales por la ARENA. La oposición no se mostró tan débil como esperaba el régimen.

El 5 de febrero de 1966 el “jefe del gobierno de la Revolución” baja el AI-3, afirmando ser “más conveniente a la seguridad nacional” para acabar con la elección directa de gobernadores y de presidentes de las capitales, siempre con la reserva de que “ficam excluídos de apreciação judicial os atos praticados com fundamento no presente Ato institucional e nos atos complementares dele”.

En diciembre de 1966 el Acto Institucional núm. 4 convoca al Congreso Nacional para debatir y votar el proyecto de Constitución presentado por el presidente de la República. Se consideraba necesaria una Constitución que representara “la institucionalización de los ideales y de los principios de la Revolución”, para “asegurar la continuidad de la obra revolucionaria”. La convocatoria establece un plazo corto para el Congreso —del 12 de diciembre de 1966 al 24 de enero de 1967—, además de fijar minuciosamente los procedimientos que el Congreso debería seguir.

La Constitución de 1967, pese a su origen, mantiene un sistema de derechos y garantías y hace referencia a la ordenación por ley de los partidos políticos, también establece la justicia electoral como órgano de administración de las elecciones y de jurisdicción electoral, dentro de la estructura del Poder Judicial. Por obviedad no se olvidó de aprobar y excluir de la apreciación judicial a los actos “revolucionarios”.

Pontes de Miranda, comentarista de la Constitución, afirma que el Congreso Nacional “conseguíu atenuar o despotismo que se queria estab-

lecer e impor”. Resalta, sin embargo, que el texto evita hablar de la democracia, utilizando el término “régimen representativo” y que no alude a los “representantes del pueblo” cuando inaugura el texto, sino lo firma como “Congreso Nacional”, un Parlamento “poluído pelas cassações arbitrárias e pelas pressões nunca vistas no Brasil”.⁴⁸⁸

La Constitución de 1967 no llega a ser aplicada. Ni siquiera alcanza una elección. El año de 1968 es particularmente conturbado. Los estudiantes se enfrentan diversas veces con la policía, en protestas en contra de la dictadura y en contra de la violencia oficial. El país es tomado por huelgas. En junio, artistas e intelectuales organizan la “Passeata dos Cem Mil”. En octubre, el congreso de la Unión Nacional de Estudiantes, que es realizado clandestinamente, es disuelto por las fuerzas de seguridad, quienes arrestan a 920 jóvenes. Terroristas de las Fuerzas Armadas y de la resistencia de izquierda explotan bombas en casas editoras, consulados y cuarteles. Grupos asaltan un tren pagador y a bancos.⁴⁸⁹

Un diputado federal del MDB, Marcio Moreira Alves, denuncia las torturas y la violencia del régimen, y el 2 de septiembre de 1968, tras la invasión por la policía de la Universidad de Brasília, pronuncia un discurso, duro llamando a un boicoteo en contra del militarismo, con la no participación del pueblo en las fiestas de la Independencia de Brasil, el 7 de septiembre, fiestas, hasta el día de hoy, tradicionalmente militares. El ministro de la justicia pide la casación de su mandato al Supremo Tribunal Militar, que envía a la Cámara de Diputados un pedido de licencia para demandar a Marcio Moreira Alves, como constaba en la Constitución de 1967. Pese a la influencia del gobierno, la Cámara niega la licencia el 12 de diciembre.⁴⁹⁰

⁴⁸⁸ Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo, t. I, Revista dos Tribunais, 1967, pp. 17, 413 y 432. Valientemente, el autor, en el calor de los hechos, escribe: “o Ato Institucional de 1964 foi êrro grave na história do Brasil e produziu os outros erros, em outros Atos Institucionais” (p. 18); y “Lembremos apenas que, dias após a publicação do Ato Institucional, dito, mais tarde, no ano seguinte, n. 1, afirmamos, em entrevista, que fôra o maior erro político da história do Brasil. Mas o que se passou de 9 de abril de 1964 a 14 de março de 1967 foi pior do que o que acontecera em 1930 e 1937: mutilou-se o Congresso Nacional e implantou-se ditadura de ligações inconfessáveis e oligárquicas, chegando-se ao ponto de têrmos Constituição sem Assembléia Constituinte, autêntica, nem feita de acôrdo com os princípios”.

⁴⁸⁹ Un interesante relato sobre ese episodio y sobre todo el periodo militar desde el punto de vista de un periodista que tuvo acceso a los generales protagonistas y sus archivos personales puede ser visto en Gaspari, Elio, *A Ditadura Evergonhada*, São Paulo, Companhia das Letras, 2002; Gaspari, Elio, *A Ditadura Encurralada*, São Paulo, Companhia das Letras, 2004.

⁴⁹⁰ La historia del diputado Marcio Moreira Alves puede ser encontrada en <http://www.marciomoreiraalves.com/quem.htm#>.

El 13 de diciembre, el presidente de la República, almirante Arthur da Costa e Silva, baja el Acto Institucional núm. 5 que extermina lo que todavía restaba de estado de derecho en Brasil.

El AI-5 instaura un nuevo estado en Brasil, sin las garantías más básicas de libertad. Aunque determine que se mantenían la Constitución de 1967 y las Constituciones estatales, el acto, tras un extenso *consideranda*, y, para garantizar los “ideales superiores de la Revolución, preservando el orden, la seguridad, la tranquilidad, el desarrollo económico y cultural y la Harmonía política y social del país, comprometidos por procesos subversivos y de guerra revolucionaria”, modifica la Constitución, suspende la garantía del *habeas corpus*, posibilita al presidente a decretar el receso de las casas parlamentarias y ejercer todas sus competencias, así como intervenir en los estados y municipios sin las limitaciones previstas en la Constitución, como también suspender derechos políticos.⁴⁹¹

A continuación al acto, durante el receso del Congreso Nacional, la Junta Militar edita lo que llaman, indebidamente, la Enmienda Constitucional núm. 1/1969 que, en realidad, es otra Constitución, con otros fundamentos, y contenido que extrapola el poder de reforma de la Constitución y producida por quien no poseía dicha competencia. La Constitución de 1969, integra el AI-5 en el orden constitucional, constitucionalizando el arbitrio.

La federación brasileña quedó aún más centralizada y existió una importante quiebra en la inmunidad parlamentaria. Según el texto original, la inviolabilidad de los senadores y diputados podría ser alejada en caso de crímenes contra la seguridad nacional (concepto amplio y de adopción indiscriminada por el régimen militar), y según la Enmienda Constitucional núm. 22/1982 (con la caída de la teoría de la supremacía de la seguridad nacional) no se aplicaba en relación con los crímenes contra la honra.

Había también la previsión de la pérdida de mandato por infidelidad partidista (incluyendo el abandono del partido), además de la elección indirecta de un tercio de los senadores (por la Enmienda núm. 8/1977 hasta la Enmienda núm. 25/1985). También hubo modificaciones en el proceso de alteración de la Constitución, exigiendo la firma de un tercio de la Cámara de Diputados y de los Senadores (y no más de una o de otra) para proponer un proyecto de enmienda. El Poder Judicial ha sufrido, por la Enmienda núm. 7/1977 importantes cambios, con la creación del Consejo Nacional de la Magistratura y la disminución de sus garantías institucionales.

Entre los derechos y garantías individuales, al final del texto constitucional, es importante mencionar la adopción de la pena de muerte no solamen-

⁴⁹¹ La íntegra del Acto Institucional núm. 5 puede ser encontrada en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm.

te en caso de guerra externa, sino también en los casos de guerra “psicológica adversa, o revolucionaria o subversiva”, en los términos en que la ley determina. Tal posibilidad es apartada por la Enmienda núm. 11/1978. El *habeas corpus* y el *mandado de segurança* siguen en el texto, aunque en la práctica son despreciados por el Poder Judicial.

La Constitución termina aprobando y excluyendo del control judicial, los actos practicados por el “Comando Supremo de la Revolución” y los actos derivados, bien como validando el Acto Institucional núm. 5 y los actos subsecuentes.

Enseguida es aprobada la Ley de Inelegibilidades, la Ley Complementar núm. 5/1970. La ley hace inelegibles a los atingidos por las sanciones resultadas de los actos institucionales (así como sus consortes) los que militan en partidos políticos, considerados subversivos, los que respondan a un proceso judicial, además de los que han perdido su mandato o han sido condenados criminal o administrativamente. Tal normativa permitió un filtro a las oposiciones, para allá de los fraudes normativos.

Durante la larga vigencia del Acto Institucional núm. 5 y de la Constitución de 1969, las elecciones fueron realizadas con una participación bastante tímida de la justicia electoral.

El resultado de las elecciones de 1974 conllevan a nuevas modificaciones en las leyes electorales, con la Ley Falcão (Ley núm. 6.339/1976) se prohíbe el debate político en los medios de comunicación y, principalmente, con el conjunto de alteraciones en la Constitución aprobado en abril de 1977 (conocido como el “Pacote de Abril”, con los senadores “biónicos” electos indirectamente, las elecciones indirectas para los jefes de los Poderes Ejecutivos estatales, el sub-lema, la alteración del número de representantes políticos de los Estados), que en catorce días reestructura totalmente el país política y electoralmente.

La violencia estatal y la política de desapariciones persisten. En 1979, la Ley Orgánica de los Partidos Políticos sufre una importante modificación por la Ley núm. 6.767, cuando son extintas las agremiaciones hasta entonces existentes y se pasa a permitir la constitución de nuevos partidos políticos. La ley habla de la pérdida de mandato debido a la infidelidad partidaria, pero permite el abandono del partido para la creación de un nuevo.

Las elecciones de 1980 son canceladas por el régimen militar. Atentados de bombas perturban el clima para las elecciones de 1982. La “distensión democrática” se perfecciona con la elección —por colegio electoral— del primer presidente civil, Tancredo Neves, en 1985. En el mismo año, la Enmienda Constitucional núm. 25 aleja la pérdida de mandato por infidelidad partidaria, la elección para presidente de la República vuelve a ser directa,

los analfabetos recuperan su derecho a voto y se establece la libertad de creación de partidos políticos.

Cabe subrayar que, durante todo el periodo de la dictadura militar no son conocidos momentos de resistencia de la justicia electoral en contra de los fraudes normativos y administrativos llevados a cabo por el gobierno.

Con la Constitución de 1988 se instituye un nuevo estado brasileño, marcado por rasgos democráticos y participativos. La ciudadanía participa activamente de la construcción del texto⁴⁹² y el momento se reviste de importancia impar, como efectiva ruptura del modelo político y jurídico anterior.

La justicia electoral permanece con el mismo papel en la democracia, que ahora se muestra mucho más ambiciosa, con la previsión de consultas populares (en realidad, muy poco usadas) y de participación ciudadana en otras ramas, como la iniciativa popular de proyectos de ley y en consejos.

La libertad de creación de partidos políticos, su autonomía y las garantías de acceso a recursos públicos, a la radio y a la televisión están establecidas en la Constitución.

Siete años después de la nueva Constitución, la Ley de los Partidos Políticos de la dictadura fue sustituida. La Ley núm. 9.096/1995 asienta las bases para la autonomía de los partidos, además de que trata de su organización y funcionamiento, su creación y registro, de los programas y estatutos, de la afiliación, de la fidelidad y de la disciplina, de la fusión, incorporación y extinción de los partidos, del financiamiento y de la contabilidad de las agremiaciones y de la rendición de cuentas, de los recursos públicos y su reparto, del acceso gratuito a la radio y a la televisión, con una cláusula de desempeño tenida en consideración para la división de los recursos y del tiempo de propaganda.

El artículo 13 establecía el umbral de 5% de los votos válidos en la elección para la Cámara de Diputados para el “funcionamiento parlamentario” (algo relacionado a las estructuras de liderazgo en las casas parlamentarias, según sus regimientos internos) y dicho umbral reflejaba en la distribución de los recursos públicos, recursos financieros y acceso a los medios de comunicación. En un fallo de una acción directa, el Supremo Tribunal Federal declaró la inconstitucionalidad de dicho requisito.⁴⁹³

⁴⁹² Para un análisis del proceso constituyente y de la participación popular, véase Salgado, Eneida Desiree, *Constituição e Democracia: Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico—Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*, Belo Horizonte, Fórum, 2007.

⁴⁹³ Supremo Tribunal Federal. Acciones directas de inconstitucionalidad núms. 1351-3 y 1354-8.

Para cada elección realizada durante la vigencia del nuevo orden constitucional, era establecida una ley específica. Eran las “leyes del año”, como las Leyes núm. 7.773/1989, 8.214/1991, 8.713/1993 y 9.100/1995. En 1997 fue aprobada la Ley núm. 9.504, llamada Ley de las Elecciones, en la que se pretendía ser capaz de regular a todas las elecciones futuras. Sin embargo, la ley desde siempre sufre constantes modificaciones por medio de “mini-reformas” electorales en los años anteriores a las elecciones.

La Ley de las Elecciones establece reglas para la elección de los jefes del Poder Ejecutivo, las coaliciones, la selección y el registro de los candidatos, la recaudación de recursos y los gastos durante las campañas, la rendición de cuentas para las encuestas electorales, para la propaganda electoral y el acceso gratuito a la radio y la televisión, sobre el sistema electrónico de votación y escrutinio, sobre la jornada electoral, la composición de las mesas receptoras de votos y la fiscalización de las elecciones, sobre las conductas vedadas a los agentes públicos en campañas electorales, y reglas sobre nulidades.

Un ejemplo de la influencia definitiva de la justicia electoral en la disputa, con selección o alteración de las reglas del juego democrático, es la definición de “quita electoral”. La Constitución establece como una condición de elegibilidad el pleno ejercicio de los derechos políticos (artículo 14, párrafo 3o., II) y la Ley 9.504/1997 exige entre los documentos para el registro del candidato, la certificación de la “quita electoral”.

De 1998 a 2004, la certificación de “quita electoral” tenía en cuenta el cumplimiento del deber de acceder a la urna (debido a la obligatoriedad constitucional de voto) y la ausencia de multas electorales no pagadas. Así, la quita electoral se refería al cumplimiento de las obligaciones electorales.⁴⁹⁴ En junio de 2004, a partir de una decisión del Tribunal Superior Electoral, la regular rendición de cuentas de campaña electoral pasó a ser un requisito más para la quita electoral.⁴⁹⁵

⁴⁹⁴ Rollo, Arthur Luis Mendonça, “Condições de elegibilidade”, en Rollo, Alberto (org.), *Elegibilidade e inelegibilidade*, Caxias do Sul, Plenum, 2008, pp. 41-79, p. 47.

⁴⁹⁵ Resolución núm. 21.823, relator Peçanha Martins: “atendimento à convocação para trabalhos eleitorais. inexistência de multas pendentes. prestação de contas de campanha. registro de sanções pecuniárias de natureza administrativa previstas no código eleitoral e na lei núm. 9.504/97. pagamento de multas em qualquer juízo eleitoral. aplicação analógica do artigo 11 do código eleitoral. o conceito de quitação eleitoral reúne a plenitude do gozo dos direitos políticos, o regular exercício do voto, salvo quando facultativo, o atendimento a convocações da justiça eleitoral para auxiliar os trabalhos relativos ao pleito, a inexistência de multas aplicadas, em caráter definitivo, pela justiça eleitoral e não remetidas, excetuadas as anistias legais, e a regular prestação de contas de campanha eleitoral, quando se tratar de candidatos”, fallo del 15 de junio de 2004.

Así, pocos meses antes de las elecciones de 2004, el Tribunal Superior Electoral pasa a considerar de manera más amplia el concepto de “quita electoral” requerida en el momento de la solicitud de registro de la candidatura. La falta de presentación dentro del plazo de la rendición de cuentas (incluyendo las campañas anteriores) y la existencia de deuda electoral, impiden el registro del solicitante, obstando su participación en la elección. Un cambio producido sin alteración de la ley, simplemente por una comprensión “normativa” del Poder Judicial.

En 1990 es editada la Ley de Inelegibilidades, a partir de un comando constitucional específico con reserva de Ley Complementar. La Constitución, en su redacción original, determinaba en su artículo 14, párrafo 9o., que “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

Cumpliendo la reserva constitucional, la Ley Complementar núm. 64/1990 establece hipótesis de restricción a la elegibilidad y sus plazos, en el artículo 1o., sección I. Algunas hipótesis son presentadas a continuación.

La pérdida de mandato conduce a la imposibilidad de presentarse a las elecciones en el resto del periodo del mandato y ocho años más en el caso de los parlamentarios y de tres años en el caso de gobernador, vicegobernador, alcalde y vicealcalde.⁴⁹⁶ No existe ninguna disposición de suspensión impuesta al presidente o vicepresidente que pierde el mandato, lo que se puede entender desde la disposición constitucional de inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante ocho años, en el párrafo único del artículo 52.

La condena por sentencia firme de la justicia electoral, por abuso de poder económico o político, conlleva a la restricción para la elección en la que se produce el abuso y las realizadas en los siguientes tres años.

La condena penal por sentencia firme conduce a una suspensión definitiva de los derechos políticos durante la ejecución de la sentencia y, por lo tanto, a la imposibilidad de postularse para un cargo electivo. A algunos delitos, sin embargo, se añade una inhabilitación de tres años, a partir del cumplimiento de la pena: delitos en contra de la economía popular, la fe pública, la administración pública, los bienes públicos, el mercado financiero, el narcotráfico de estupefacientes y delitos electorales.

⁴⁹⁶ De acuerdo con la redacción de la Ley Complementar núm. 81/1994. La redacción original de la Ley Complementar núm. 64/1990 dispuso la suspensión de tres años, lo que llevó al impedimento para competir simplemente una elección. En el caso de los miembros del Poder Ejecutivo, sin embargo, no hubo ningún cambio.

El rechazo de cuentas correspondientes al ejercicio de funciones públicas por irregularidad incurable y decisión inapelable del órgano competente implica la inhabilitación por cinco años a partir de la fecha de la decisión, a menos que el tema haya sido o esté siendo sometido al Poder Judicial. La última parte del dispositivo conduce a un vaciamiento de las previsiones de inelegibilidad, atenuado por la eliminación del precedente núm. 1 del Tribunal Superior Electoral, que establecía que la simple presentación de demanda antes de la solicitud de registro apartaba la inelegibilidad.⁴⁹⁷

La condena definitiva, no necesariamente por el Tribunal Electoral, de titulares de cargos públicos de la administración directa, indirecta o fundacional, que se benefician a sí mismos o a otras personas, por el abuso del poder económico o político, causa inelegibilidad para las elecciones que se celebran en los tres años siguientes a la finalización del periodo de su mandato o de su permanencia en el cargo. Para el Tribunal Superior Electoral, sin embargo, dicha hipótesis requiere que el abuso revele un propósito electoral. Una vez más, el Tribunal Electoral obstaculiza la eficacia de una ley electoral desde luego débil.

Después de la promulgación de la Ley de Inelegibilidades, la disposición constitucional que la contemplaba se modifica por la Enmienda Constitucional de Revisión núm. 4/94, con la previsión de otros bienes jurídicos que proteger: “a probidade administrativa, a moralidade para exercicio de mandato considerada a vida pregressa do candidato”. La Ley Complementar núm. 135/2010, llamada de Ley “Ficha Limpia”, viene para dar concreción a este nuevo requisito constitucional, modificando la Ley Complementar núm. 64/1990.

Desde luego, aumenta la inelegibilidad por la pérdida de mandato en el Poder Ejecutivo, que pasa de tres a ocho años a partir del término del mandato para lo cual fueron elegidos. Se equipara, con dicha modificación, al periodo de suspensión por la pérdida del mandato de los parlamentarios, modificada por la Ley Complementar núm. 81/1994. Es importante destacar que el Tribunal Superior Electoral, en la decisión de 2012, se manifiesta por la aplicación del nuevo plazo para los legisladores que perdieron sus asientos antes de la nueva ley. Aunque la restricción temporal al derecho fundamental de la elegibilidad sea larga, los casos que dan lugar a la inadmisibilidad son especialmente graves, lo que demuestra su armonía con el diseño constitucional.

⁴⁹⁷ “Proposta a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade (Lei Complementar núm. 64/90, artículo 1o., I, g)”.

La Ley Ficha Limpia produce un cambio más severo. Además de aumentar el periodo de suspensión de tres a ocho años para los que tengan representación en su contra confirmada por la justicia electoral, en proceso de investigación de abuso de poder económico o político, deja de exigir sentencia firme. En este caso, permite la sanción de la pena de inhabilitación para las personas declaradas culpables por un órgano colegiado. Es decir que una decisión inicial —como de las cortes electorales en las elecciones estatales y nacionales— puede, desde luego, apartar el derecho político fundamental de elegibilidad sin la posibilidad de recuperar la oportunidad de concurrir en el caso de que la decisión sea futuramente modificada, pues la elección ya habrá pasado. No existe necesariamente, por el dispositivo legal, dos manifestaciones sobre la responsabilidad de los ciudadanos en los abusos o incluso de la materialidad del abuso. Por otra parte, la nueva normativa permite la suspensión de dicha inelegibilidad (y de otras) por decisión del órgano competente para el examen de apelación, lo que puede conducir a un poderoso filtro del Poder Judicial de las opciones del electorado. Lo mismo sucede con los titulares de cargos en el público directo, indirecto o fundacional en beneficio propio o de terceros, el abuso del poder económico o político.

La suspensión impuesta por condenas criminales también ha sido ampliada a ocho años más allá del cumplimiento de la condena, y sin el requisito de sentencia firme. Aquí se trata de condenas criminales y dispensar la sentencia firme parece frontalmente ofender al principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 5o., LVII de la Constitución. El cuarto párrafo añadido por la ley excluye la sanción de inhabilitación por delitos por culpa y los definidos por la ley como de menor potencial ofensivo, así como por los delitos de acción privada.

Sin embargo, se amplía la lista de delitos que tienen esta consecuencia. Anteriormente, como hemos visto, la ley se refería a los delitos en contra de la economía popular, la fe pública, la administración pública, los bienes públicos, el mercado financiero, el narcotráfico y los delitos electorales. La Ley Complementar núm. 135/2010 impone la restricción de elegibilidad también a los delitos contra el patrimonio privado; contra el mercado de capitales y crímenes de bancarrota; contra el medio ambiente y la salud pública; abuso de autoridad, cuando resulta la pérdida del cargo o inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos; el lavado u ocultación de bienes, derechos y valores; el racismo; la tortura; el terrorismo; la reducción a condiciones análogas a la esclavitud; delitos contra la vida sexual y la dignidad; y los cometidos por una organización criminal. En cuanto a los delitos electorales, en la medida de inhabilitación va más allá del cumplimiento de la pena sólo para aquéllos para quienes sea prevista la de la ley pena privativa de libertad.

En el mismo sentido, pasa a ser de ocho años la restricción por cuentas públicas rechazadas, aunque ahora requiere que la irregularidad incurable configure acto doloso de improbidad administrativa. Al menos aparentemente, la estimación inicial se debilita, porque no es en todos los casos en que las cuentas son rechazadas y se aplicaría dicha inelegibilidad. Además, el nuevo texto incorpora la construcción jurisprudencial y prevé el no reconocimiento de la inelegibilidad cuando la decisión de rechazo se anule o se suspenda por el Poder Judicial.

La Ley Complementar núm. 135/2010 presenta ocho casos más de inelegibilidad, todos con plazo de ocho años. Pasan a ser impedidos de competir, los condenados por corrupción electoral, por la compra de votos, por donar, recaudar o gastar fondos ilegales de campaña o conducta prohibida para los agentes públicos en campañas que implican la cancelación del registro o diploma. Es decir, otra vez más no se exige ni siquiera al menos dos decisiones sobre el caso para que se declare la restricción. Otro factor que llama la atención es que un votante que supera el límite legal de las donaciones a las campañas electorales (diez por ciento de sus ingresos obtenidos en el año anterior) sufre la misma pena del candidato que gasta diez veces más de lo que declara. No parece ser una disposición legal razonable.

Un punto de la ley, al menos en los primeros ocho años de su vigencia, es capaz de generar severas restricciones de carácter retroactivo al derecho fundamental de elegibilidad. El dispositivo prevé inhabilitación para

o presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura.

Aunque el tiempo verbal utilizado por el legislador indica la aplicación prospectiva, las primeras decisiones del Tribunal Superior Electoral indican la posibilidad de aplicar esta pena, a qué renunciaron antes de su entrada en vigor. Sin embargo, la Constitución y la legislación no preveían otra consecuencia para la renuncia para de la pérdida de mandato. No es compatible con un Estado democrático de derecho que una conducta se aplique una consecuencia posteriormente prevista, con carácter claramente punitivo.

Véase cómo la actuación de la justicia electoral no es en el sentido de proteger el sistema de derechos y los estándares del Estado democrático, sino actúa franca y activamente restringiendo derechos fundamentales, con un discurso moralista que no encuentra respaldo en la Constitución brasileña.

También son impedidos de concurrir los condenados a la suspensión de los derechos políticos por improbidad administrativa, que cause lesión al patrimonio público o enriquecimiento injusto. Además de lo dispuesto en el artículo 15 de la Constitución, que prevé la suspensión de los derechos políticos en caso de condena por dicha infracción, se suma la inhabilitación de ocho años a partir de la sentencia. En los casos de enriquecimiento ilícito, el periodo máximo de suspensión de los derechos políticos es de diez años, lo que, sumado a la pena de inhabilitación presentada por la nueva legislación, daría lugar a la inhabilitación de dieciocho años. Cabe señalar que dicha restricción así de severa puede estar basada en una decisión única y no se requiere para su aplicación una sentencia firme.

El legislador de 2010 fue aún más audaz. Estableció la inelegibilidad —por el mismo periodo de ocho años— para aquellos que sean excluidos de la profesión, por decisión sancionatoria del organismo profesional competente, por infracción ética y profesional, a menos que la decisión sea anulada o suspendida por el Poder Judicial. Se resalta que aquí ni siquiera se requiere la actuación del Poder Judicial para generar la restricción del derecho fundamental. Es un dispositivo muy cuestionable en lo que se refiera a su constitucionalidad.

Otro dispositivo impone inhabilitación durante ocho años a aquéllos condenados por decisión en reconocer fraude en rompimiento del vínculo matrimonial o unión estable para evitar la caracterización de impedimento. La restricción por ocho años también se aplica a aquellos que son despedidos de la administración pública debido a procedimiento administrativo o judicial, a menos que la decisión sea suspendida o cancelada por el Poder Judicial; a los jueces y fiscales que se han jubilado obligatoriamente por la decisión sancionatoria, que han perdido la posición por sentencia o que han solicitado exoneración o jubilación voluntaria pendiente de procedimiento administrativo disciplinario.

Asimismo, la nueva ley sustituye la referencia a la potencialidad, necesaria para configurar el abuso de poder, por la noción de “gravidad de las circunstancias”, lo que, en la práctica, conserva el amplio espacio de discrecionalidad del juez en el análisis de los hechos.

Debido al momento de publicación de la Ley Complementar núm. 135/2010, la primera pregunta que surge es respecto a su aplicabilidad a las elecciones de 2010. El 10 de junio de 2010 —último día del plazo de las

convenciones partidistas para la selección de candidatos— el Tribunal Superior Electoral decidió por su aplicación inmediata.

Sobre las hipótesis de restricción a la elegibilidad de la Ley Complementar núm. 135/2010, el Tribunal Superior Electoral decidió el 17 de junio de 2010,⁴⁹⁸ para la aplicación inmediata de la ley, la posibilidad de retroacción de las normas de la nueva ley para agravar la pena de inhabilitación aplicada con fundamento en la legislación anterior.

Es decir, la justicia electoral, principalmente el Tribunal Superior Electoral, no parece destacarse como un instrumento efectivo de la garantía de los derechos fundamentales, en contra de las alteraciones del legislador que ofenden a los principios constitucionales.

II. PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS DEL PROCESO ELECTORAL

Para comprender el sistema brasileño, y sus incoherencias, es necesario subrayar que la lectura del derecho electoral en Brasil siempre ha ignorado una visión desde el punto de vista de la Constitución. Como las reglas de la competición electoral eran erigidas a las vísperas de cada elección, los comandos normativos se sucedían ilógicamente (o con la lógica distorsionada de la ingeniería legislativa electoral de la dictadura militar) y ni siquiera el derecho electoral era considerado una disciplina jurídica, quedando sus fundamentos e institutos sin sistematización.

Con el nuevo orden constitucional, el cambio no fue inmediato tampoco fácil. El Código Electoral de 1965 (Ley núm. 4.737/65) fue parcialmente derogado por la Constitución de 1988. Las “leyes del año” para reglar las elecciones fueron alternándose, la Ley de Inelegibilidades es sustituida en 1990, la Ley de los Partidos Políticos no antes de 1995 y en 1997 surge la lla-

⁴⁹⁸ “Consulta núm. 1147. Ementa: Consulta. Inelegibilidades. Lei Complementar núm. 135/2010. 1. No julgamento da Consulta núm. 1120-26.2010.6.00.0000, o Tribunal asentou que a LC núm. 135/2010 tem aplicação às eleições gerais de 2010. 2. A LC núm. 135/2010, que alterou as causas de inelegibilidade, se aplica aos processos em tramitação iniciados, ou mesmo já encerrados, antes de sua entrada em vigor, nos quais tenha sido imposta qualquer condenação a que se refere a nova lei. 3. A incidência da nova lei a casos pretéritos não diz respeito à retroatividade de norma eleitoral, mas, sim, à sua aplicação aos pedidos de registro de candidatura futuros, posteriores à entrada em vigor, não havendo que se perquirir de nenhum agravamento, pois a causa de inelegibilidade incide sobre a situação do candidato no momento de registro da candidatura. 4. Exsurge da nova lei que a incidência de causas de inelegibilidade em face de condenações por órgão colegiado, sem exigência de trânsito em julgado, resulta da necessidade de exigir dos candidatos vida progressa compatível para o exercício de mandato”.

mada Ley de las Elecciones, sin cumplir lo que prometía, siguiendo la inestabilidad normativa en el ámbito electoral.

Al contrario de las otras ramas del derecho brasileño, no se hace en el derecho electoral la justificación de una regla a partir de un principio constitucional sectorial, fundamentado en un principio constitucional general y éste en un principio estructurante. Tal vez por cuenta de dicha característica completamente negativa, el tratamiento académico y doctrinario al derecho electoral sea tan precario y difícil de diseñar una línea coherente de decisiones y textos normativos.

La sistemática constitucional brasileña permite, sin embargo, el reconocimiento de principios fundamentales que estructuran el derecho electoral conforme un Estado democrático de derecho. Los principios que parecen emerger de la Constitución, para funcionar como llave y esencia del derecho electoral brasileño,⁴⁹⁹ son el principio constitucional de la autenticidad electoral; el principio constitucional de la libertad para el ejercicio del mandato; el principio constitucional de la necesaria participación de las minorías en el debate público y en las instituciones políticas; el principio constitucional de la máxima igualdad en la disputa electoral; y el principio constitucional de la legalidad específica en materia electoral.⁵⁰⁰ Además, el principio democrático que cruza toda la estructura política y jurídica debe informar también las prácticas y estructuras de los partidos políticos, actores fundamentales en el proceso electoral.

1. *El principio de la autenticidad electoral*

El significado y el alcance de la autenticidad electoral ya fueron tratados en el capítulo segundo. Lo que se evidenciará aquí son los reflejos de dicho principio en el ordenamiento jurídico brasileño.

El principio constitucional de la autenticidad electoral se relaciona directamente con la exigencia constitucional de elecciones libres y limpias, de

⁴⁹⁹ Ataliba, Geraldo, “Mudança”..., *cit.*, pp. 181-186; o, aún, con Romeu Felipe Bacellar Filho, “através dos princípios, as normas constitucionais são costuradas umas às outras para formar o ordenamento constitucional”. Y sigue: “embora possuam marca distintiva, os princípios atuam conjugadamente, complementando-se, condicionando-se, modificando-se, harmonizando-se em termos recíprocos. Tudo porque assentam-se numa base antropológica comum: a dignidade da pessoa humana” (Bacellar Filho, Romeu Felipe, *Reflexões sobre Direito Administrativo*, Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 129).

⁵⁰⁰ Los cinco primeros principios fueron largamente analizados en la obra *Princípios constitucionais eleitorais*, publicada por Fórum, en 2010.

garantías de opciones reales, de la libertad de expresión e información y de la formación del voto libre e igual.

La definición del cuerpo electoral también está relacionada a la autenticidad electoral. La exclusión de determinados grupos sociales del derecho de voto y de ser votado no encuentra lugar en un sistema democrático. El sufragio universal debe incluir todos los individuos capaces.

Un sistema de control de las elecciones, que asegure la legitimidad del proceso electoral, deriva del principio de autenticidad. En Brasil, la justicia electoral reúne competencias amplias para la administración de las elecciones, el análisis del contencioso, consultas sobre la interpretación de la legislación electoral y una autorreconocida competencia normativa. La justicia electoral goza de un alto grado de confiabilidad en el ámbito administrativo, pero en la calificación de las elecciones y en su función jurisdiccional es posible criticar la aplicación selectiva de la (desde luego selectiva) legislación electoral.

De la autenticidad electoral, tenida como un principio constitucional estructurante del derecho electoral brasileño, derivan tres subprincipios. El primero, se refiere a la “autenticidad” del voto. Las comillas son necesarias para que se comprenda dicha autenticidad en su real dimensión. No debe ser considerado auténtico sólo el voto compuesto por incuestionable espíritu público, so pena de admitir una visión perfeccionista, que no se coaduna con el ideal republicano, elemento esencial del Estado brasileiro.

Ante el secreto del voto, derecho fundamental irrenunciable, no es posible averiguar el sentido de la decisión del elector y menos aún desvendar sus motivos. Tampoco es admisible hacer una lectura que categorice a ciudadanos tratando respetosamente únicamente aquéllos que, para dicha comprensión, sean capaces de decidir entre candidatos y programas políticos de manera impersonal, crítica y reflexiva. Si fuera así, poco restaría de electorados de países como Brasil, en que todavía no están satisfechas las necesidades más básicas de alimentación, mucho menos de educación y cultura.

Son cuestionables las campañas institucionales del Tribunal Superior Electoral. El “Vota Brasil” de las elecciones de 2010, que buscaba incentivar la participación electoral, y el “Voto Limpo” de 2012, que por medio de un lenguaje publicitario intentaba demostrar que los avances para la democracia se daban por medio del trabajo del tribunal.⁵⁰¹ Además de evidenciar una tutela del elector, dicha postura contraría el principio de neutralidad de los poderes públicos.

⁵⁰¹ Los spots, muy controvertidos (principalmente el que muestra el elector como un payaso), están disponibles en la página web del Tribunal Superior Electoral, http://www.tse.jus.br/hotSites/voto-limpo/geracao_midias.html.

Un problema para la garantía de la autenticidad es la influencia indebida de los medios de comunicación, que más producen, vehiculan o transmiten una opinión. Lo mismo es aplicable para la publicidad institucional y las encuestas electorales.

El principio de la autenticidad electoral también exige la veracidad del escrutinio, libre de fraudes en el reconocimiento y en el conteo de los votos. La legislación brasileña se ha perfeccionado en este sentido, y el sistema electrónico de votación y apuración es un ejemplo para muchos países. Desde su implantación, sin embargo, existen cuestionamientos sobre la fiabilidad de un sistema que prescinde de un sustrato material de los votos, lo que impediría el recuento y una eventual auditoría. No existen boletas, lo que por veces es un impedimento para la adopción de la urna electrónica brasileña por otros países.

Aún, cuanto a la autenticidad de escrutinio, se debe evaluar la actuación indebidamente protagonista de la justicia electoral que, por veces, provoca una “tercera vuelta” en las elecciones, y decide, apartando la voluntad popular, sobre quien serán los representantes. No se niega el importante papel de la justicia electoral como árbitro de las elecciones, pero no se puede estar de acuerdo que se sustituya la decisión soberana del pueblo. Aunque se reconozca que la línea entre la permisividad y la intromisión pueda ser tenue, actualmente la acción exagerada del poder judicial brasileño en la arena electoral salta a la vista.

El último aspecto referente a la exigencia de autenticidad dice respecto a la representación política fidedigna, lo que impone una material igualdad del voto. La Constitución brasileña exige —y eso se revelará con igual fuerza en otro principio— que haya la máxima consideración de los votos dados, que el derecho de votar se refleje en el derecho de ser representado.

Están involucrados en este principio la configuración del sistema electoral y los recortes jurídicos al derecho político pasivo: las condiciones de elegibilidad, las hipótesis de inelegibilidades y la previsión de las incompatibilidades. En el contexto brasileño, frente a un creciente alargamiento legislativo y jurisdiccional de las inelegibilidades, es necesario subrayar que todos los límites al derecho de ser votado configuran una restricción al derecho fundamental y, por lo tanto, deben ser interpretadas restrictivamente y, lógicamente, no pueden tener carácter retroactivo en ningún caso, so pena de ofender directamente a la Constitución y a los derechos fundamentales.

Por fin, a partir de la configuración del sistema brasileño, es necesario analizar la posibilidad de coaliciones para las elecciones informadas por el principio proporcional, sin que la división de las curules obtenidas por el bloque sea realizada según la fuerza de cada partido. Eso ocurre en Brasil, lo que

conlleva a la transferencia de la opción política del elector entre partidos los que, en la gran mayoría de las veces, no profesan ideologías compatibles.

2. *El principio de la libertad para el ejercicio del mandato*

Aunque pueda parecer innecesario insistir en la libertad de los representantes después del ocaso del mandato imperativo, en el sistema brasileño, el Poder Judicial creó la figura del mandato partidista, recuperando el concepto de Kelsen⁵⁰² un siglo después, en un contexto político completamente distinto. Así que se hace imprescindible tratar del tema.

El principio constitucional de la libertad para el ejercicio del mandato, también estructurante del derecho electoral brasileño, es el segundo pilar de la justificación de la construcción y de la aplicación de las reglas electorales. Su configuración deriva directamente del diseño constitucional de una democracia deliberativa y de la previsión del mandato representativo. La elección es colectiva, así como la representación existe una relación entre el pueblo y el Parlamento, entre el pueblo y el Poder Ejecutivo, pero no parece ser posible vislumbrar una relación del elector (o de una parte específica del electorado) con determinado representante.

En el contexto brasileño, el estatuto constitucional de los parlamentarios y la ausencia de previsión de reglas de fidelidad y disciplina partidistas en su sentido fuerte evidencian dicha decisión constituyente. Aunque la libertad no es absoluta (como ningún derecho lo es), ya que el contenido necesario es el interés general, la titularidad del mandato es del representante político.⁵⁰³ Tanto en el campo político, como en el jurídico.

A partir del principio constitucional de la libertad para el ejercicio del mandato, se impone el reconocimiento de la prohibición del mandato imperativo, de carácter predominantemente privado, que no cabe más en las Constituciones occidentales democráticas. No existen instrucciones del electorado o del partido que determinen la actuación de los representantes. No obstante, por las equivocadas decisiones del Tribunal Superior Electoral y del Supremo Tribunal Federal, no se puede sostener el mandato partidista en el orden jurídico brasileño.⁵⁰⁴

⁵⁰² Kelsen, Hans, *A democracia...*, cit., pp. 39 y 40.

⁵⁰³ Miranda, Jorge, *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito, 2003, pp. 267-270.

⁵⁰⁴ Como se establece en la respuesta del Tribunal Superior Electoral a la consulta núm. 1398 y en los juzgados del Supremo Tribunal Federal de los *mandados de segurança* núms. 26.602, 26.603 y 26.604.

Tal entendimiento, sin embargo, no es unánime en la doctrina. Algunos autores defienden el mandato partidista en Brasil. De hecho, en el tiempo de las democracias de masa, los partidos políticos fueron esenciales para el funcionamiento de la política, no sólo en la selección de los candidatos (función que mantiene hasta el día de hoy), pero principalmente en la aglutinación de ciudadanos en torno a temas fundamentales y a posturas políticas determinadas, con fuerte identificación ideológica. Así, para Antonio Gramsci, que ve en el partido el “nuevo príncipe”, como intelectual colectivo capaz de reformar intelectualmente y moralmente la sociedad y fundar un nuevo tipo de Estado.⁵⁰⁵ Dicha visión, empero, no parece coadunarse con un nuevo modelo de sociedad y democracia, una democracia electoral⁵⁰⁶ o de audiencia.⁵⁰⁷

Lo que se mantiene, por decisión constituyente, es el monopolio de los partidos para el registro de candidatos. No parece posible reconocerles el monopolio de la “produção e da imposição dos interesses políticos instituídos”,⁵⁰⁸ so pena de desdeñar todo el debate social sobre el interés público. La configuración constitucional de una democracia con características deliberativas no permite dicha extensión. Tampoco se puede sostener, como se hace constantemente, la indispensabilidad de los partidos políticos por razones instrumentales. La ventaja de la existencia de los partidos para la división de los recursos públicos destinados a las campañas o del tiempo gratuito en la radio o la televisión no puede ser capaz de transformar una democracia con partidos en una democracia de partidos o una democracia por los partidos. Lo mismo se puede decir del Estado brasileño —es un Estado con partidos y no un Estado de partidos—.

Por cuenta de la inconstitucionalidad de la configuración de un mandato imperativo, vinculado a instrucciones del electorado o del partido, y por la titularidad del mandato de representante político —lo que se confirma por la posibilidad del representante en renunciar al mandato sin ninguna interferencia del partido— la decisión del Tribunal Superior Electoral y del Supremo Tribunal Federal que determina la pérdida de mandato por aban-

⁵⁰⁵ Gramsci, Antonio, *op. cit.*, pp. 6-7, 22 y 26.

⁵⁰⁶ Abal Medina, Juan, *La muerte y la resurrección de la representación política*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 69-93.

⁵⁰⁷ Manin, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, trad. de Fernando Vallespín, Madrid, Alianza, 1998 [1995], pp. 274-276.

⁵⁰⁸ Bourdieu, Pierre, “A representação política. Elementos para uma teoria do campo político”, en *O poder simbólico*, trad. de Fernando Tomaz, 6a. ed., Río de Janeiro, Bertrand Brasil, 2003, pp. 163-207, en especial p. 168.

dono de partido sin justa causa⁵⁰⁹ se muestra completamente apartada de cualquier lectura de la Constitución brasileña. Se trata, en realidad, de una mutación cabalmente inconstitucional.

3. *El principio de la necesaria participación de las minorías en el debate público y en las instituciones políticas*

Derivado del principio republicano, con fuerte marca de la exigencia de igualdad y principalmente de la igualdad electoral, el principio constitucional de la necesaria participación institucionalizada de las minorías refleja una exigencia del pluralismo político establecido como fundamento de la República. Dicho pluralismo, por cierto, no se agota en un pluralismo partidista, pero lo exige y lo supone. A aquellos que atacan lo que llaman multipartidismo brasileño se debe resaltar que, la gobernabilidad no es un principio constitucional estructurante. No existe un número mágico de partidos. Con todo, existen formas de restringir la competencia electoral, disminuyendo la calidad de la democracia representativa.

La igualdad material en términos electorales impone que las opiniones políticas compartidas por la sociedad, aunque minoritarias, encuentren eco en los espacios de decisión política. La primera consecuencia directa de dicho reconocimiento es la imposición del principio proporcional en la formación de los parlamentos. Así, el sistema electoral brasileño para la composición de la Cámara de los Diputados y de los parlamentos distrital, estatales y municipales se ajusta a dicha premisa. Y pasa a ser elemento constitutivo de la ambiciosa democracia constitucional, bosquejada en Brasil.

Para Lilian Márcia Balmant Emerique, “o princípio da igualdade eleitoral assume um caráter constitutivo para a estruturação do sistema proporcional. E o dito sistema, por sua vez, deve ser encarado como um elemento fundamental para a caracterização do princípio democrático”.⁵¹⁰ Según Reinhold Zippelius, “faz parte da concepção básica de democracia que todos os possíveis interesses e opiniões tenham uma oportunidade de competirem entre eles, e que procurem adquirir influência sobre a acção estatal”.⁵¹¹

⁵⁰⁹ Se debe resaltar que el listado de “causas justas” para el abandono del partido sin la pérdida de mandato fue establecido por el mismo Poder Judicial, en patente ofensa al principio de separación de poderes y en términos completamente abiertos, lo que permite una aplicación selectiva, y sin una carga argumentativa significativa, de la inconstitucional pérdida de mandato.

⁵¹⁰ Emerique, Lilian Márcia Balmant, *Direito fundamental como oposição política: discordar, fiscalizar e promover alternância política*, Curitiba, Juruá, 2006, p. 60.

⁵¹¹ Zippelius, Reinhold, *op. cit.*, p. 299.

Como fórmula que traduce la voluntad del pueblo en representación política, el sistema electoral se muestra como una de las decisiones constituyentes fundamentales. En el caso brasileño, se privilegia el principio proporcional, con la decisión por el elector de los electos, sin predeterminación del orden de los candidatos.

Quizás el argumento más serio en contra del sistema proporcional sea el de su incomprendibilidad por el elector, por su fórmula electoral de distribución de escaños, aún menos comprensible cuando se trata de la distribución de las sobras y da posibilidad de coaliciones con transferencia de votos entre los partidos y candidatos. Sin embargo, dicha crítica no es capaz de alejar las cualidades de un sistema que permite la convivencia institucional de la heterogeneidad de la sociedad brasileña y que proporciona no sólo la representación de las minorías, sino su efectiva influencia en las decisiones políticas.

Tampoco parecen adecuados los intentos de minorar dicha potencialidad. La adopción de un sistema distrital mixto no se armoniza con el diseño constitucional de la democracia brasileña.

Otra medida, marcadamente inconstitucional, que se pretende implantar en Brasil, es una cláusula de desempeño. De manera indirecta —no para excluir o extinguir partidos, sino para servir de criterio para la distribución de las garantías constitucionales del financiamiento público directo y del acceso a la radio y a la televisión—, dicha cláusula, aunque mitigada, vigoró entre 1996 y 2006. El artículo 13 de la Ley de los Partidos (Ley núm. 9.096/1995) previa el “direito ao funcionamento parlamentar” al “partido que, em cada eleição para a Câmara dos Deputados obtenha o apoio de, no mínimo, cinco por cento dos votos apurados, não computados os brancos e os nulos, distribuídos em, pelo menos, um terço dos Estados, com um mínimo de dois por cento do total de cada um deles”. Y, por los artículos 41, 48 y 49 distribuía los recursos públicos y el tiempo de antena, separando los partidos que alcanzaron dicho umbral y los que no lo alcanzaron, en un cálculo bastante favorable a los partidos más grandes. En disposiciones transitorias, los artículos 56 y 57 determinaban la aplicación progresiva de la división desde las elecciones de 1998 hasta 2006. En diciembre de 2006, no obstante, el Supremo Tribunal Federal declaró la inconstitucionalidad del artículo 13 y de sus reflejos, en los fallos de las acciones directas de inconstitucionalidad 1351-3 y 1354-8.

Cualquier artificio reductor del pluralismo es inaceptable, como afirma Orides Mezzaroba.⁵¹² Y las cláusulas de barrera o desempeño tienden a

⁵¹² Mezzaroba, Orides, “O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea”, *Humanismo latino e Estado no Brasil*, Florianópolis,

desaparecer a la oposición y al debate plural de las fuerzas políticas, oligarquizando el sistema, asientan Domingo García Belaunde y José F. Palomino Manchego.⁵¹³ Para Wanderley Guilherme dos Santos, dichas cláusulas son “mecanismos para reduzir a competição e a representação político-partidárias”.⁵¹⁴ Aunque, como ocurre en el texto constitucional portugués, no existe una prohibición expresa en la Constitución brasileña, el principio fundamental del pluralismo político y el principio constitucional de la necesaria participación de las minorías vedan su existencia.

Existe implícito en la democracia deliberativa y republicana brasileña, el derecho de oposición, entendido según los ideales republicanos y democráticos. Así, no se puede menospreciar la actuación de las minorías ni buscar, en nombre de una pretendida gobernabilidad, la lenta exterminación de los partidos políticos menos expresivos. No se puede negar las funciones esenciales de la oposición en una democracia efectiva, como indican Lilian Márcia Balmant Emerique⁵¹⁵ y Clèmerson Merlin Clève.⁵¹⁶

4. *El principio de la máxima igualdad en la disputa electoral*

El principio constitucional de la máxima igualdad de la disputa electoral es el cuarto principio estructurante del derecho electoral brasileiro. Y es casi intuitivo ante los principios republicano y democrático, además de estar presente en las configuraciones legales y constitucionales de las reglas de la disputa electoral. No obstante, es todavía lo que más se muestra ofendido en la práctica política brasileira.

Dicho principio es lo que determina una elección libre y justa, a partir de un proceso sin abusos y máculas. La democracia, como aduce John Hart Ely, cualquiera que sea su definición, tiene como elemento central la igual-

Fundação Boiteux, 2003, p. 59-101, en especial p. 97, y Mezzaroba, Orides, “O partido político no Brasil: princípios constitucionais balizadores para criação e funcionamento”, en Gonçalves, Guilherme de Salles, Pereira, Luiz Fernando Casagrande, Strapazon, Carlos Luis (coords.), *Direito eleitoral contemporâneo*, Belo Horizonte, Fórum, 2008. pp. 45-60, en especial p. 56.

⁵¹³ García Belaunde, Domingo y Palomino Manchego, José F., “Barrera electoral”, *Diccionario electoral*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2000, pp. 97-101, en especial p. 98.

⁵¹⁴ Santos, Wanderley Guilherme dos, *Governabilidade e democracia natural*, Río de Janeiro, Editora FGV, 2007, pp. 68, 86 y 109.

⁵¹⁵ Emerique, Lilian Márcia Balmant, *op. cit.*, pp. 269, 317, 240 y 251.

⁵¹⁶ Clève, Clèmerson Merlin, *Atividade..., cit.*, pp. 145 y 146.

dad política, que debe reflejar en el valor del voto, en la representación (como hemos ya visto) y también en la disputa electoral.⁵¹⁷

En Brasil, la preocupación de la desigualdad en la competición viene desde el Imperio, con la previsión de incompatibilidades. Se debe resaltar que el principal golpe normativo al principio ha venido desde el poder de reforma de la Constitución. La Enmienda núm. 16/1997 a la Constitución atingió gravemente el principio, al permitir, en flagrante ofensa a la historia republicana brasileira, la reelección de los jefes del Poder Ejecutivo.⁵¹⁸ Dicha “Emenda materialmente inconstitucional”⁵¹⁹ ha hecho peor al no imponer la necesidad de renuncia para concurrir al mismo cargo, creando una situación donde se confunden el jefe de Estado y de la administración y el candidato.

Celso Antônio Bandeira de Mello registra que la propuesta original de reelección imponía el alejamiento del cargo para la campaña y que la posibilidad de permanencia refrendada posteriormente por el Supremo Tribunal Federal en eliminar en la acción directa de inconstitucionalidad 1805-1, juzgada el 26 de marzo de 1998 que significaría una inversión en el principio de igualdad entre los competidores, conllevando a “inculcar imbecilidade à norma jurídica”, “o mais rematado absurdo, a mais completa inconsistência, a mais radical estultice, a mais cabal incongruência da Lei Magna”.⁵²⁰

Cabe subrayar que el derecho electoral brasileño supone la mala fe de los agentes públicos y de los candidatos, como lo comprueban dispositivos constitucionales y legales. La inelegibilidad por parentesco, la prohibición original de la reelección, los plazos de alejamiento para concurrir, la reserva de ley complementar tratando de inelegibilidades con el elenco de los bienes jurídicos protegidos, la previsión de conductas vedadas a los agentes públicos, las inelegibilidades y las incompatibilidades infraconstitucionales revelan dicha suposición.

Es en relación, primordialmente, con el principio constitucional de la máxima igualdad en la disputa electoral que se fundamentan las inelegibili-

⁵¹⁷ Ely, John Hart, *op. cit.*, pp. 122 y 123.

⁵¹⁸ Barreto, Lauro, *Reeleição e continuísmo*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 1998, p. 3; Rocha, Cármen Lúcia Antunes, “O processo eleitoral como instrumento para a democracia”. *Resenha Eleitoral*, Florianópolis, vol. 5, núm.1, 1998, pp. 65-83 y Torelly, Paulo Peretti, *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição: Isonomia e República no Direito Constitucional e na Teoria da Constituição*, Puerto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, pp. 208 y 230.

⁵¹⁹ Bonavides, Paulo, “A salvaguarda da democracia constitucional”, en Maués, Antônio G. Moreira (org.), *Constituição e Democracia*, São Paulo, Max Limonad, 2001, pp. 245-260.

⁵²⁰ Bandeira de Mello, Celso Antônio, “Desincompatibilização e inelegibilidade de chefes de Executivo”, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, núm. 18, 1997, pp. 5-14.

dades innatas y las incompatibilidades. Se busca garantizar el equilibrio en el pleito por el impedimento de concurrir a las elecciones y por la imposición del alejamiento de una posición de ventaja. La mayor parte de las inelegibilidades, llamadas inelegibilidades conminadas, se deriva de un comportamiento desvalorado socialmente y se caracteriza como una sanción. Dichas inelegibilidades (como las de la Ley Complementar núm. 135/2010, que tienen un carácter netamente punitivo) están más relacionadas al principio de la autenticidad electoral.

Otro punto, extremadamente sensible para las democracias de índole liberal, es la tensión entre la libertad de expresión y la igualdad en la disputa. Si tratar de límites a la libertad de expresión es siempre complicado, las restricciones se imponen en el proceso electoral debido a su naturaleza republicana. No es suficiente la actuación del Estado en proteger la libertad, se debe asegurar la efectiva participación de todas las voces en el debate político.

En el sistema constitucional brasileiro es necesario ver la libertad de expresión bajo un enfoque republicano, no como un mercado libre de ideas⁵²¹ o como una manifestación de la autonomía individual, sino a partir de su comprensión tenida desde, como afirma Owen Fiss, su finalidad en el régimen democrático: fortalecimiento del debate público y la intensificación de la autodeterminación colectiva.⁵²² Con Carlos Santiago Nino, la actuación del Estado para la promoción del debate público y robusto es exigencia de una democracia deliberativa.⁵²³

Así, se sostiene la regulación de la propaganda electoral y el acceso a los medios de comunicación. Ya se expuso sobre la inconstitucionalidad de la distribución del tiempo de los partidos y de los candidatos en la radio y televisión con base en una cláusula de desempeño, conforme la lectura de la Constitución brasileña y el fallo en el Supremo Tribunal Federal. Se debe resaltar, aún, que el dominio de determinados grupos en relación con los medios de comunicación social puede bloquear la comunicación de los otros, lo que cobra, para Jônatas Machado, la corrección de las desigualdades comunicativas, a partir de los principios de la libertad, igualdad, justicia y la reciprocidad.⁵²⁴ Y, aún, el “efecto silenciador de la libertad de expre-

⁵²¹ Sánchez Muñoz, Óscar, *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 234-244.

⁵²² Fiss, Owen M., “Free speech and social structure”, *Yale Law School*, 1986, www.law.yale.edu/faculty/fisspublications.htm.

⁵²³ Nino, Carlos Santiago, *La constitución...*, *cit.*, p. 224.

⁵²⁴ Machado, Jônatas E. M., *op. cit.*, pp. 18, 89 y 90.

sión”, resaltado por Owen Fiss, que deriva del contenido o de la diferencia social entre los grupos o individuos, y calla otros discursos.⁵²⁵

La regulación de la propaganda, sin embargo, no puede servir para aniquilar el derecho a la libertad de expresión, con excesos en su limitación o su prohibición amplia, lo que llevaría a una ventaja para el partido o candidato ya conocido. Tampoco parece posible la regulación a nivel municipal de las campañas estatales (o a nivel estatal de una campaña nacional) como señala Guilherme de Salles Gonçalves.⁵²⁶

Otro problema que aún carece de solución en el escenario nacional, es la utilización indebida de la publicidad o propaganda institucional para la promoción de individuos o de grupos políticos. Dicho tema se aproxima sobre la cuestión del abuso de poder político en la disputa electoral, otro elemento que desequilibra la disputa electoral. Aquí se impone la neutralidad del poder público, que no puede beneficiar o perjudicar a ninguno de los contendientes. Al contrario del poder económico, cuyo uso es permitido siendo vedado su abuso, en relación con el poder político cualquier uso es, por sí, abusivo. Por ello no cabe hablar en potencialidad o gravedad de las circunstancias. La noción de función y los principios de la administración pública, sumados a las conductas vedadas por la Ley electoral, evidencian que la prohibición es absoluta.

Finalmente, se trata de la cuestión del abuso del poder económico como un elemento ofensivo a la máxima igualdad en la disputa electoral. La decisión legislativa por el modelo mixto de financiamiento de partidos y de campañas electorales en Brasil, establece límites para las donaciones de personas físicas y jurídicas, además de un sistema bastante débil de fiscalización de cuentas.

Aunque se revele justificable el aporte de dinero público ante la función de los partidos y de la importancia de la disputa electoral en la configuración de la democracia, su división no puede ofender ni el principio de la máxima igualdad, ni el de la necesaria participación de las minorías. No puede representar, con Joaquim José Gomes Canotilho, una cláusula de diferenciación o un “prêmio ao poder” y “uma tentativa camuflada da redução externa partidária e do próprio espectro político”.⁵²⁷

⁵²⁵ Fiss, Owen M., “El efecto silenciador de la libertad de expresión”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 4, abril de 1996, pp. 17-27, en especial p. 22.

⁵²⁶ Gonçalves, Guilherme de Salles, “A liberdade de exercício da propaganda eleitoral e o «deber» de respeito às posturas municipais”, en Gonçalves, Guilherme de Salles, Pereira, Luiz Fernando Casagrande y Strapazzon, Carlos Luis (coords.), *Direito eleitoral contemporâneo*, Belo Horizonte, Fórum, 2008, pp. 205-241, en especial p. 208.

⁵²⁷ Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito...*, *cit.*, pp. 312 y 313.

No parece posible, sin embargo, adoptar el financiamiento público exclusivo ante la dimensión de la autonomía personal involucrada en la posibilidad de contribuir, aunque de manera regulada y limitada, para el desarrollo de un proyecto político. Eso no se aplica, empero, a las personas jurídicas que, a mi juicio, no tienen dicha autonomía. Un cambio indicado para disminuir las desigualdades podría ser la determinación de un límite máximo (y no relativo) para las donaciones, para que el poder económico no pueda desequilibrar por sí mismo la disputa.

En relación con la tenue fiscalización prevista por la Ley de las Elecciones, que incluye rendiciones parciales de cuentas sin la indicación de donantes y no vinculantes o sea, completamente inútiles, no puede haber “ponderación” en su aplicación que, por veces, vacía los pocos comandos normativos capaces de cohibir las conductas indebidas. Como afirma W. J. M. Mackenzie, “es más fácil perseguir por razón de inobservancias técnicas que por delitos sustantivos” y como la legislación electoral brasileña contiene exigencias formales, “tan sólo se necesita probar la sencilla proposición de que el dinero se ha gastado, no la obscura proposición de que se haya hecho de él un uso inmoral”. Así, “la vigilancia y control por las autoridades públicas o por los partidos entre sí se simplifican muchísimo”.⁵²⁸ Y es la única manera de aplicar la ley.

5. *El principio de la estricta legalidad en materia electoral*

El principio constitucional de la legalidad específicamente en materia electoral deriva, directamente, del principio estructurante del Estado de derecho y de la exigencia de legalidad. Pero se caracteriza por una exigencia más enfática en dicho campo, así como en el ámbito del derecho penal, de derecho administrativo y del derecho fiscal, ramas del derecho que se relacionan con la democracia, la libertad y la propiedad.

Es posible hablar, aquí, en una reserva de ley del Parlamento, como para reforzar dicha exigencia. No se olvida de la advertencia de Celso Antônio Bandeira de Mello en lo que se refiere a la impropiedad de la categoría “reserva de ley” en Brasil,⁵²⁹ pero se parte del presupuesto de la necesidad ineludible de la formación de las reglas electorales en el Parlamento, y en un Parlamento donde se garantice el debate público y robusto con todas las voces de la sociedad.

⁵²⁸ Mackenzie, W. J. M., *op. cit.*, p. 169.

⁵²⁹ Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito...*, *cit.*, p. 1052.

Es o puede parecer obvio; el refuerzo de la idea es, empero, necesario. Urge, en Brasil, establecer que la competencia para instituir las reglas del juego democrático es del Parlamento. Y no —nunca— del Poder Ejecutivo. Mucho menos del Poder Judicial. Es en el “espacio de lucha” del Parlamento, como afirma Clèmerson Merlin Clève,⁵³⁰ es en la discusión a puertas abiertas, que la democracia debe ser regulada. El Parlamento, como “a mais completa expressão do pluralismo político”,⁵³¹ permite que dicha regulación se legitime, y así, promueve la legitimación del ejercicio del poder político.

Salta a la vista la inconstitucionalidad de la actuación del Tribunal Superior Electoral en la edición de sus resoluciones. Dicha autorreconocida competencia normativa no encuentra guarida en la Constitución. Ante su diseño peculiar, la justicia electoral brasileña reúne competencias administrativas, jurisdiccionales y consultivas. Nada más. No existen ni siquiera una competencia reglamentaria, que, como señala Joaquim José Gomes Canotilho, debe ser constitucionalmente fundada.⁵³²

Tampoco es posible fundamentarse en la posibilidad de expedir instrucciones, constante en el párrafo único del artículo primero del Código Electoral (Ley núm. 4.737/1965), que se repite en la Ley de los Partidos Políticos (artículo 61) y en la Ley de las Elecciones (artículo 105). Instrucciones que no son reglamentos, como puede ser deducido del texto constitucional que se refiere a ambos institutos cuando prevé la competencia de los ministros de Estado (artículo 87, párrafo único, II). Hace mucho Oswaldo Aranha Bandeira de Mello presentó el concepto de instrucciones: “regras gerais, abstratas e impessoais, de caráter prático, baixadas por órgãos da Administração Pública aos agentes públicos ou encarregados de obras e serviços públicos, prescrevendo-lhes o modo pelo qual devem pôr em andamento seus cometimentos”, resaltando su distinción respecto a los reglamentos porque se dirigen solamente a los órganos de la administración pública.⁵³³

No existe, de este modo, competencia normativa reconocida constitucionalmente a la justicia electoral. Tampoco poder reglamentario. O sea, a la justicia electoral no lo es atribuida la posibilidad de crear normas secundarias. Solamente puede, para la fiel ejecución de las leyes electorales determinadas por el Parlamento, editar reglas para sus agentes. Su actuación que exceda esto ofende fatalmente a la Constitución.

⁵³⁰ Clève, Clèmerson Merlin, *Atividade...*, cit., p. 48.

⁵³¹ Britto, Carlos Ayres, *O perfil constitucional...*, cit. p. 83.

⁵³² Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional...*, cit., pp. 773 y 774.

⁵³³ Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, *Princípios gerais de Direito Administrativo: Introdução*, 3a. ed., São Paulo, Malheiros, vol. 1, 2007 [1979], pp. 381-383.

El principio de la estricta legalidad en materia electoral se reviste de un requisito específico, constante del artículo 16 de la Constitución brasileña. Para evitar el casuismo y garantizar la seguridad jurídica, la Ley electoral no puede ser aplicada a la elección que ocurra hasta un año de su entrada en vigor. Este subprincipio busca traer estabilidad a las reglas electorales y perfeccionar el proceso electoral,⁵³⁴ asegurando “a inquebrantabilidade da isonomia nas regras do pleito”.⁵³⁵ El objetivo de dicho precepto, según Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra, es evitar los cambios legislativos que puedan “desequilibrar a participação dos partidos e dos respectivos candidatos, influenciando, portanto, no resultado da eleição”.⁵³⁶

El Supremo Tribunal Federal, en la acción directa de inconstitucionalidad núm. 3,685, ha juzgado “que o princípio da anualidade eleitoral integra o plexo de direitos políticos do cidadão-eleitor, do cidadão-candidato e os direitos dos próprios partidos”.⁵³⁷ Empero, dicho principio es, a menudo, debilitado por una lectura miope de su texto. En un total desprecio a la inteligencia del texto constitucional, existe quien defiende que la alusión a la expresión “proceso electoral” limita a la aplicación del dispositivo a las reglas procesales.

Aquí existen argumentos en todos los sentidos. Ninguno de ellos, sin embargo, coherentes con la intención del principio, así como no lo es la selección que el Poder Judicial por veces hace de las reformas electorales extemporáneas, decidiendo lo que se debe aplicar para la elección que se avecina. El debate que fue trabado en torno a la Ley Complementar núm. 135/2010, que ha cambiado fuertemente la Ley de las Inelegibilidades, muestra la debilidad de dicho precepto. Una ley inconstitucional por diversos motivos amplía las hipótesis y los plazos de inelegibilidades, incluso en relación a hechos anteriores. Aplicada a las elecciones de 2010 (cuatro meses después de su entrada en vigor), podría excluir del pleito a ciudadanos que no se sabían inelegibles cuando, por ejemplo, se retiraran de sus cargos públicos.

La única manera de dar efectividad máxima al precepto constitucional es darle una interpretación amplia, que alcance a todas las reglas que modifiquen las condiciones de disputa. Así, deben ser sometidas a la ante-

⁵³⁴ Pinto Ferreira, Luiz, *Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos*, São Paulo, Saraiva, 1992, p. 29.

⁵³⁵ Dantas, Sivanildo de Araújo, *Direito eleitoral: teoria e prática do procedimento das eleições brasileiras*, Curitiba, Juruá, 2004, p. 218.

⁵³⁶ Velloso, Carlos Mário da Silva y Agra, Walber de Moura, *Elementos de Direito Eleitoral*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 48.

⁵³⁷ Mendes, Gilmar Ferreira *et al.*, *op. cit.*, p. 796.

rioridad electoral todas las reglas electorales traten de inelegibilidades, incompatibilidades, partidos políticos, coaliciones, sistema electoral, registro de candidatos, propaganda, financiamiento de campañas, escrutinio y las normas procesales.

6. *La democracia interna de los partidos políticos*

El principio democrático que basa las democracias contemporáneas debe cruzar todo el sistema, rigiendo también las relaciones privadas y, con más razón, las asociaciones o agremiaciones que desarrollan un importante papel en el ordenamiento político y jurídico.

Las democracias actuales confían una importante parte de su funcionamiento a los partidos políticos. Muchos países reservan a los partidos una destacada actuación jurídica llegando a un protagonismo sin rivales en sus Constituciones, quizá como herencia de un tiempo en que los partidos canalizaban los intereses de la sociedad. Ahora parece que se vive el declive de su importancia social.

Sin embargo, los partidos políticos siguen en los textos constitucionales, con el monopolio o casi monopolio de la presentación de candidaturas, con acceso a los fondos públicos y a los medios de comunicación. Y deben seguir los principios del Estado de derecho democrático y participativo, promoviendo su democratización interna.

La Constitución brasileña reserva a los partidos políticos la exclusividad para presentar candidatos a cargos electivos, les reconoce legitimidad para provocar el control abstracto de constitucionalidad y para enjuiciar el *mandado de segurança coletivo*, además de garantizar autonomía.

No existe, en Brasil, la posibilidad de candidaturas independientes de los partidos, sean individuales o vinculadas a movimientos sociales. El derecho político fundamental del ciudadano de disputar un cargo electivo depende del filtro de los partidos políticos: es indispensable que el ciudadano, además de afiliado, sea indicado en la convención partidista como candidato a determinado cargo, y así pueda ofrecer su nombre como opción al electorado.

Después de la mutación constitucional llevada a cabo por el Poder Judicial, el mandato político en Brasil pasa a ser considerado de titularidad del partido, y la democratización de las prácticas internas de los partidos pasa a ser aún más crucial para la configuración de la democracia brasileña, fuertemente representativa.

La exigencia de la democracia interna de los partidos políticos es uno de los principios estructurantes del sistema brasileño. Y de dicho principio de-

rivan reglas constitucionales e infraconstitucionales que dan los contornos de la organización y del funcionamiento de los partidos.

No es posible afirmar que la autonomía de los partidos, como está prevista en la Constitución, aleje las exigencias heterónomas a las agremiaciones. No se trata de una autonomía absoluta. Los principios constitucionales emanan sus efectos más allá de la esfera estatal, con la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*, en la doctrina alemana). Como afirma André Rufino do Vale,

o direito de autodeterminação das associações encontra seus limites precisamente no conteúdo da relação privada determinado pelas regras estatutárias que a própria associação elabora, assim como nas normas e nos princípios de ordem pública, mormente os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente aos sócios.⁵³⁸

Para los partidos políticos, la Constitución reservó una reglamentación específica, con garantías y restricciones específicas, más gravosas que las dirigidas a las asociaciones civiles. Asimismo, la Ley de los Partidos Políticos (Ley núm. 9.095/1996) impone un amplio abanico de reglas para la creación, fusión, organización y funcionamiento de los partidos.

Existe, así, una autonomía mitigada de los partidos políticos, lo que se justifica justamente frente a su papel en las democracias. El alcance de tal autonomía es objeto de disputa constante, principalmente después de la decisión del Tribunal Superior Electoral que imponía que la coalición formada a nivel federal condicionaba las coaliciones estatales⁵³⁹ en una interpretación peculiar del “carácter nacional” de los partidos, lo que fue alejado por la Enmienda núm. 52/2006 al artículo 17 constitucional.

El texto constitucional obliga a los partidos a que respeten la soberanía nacional, el régimen democrático, el pluripartidismo y los derechos fundamentales de la persona. No obstante, la densidad normativa de dichos dispositivos es débil, así como la verificación de su observancia por la autoridad electoral, sea en los estatutos de los partidos, sea en su real funcionamiento.

Debe existir, y de una manera efectiva, un control de los partidos políticos, sin que queden subyugados al Estado. Una justificativa presentada por

⁵³⁸ Vale, André Rufino do, “*Drittwirkung* de Direitos Fundamentais e Associações Privadas”, *Revista de Direito Público*, Brasília, núm. 9, julio-septiembre de 2005.

⁵³⁹ Respuesta a la Consulta núm. 715, que cambió totalmente el escenario político de las elecciones generales de 2002. Sobre el tema, véase Morales, Filomeno y Lima, Martonio Mont’Alverne Barreto, “Partidos políticos y elecciones: la justicia electoral en la construcción de la democracia brasileña”, en Emmerich, Gustavo Ernesto (coord.), *Ellos y nosotros. Democracia y representación en el mundo actual*, México, Demos, 2006, pp. 213-229.

Jesús Orozco Henríquez resume dicha exigencia, ante la naturaleza jurídica y el carácter “casi-público” de los partidos, y también “por su posición preponderante o de predominio frente a los ciudadanos, cuya eventual inmunidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad y legalidad de sus actos sería también injustificada, pues podría hacer nugatorio el ejercicio de los derechos político-electorales de los ciudadanos”.⁵⁴⁰

En la Constitución brasileña de 1988, los derechos fundamentales están en el pórtico del texto y son acompañados por un conjunto de garantías. El artículo 5o. el más largo de todo el texto enumera derechos individuales y colectivos, derechos materiales y procesales, garantías y prerrogativas. Todos, en conjunto, dan la configuración de un Estado pensado a partir de la relación entre el derecho, el poder y los individuos: con fuerte protección del patrimonio jurídico de los ciudadanos, tomados singular y colectivamente. Su extensión es complementada por la abertura expresamente establecida en el párrafo 2o.: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Para el análisis de los partidos políticos y de sus prácticas internas, principalmente sobre la posición jurídica de los afiliados, cabe resaltar el caput (“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” y la inviolabilidad del derecho a la libertad, a la igualdad y a la seguridad), II (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), IV (“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”), XVII (“é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”), XX (“ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”), XXXV (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), y LV (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”), todos del artículo 5o. constitucional.

En el mismo título de los derechos y garantías fundamentales están los derechos sociales (incluso los derechos laborales), los derechos de nacionalidad, los derechos políticos y un capítulo sobre los partidos políticos, concentrado en el artículo 17.

En un análisis simplista del texto constitucional, de plano se establece cómo están involucrados los partidos políticos con los derechos fundamen-

⁵⁴⁰ Orozco Henríquez, José de Jesús, *La democracia...*, cit., pp. 219-245, en especial p. 225.

tales, sea por su localización, sea por enredar otros derechos en sus prácticas. Todos los derechos fundamentales del afiliado deben ser respetados. El afiliado debe ser, como garantiza la Constitución y la Ley de los Partidos Políticos, tratado con igualdad.

Además, la obediencia a los comandos constitucionales, a los derechos fundamentales y la adopción de prácticas democráticas por parte de los partidos, son garantías a los ciudadanos, que tienen su decisión electoral por ellos.

Conforme José de Jesús Orozco Henríquez, la adopción de principios democráticos efectivos por los partidos políticos puede servir para superar su crisis de legitimidad, además de impedir que eventuales déficits democráticos maculen la representación política.⁵⁴¹

La democracia interna de los partidos, para Flavia Freidenberg, supone la asunción de principios democráticos, reflejada en la existencia de una competición interna, de libertad de expresión, de participación efectiva del afiliado en la formación de la voluntad del partido y de canales de control sobre la dirección partidista. Para analizar la cualidad de la democracia, la autora registra los siguientes indicadores: la forma de selección de candidatos y dirigentes, la participación de las minorías en la toma de decisiones, en la determinación del programa partidista y en la rendición de cuentas de candidatos, agentes públicos y dirigentes a las bases.⁵⁴² Según su texto, los partidos deben adecuarse a las exigencias democráticas para alcanzar su legitimidad. Sin embargo, no parece que los procesos internos de los partidos preocupen o hagan parte del proceso de formación de la voluntad electoral al ciudadano brasileño.

Según subraya Raciél Garrido Maldonado, es parte de la razón de ser de los partidos, el derecho de todo miembro de participar libre y activamente en la vida interna del partido, de tener derecho “a integrar sus órganos de dirección internos y a poder participar y ser considerado, para postularse como candidato de elección popular”. Para el autor, es necesario “establecer a nivel constitucional disposiciones comunes que garanticen el desarrollo democrático de los procesos de elección interna de los candidatos de los partidos”.⁵⁴³

⁵⁴¹ *Ibidem*, pp. 219-245, en especial p. 220.

⁵⁴² Freidenberg, Flavia, *op. cit.*

⁵⁴³ Garrido Maldonado, Raciél, “Una propuesta para el establecimiento de bases constitucionales mínimas que garanticen el desarrollo democrático de los procesos internos de elección de candidatos de los partidos políticos”, en Hernández, María del Pilar (coord.), *Partidos políticos: democracia interna y financiamiento de precampañas*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2002, pp. 95-106, en especial pp. 97 y 102.

Aduce Thiago Alves Rodrigues que en la protección de los partidos contra la interferencia del Estado, hubo un descuido en relación con los derechos fundamentales de los afiliados, principalmente a sus derechos de participación.⁵⁴⁴

Considerando la literatura clásica y contemporánea, principalmente en el ámbito de la ciencia política, la ausencia de la democracia en los partidos políticos está lejos de ser una cuestión exclusiva de Brasil.

Para Robert Michels, es inevitable la concentración del poder de decisión en organizaciones, lo que provoca una tendencia a la oligarquía. Así, un gran número de personas (“la masa”) no tiene control real sobre los jefes. La técnica administrativa y la estrategia política conducen al surgimiento de una dirección profesional y dicha eclosión “marca para a democracia o começo do fim”.⁵⁴⁵

Maurice Duverger ya registraba que los partidos (como todo grupo social) presentan “o duplo caráter de uma aparência democrática e de uma realidade oligárquica”, frente a las “necessidades práticas”. Para el autor, los partidos políticos usualmente, utilizan técnicas de camuflaje para disfrazar sus instituciones autocráticas, principalmente en la presentación de candidatos y en la elección de los dirigentes, por veces con diferencia entre los dirigentes reales y los dirigentes muchas aparentes.⁵⁴⁶

En Brasil, la decisión sobre los candidatos se hace de manera cerrada, internamente. Aunque algunos partidos prevean la realización de previas para disputas internas, lo más común es la indicación por el dirigente (real o aparente) de los candidatos que competirán.

La cuestión es equilibrar la exigencia de democracia interna con la conquista de la autonomía partidista. Para Rubén Hernández Valle, se trata de exigir la observancia de la dimensión estructural del principio democrático referente a las garantías procedimentales u organizativas, resaltando la democratización del proceso de selección de dirigentes y candidatos, y de la construcción del programa partidista, la garantía del financiamiento de las tendencias internas y de la representación proporcional por género y “tutelar los derechos fundamentales de los miembros del partido mediante la exis-

⁵⁴⁴ Rodrigues, Thiago Alves, “Eficácia horizontal do princípio democrático no âmbito dos partidos políticos: em defesa de posições jurídicas subjetivas”, *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, vol. 12, núm. 18, junio-julio de 2010, pp. 47-97, en especial p. 71.

⁵⁴⁵ Michels, Robert, *Sociologia dos partidos políticos*, trad. de Arthur Chaudon, Brasília, UnB, 1982 [1914] pp. 21-23.

⁵⁴⁶ Duverger, Maurice, *Os partidos políticos*, trad. de Cristiano Monteiro Oiticica, 3a. ed., Río de Janeiro, Guanabara, 1987 [1951-1967], pp. 170-175.

tencia de un control heterónomo de constitucionalidad y legalidad sobre la actividad interna de los partidos”,⁵⁴⁷

Flavia Friedenberga presenta ocho propuestas para la democratización interna de de dos partidos: elecciones internas (pero cerradas, ante la autonomía partidista, de la posibilidad de candidatos *catch all* y del surgimiento de *outsiders* no identificados con los partidos ganaren las previas abiertas); procesos electivos para todos los niveles institucionales de los partidos; acciones afirmativas que promocionen la participación de las minorías; mecanismos de control interno; competición y renovación en los cargos de dirección y control; incentivos para reducción del patrimonialismo; modernización de los procedimientos y democratización de la información; y capacitación de los miembros de los partidos políticos. Para eso, defiende la previsión legal de la

manera en que los partidos deben organizarse, ya sea en relación a su estructura, su financiamiento, su acceso a los medios de comunicación de masas, los mecanismos de elección de candidatos y autoridades, el tipo y nivel de participación de los diversos grupos que integran el partido (mujeres, jóvenes y grupos étnicos) y el tipo de prácticas utilizadas para tomar decisiones.⁵⁴⁸

En Brasil, el nudo gordiano consiste en compatibilizar dichas exigencias con la visión ambiciosa que históricamente se construyó para la autonomía garantizada constitucionalmente a los partidos. Parece, sin embargo, ser posible defender criterios objetivos para la postulación al cargo de dirigente y para la presentación de candidatos, bien como la construcción de instrumentos para la transparencia de la actuación de las direcciones partidistas para sus afiliados y la sociedad, y para un efectivo control del cumplimiento de los estatutos con dispositivos menos genéricos dotados actualmente por el Poder Judicial.

Si en un Estado sin partidos no existe democracia, sin democracia dentro de los partidos no existe Estado democrático, de igual manera, sin el respeto por los principios democráticos, no se puede hablar de régimen político legítimo y de elecciones justas y limpias.

⁵⁴⁷ Hernández valle, Rubén, “La democracia interna de los partidos políticos”, en Hernández, María del Pilar (coord.), *Partidos políticos: democracia interna y financiamiento de precampañas*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2002, pp. 145-162.

⁵⁴⁸ Freidenberga, Flavia, *op. cit.*

III. LA JUSTICIA ELECTORAL BRASILEÑA Y SU ACTUACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN, EN LA REGULACIÓN Y EN LA ADJUDICACIÓN DE LAS ELECCIONES

Creada en 1932, constitucionalizada en 1934 y funcionando sin interrupciones desde 1945, la justicia electoral brasileña es la responsable de todo lo administrativo y contencioso de las elecciones federales, estatales y municipales.

Desde la Constitución de 1934, la autoridad electoral está ubicada en el ámbito del Poder Judicial y reúne en un único órgano, funciones administrativas y jurisdiccionales. El artículo 83 de la Constitución de 1934 establece que la justicia electoral tendrá competencia privativa para el proceso de las elecciones, organizará la división electoral del país, incluso las elecciones locales, el empadronamiento de los electores, determinar la fecha de las elecciones, decidir sobre inelegibilidades e incompatibilidades, sobre *habeas corpus* y *mandados de segurança* en materia electoral y los delitos electorales, hará el escrutinio de los votos y proclamará a los electos así como decretará la pérdida de mandato electivo en los casos previstos en la Constitución.

La regulación de la materia es anterior al texto constitucional. El primer Código Electoral brasileño (Decreto núm. 21.076 del 24 de febrero de 1932) previa la justicia electoral, con funciones contenciosas y administrativas (artículo 5o.). La composición originaria del Tribunal Superior era formada por el vicepresidente y dos ministros del Supremo Tribunal Federal, dos magistrados del Tribunal de Apelación del Distrito Federal (estos últimos cuatro determinados por sorteo), y tres ciudadanos,⁵⁴⁹ elegidos por el jefe de Gobierno entre quince nombres propuestos por el Supremo Tribunal Federal. Los ciudadanos indicados por el Supremo Tribunal debían residir en la sede del tribunal, exhibir notable saber jurídico e idoneidad moral, no ser funcionario de confianza o administrador de sociedad o empresa contratante con los poderes públicos. Las funciones del Ministerio Público eran ejercida por uno de los miembros, electo por sus pares.⁵⁵⁰

En el Código Electoral de 1932 es posible vislumbrar el germen de la equivocada competencia normativa del Tribunal Superior de Justicia Electoral. Entre las atribuciones del artículo 14 está la de “fixar normas uniformes para a aplicação das leis e regulamentos eleitorais, expedindo instruções que entenda necessárias”. Cabe subrayar, asimismo, que desde

⁵⁴⁹ La subcomisión que elaboró el Código rechazó la propuesta que uno de los ciudadanos fuera indicado por el Instituto del Orden de los Abogados.

⁵⁵⁰ La idea era evitar la influencia del gobierno, que en el ordenamiento de entonces nombraba los miembros del Ministerio Público.

entonces, la referencia es el instituto de “instrucciones” y no de reglamentos. La actividad normativa de la justicia electoral sería nada más que interna, y en grado inferior a las leyes y reglamentos.

El Regimiento Interno de tribunal, Superior de Justicia Electoral, de julio de 1932, prevé como atribuciones del Tribunal la fijación de normas uniformes para la aplicación de las leyes y reglamentos electorales, con la expedición de instrucciones, y las respuestas a consultas dirigidas por el gobierno y por los tribunales regionales sobre materia electoral (artículos 16, 2).

En sus primeros meses de funcionamiento, el Tribunal Superior de Justicia Electoral recibe consultas de los Tribunales Regionales, principalmente sobre la organización de los servicios electorales. La primera consulta, respondida el 2 de julio de 1932, trata de la división del territorio del Estado en zonas electorales. En la misma sesión se respondió consulta sobre el nombramiento del personal de la secretaría de los tribunales. El 16 de julio, la corte responde a una consulta de la Asociación Comercial del Río de Janeiro sobre la interpretación de un artículo del Código Electoral del empadronamiento de oficio,⁵⁵¹ lo que evidencia, desde luego, el ejercicio de una competencia no reconocida por el Código Electoral y ni siquiera por el Regimiento Interno.

En este momento la competencia reglamentaría en materia de elecciones estaba ubicada en el Poder Ejecutivo, como demuestra el Decreto núm. 21.669/1932, sobre la apertura del empadronamiento electoral, emitido por el presidente de la República.

Como ya se a dicho, la justicia electoral desapareció con el golpe militar de 1937 y fue restaurada sólo en 1945, con el Decreto-Ley núm. 7.586, conocido como Ley Agamenon, aún bajo el gobierno de Getúlio Vargas.

La justicia electoral era compuesta por el Tribunal Superior, un Tribunal Regional en cada estado y en el Distrito Federal, por Juntas Electorales y por juicios electorales. El Tribunal Superior era formado por dos ministros del Supremo Tribunal Federal (su presidente, que también actuaba como presidente del Tribunal Superior, y otro más) el presidente y un magistrado de la Corte de Casación del Distrito Federal y un jurista “de notable conocimiento y reputación intachable”.

La competencia del Tribunal Superior era administrativa, jurisdiccional en el ámbito civil y criminal, y consultiva (“responder, sôbre matéria eleitoral, às consultas que lhe forem feitas por autoridades públicas ou partidos políticos registrados”), ahora reconocida normativamente. Además,

⁵⁵¹ *Boletim Eleitoral*, año 1, núm. 4, agosto de 1932 y *Boletim Eleitoral*, año 1, núm. 6, agosto de 1932.

el artículo 9o., “g”, preveía la competencia de “expedir as instruções que julgar convenientes à execução desta lei”.

Aunque se refiera nuevamente a instrucciones, el Decreto-Ley es explícito al conceder una competencia normativa más extensa al Tribunal Superior, pero en un caso específico: “o Tribunal Superior baixará instruções para facilitar o alistamento ex-officio e para a melhor compreensão da presente lei, regulando os casos omissos” (artículo 144).

Las decisiones normativas del Tribunal Superior pasan, desde luego, a ser denominadas de resoluciones. Como ejemplo de la extensión que se daba a sus decisiones, la Resolución núm. 215, del 2 de octubre de 1945, afirma que: “o Parlamento Nacional, a ser eleito em 2 de dezembro de 1945, além de suas funções ordinárias, terá poderes constituintes, apenas, sujeito aos limites que ele mesmo prescrever”.

La Ley Agamenon, que representó un gran cambio en la legislación electoral cuando impone, por ejemplo, el monopolio partidista para la presentación de candidato y el carácter nacional de los partidos políticos, funcionó como Código Electoral, pero por poco tiempo.

En julio de 1950 es publicada la Ley núm. 1.164, que instituye el Código Electoral, y trata ampliamente de la materia, con reglas sobre la justicia electoral, los partidos políticos, el empadronamiento y las elecciones. La composición del Tribunal Superior es alterada para nueve miembros: dos ministros del Supremo Tribunal Federal, dos magistrados del Tribunal Federal de Recursos, un magistrado del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y dos ciudadanos, de notable conocimiento y reputación intachable, indicados por el Supremo Tribunal Federal y nombrados por el presidente de la República.

El Código de 1950 instituye una reserva de plenario en su artículo 11, párrafo único: “as decisões do Tribunal Superior, como a interpretação do Código Eleitoral em face da Constituição e cassação de registro de partidos políticos, como sôbre quaisquer recursos que importem anulação geral de eleições ou perda de diplomas, só poderão ser tomadas com a presença de todos os seus membros”.

Entre las competencias del Tribunal Superior están el responder a las consultas presentadas por autoridades públicas o por partidos políticos registrados, fijar la data de las elecciones nacionales y federales cuando la ley no lo haga y expedir instrucciones para la ejecución del Código. Las dos primeras competencias también son reconocidas, en ámbito local, a los Tribunales Regionales.

La competencia normativa es desde luego ejercida, con una extensión que no parece derivar del texto constitucional o del código. A partir de de-

liberaciones entre los miembros del tribunal, instrucciones sobre el registro de los candidatos (Resolución núm. 3515), sobre la jornada electoral (Resolución núm. 3532), sobre la propaganda electoral (Resolución núm. 3534) y sobre los partidos políticos (Resolución núm. 3988) pasan inmediatamente a reglar las elecciones de 1950. Algunos dispositivos son fruto de la pura creación de los miembros del tribunal y están sujetos, cuando mucho, a impugnación junto al Supremo Tribunal Federal, donde actúan miembros del propio Tribunal Superior Electoral.

La extensión y la fuerza de las consultas son objeto de deliberación del Tribunal Superior. Ya en 1950, bajo el nuevo Código, el Tribunal Superior respondió interpretando el sistema proporcional, sobre la competencia de los Tribunales Regionales en las elecciones presidenciales, entre tantas otras. Merece la pena señalar, sin embargo, que la decisión de recurso especial electoral, el Tribunal Superior asienta que “as decisões proferidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, em processo não contencioso, como o de consulta, não constituem coisa julgada, por isso que na espécie, elas têm apenas caráter de orientação, que não obriga imperiosamente a sua observância pela instância inferior, quando julgada matéria de sua competência”.⁵⁵² Así, los tribunales y jueces electorales no estaban vinculados a la interpretación establecida por el Tribunal Superior en respuestas a las consultas.

La confusión de papeles es evidente, como demuestra la respuesta a la Consulta núm. 2179, en agosto de 1950. Según la decisión del Tribunal Superior, compete a dicho órgano la aplicación de penalidades relativas a la infracción de las instrucciones sobre propaganda electoral bajadas por el propio tribunal.⁵⁵³

Bajo la vigencia del Código Electoral de 1950 y de las cada vez más osadas instrucciones, son realizadas las elecciones presidenciales de 1950, 1955 y 1960, y las elecciones generales de 1950, 1954, 1958 y 1962. Fueron años de mucha agitación política. En 1950, Getúlio Vargas, el exdictador del Estado nuevo, es electo presidente de la República por el voto popular y, tras una poderosa campaña de la oposición, se suicida antes del término de su gobierno, en agosto de 1954. Asume el vicepresidente Café Filho en medio de manifestaciones populares. Las elecciones de 1955 presentan un nuevo reto, con la disputa reñida entre dos fuerzas políticas. El resultado es favorable a Juscelino Kubitschek y a João Goulart (conocido como Jango),

⁵⁵² Tribunal Superior Electoral, recurso especial electoral núm. 1263/RJ, relator ministro. Plínio Pinheiro Guimarães, acórdão núm. 140, 25 de septiembre de 1950.

⁵⁵³ Tribunal Superior Electoral, Consulta núm. 2179/DF, relator ministro, Augusto Saboya da Silva Lima, resolución núm. 3634, 28 de agosto de 1950.

con poco más de un tercio de los votos para el candidato a presidente ganador. Es la primera vez que se utilizan boletas oficiales, producidas por el Tribunal Superior Electoral. Aunque se noticien manifestaciones de los derrotados en contra de la proclamación de los resultados sin que el ganador hubiera alcanzado la mayoría absoluta (lo que no exigía la Constitución), la decisión del Tribunal Superior Electoral no enfrentó impugnaciones.⁵⁵⁴ Hubo un intento de golpe militar antes de la toma de posesión de los electos, garantizada bajo la declaración de estado de sitio.

Un interesante juicio revela la visión del propio Tribunal Superior sobre sus competencias. Pese a la inexistencia de carácter reglamentario de las instrucciones, decisión de junio de 1955, así, presenta la cuestión: “as Instruções baixadas pelo Tribunal Superior Eleitoral se destinam a regulamentar a lei ou suprir-lhe omissões, não devendo jamais ser interpretadas contrariamente ao que nela se contém”.⁵⁵⁵

La década de 1950 es conocida como el periodo de los fraudes en los procesos electorales, principalmente en lo que se refiere al empadronamiento (con electores fantasmas), a la votación (con electores votando más de una vez) y al escrutinio (con la desviación fraudulenta en los boletines de urna, el *mapismo*).⁵⁵⁶ El Tribunal Superior Electoral, constatando fraudes, anula el padrón electoral en algunas ciudades. Y defiende su papel en la moralización de las elecciones, como explicita el discurso de despedida del ministro Edgard Costa de la presidencia del Tribunal, refiriéndose positivamente a las instrucciones de carácter permanente sobre propaganda y campaña electoral, presentación de candidatos, proceso, jornada electoral y escrutinio. El ministro afirma haber constituido su “constante preocupação o aperfeiçoamento da legislação eleitoral, buscando remover as falhas e omissões que a sua aplicação revelaram e contra as quais, dentro do próprio Parlamento, vozes se levantaram, sem que a Justiça Eleitoral pudesse remediar desajudada de apoio legal a esses reclamos e outros, que até a ela chegavam”, y menciona sugerencias enviadas al Senado para asegurar la autenticidad electoral además de pretender ofrecer al Parlamento un anteproyecto del Código Electoral.⁵⁵⁷

⁵⁵⁴ Según certificación en los autos del proceso de Apuração de Eleições Presidenciais núm. 23, decidido el 24 de enero de 1956.

⁵⁵⁵ Tribunal Superior Electoral, Instrução núm. 353, Resolución núm. 4970, 24 de junio de 1955, relator ministro Afrânio Antônio Costa.

⁵⁵⁶ Soares Neto, Cícero José Alves, “Coronelismo e fraudes eleitorais: análise processual (1950)”, *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, vol. 33, 2005, pp. 201-220.

⁵⁵⁷ Tribunal Superior Electoral, Actas de sesión extraordinaria, 5 de septiembre de 1955.

En las elecciones presidenciales de 1960, Jânio Quadros resulta victorioso, con João Goulart, nuevamente, de vicepresidente. Un golpe militar sigue a la renuncia de Jânio y João Goulart es apartado del poder en abril de 1964. El presidente nombrado se apresura en garantizar una aura de legitimidad democrática, y altera la legislación electoral con un nuevo Código.

La Ley núm. 4.737/1965 es el Código Electoral que permanece hasta el día de hoy en vigor, sin embargo, de la vigencia de tres Constituciones, dos cambios significativos de régimen político y doce elecciones generales. Muchos de sus dispositivos fueron derogados expresamente, otros perdieron su fuerza normativa, pero el Código sigue siendo el diploma normativo principal de la legislación electoral, sustancialmente en cuanto a la organización y la competencia de la justicia electoral.

No existen cambios en la enumeración de los órganos de la justicia electoral, tampoco en la composición del Tribunal Superior, que permanecen como previstos por el Código Electoral de 1950. La Ley núm. 7.191/1884 provoca una alteración en el Código, estableciendo que tres ministros del Supremo Tribunal Federal, dos magistrados del Tribunal Federal de Recursos y dos abogados (de notable conocimiento jurídico y reputación intachable) formarán el Tribunal Superior.

Las competencias jurisdiccionales involucran los ámbitos civil, criminal y administrativo. Así, compete a los órganos de la justicia electoral, juzgar reclamaciones contra sus jueces, los crímenes electorales, las impugnaciones de los resultados, del registro de candidatos y partidos, y de la rendición de cuentas de partidos, campañas y representaciones en contra de la propaganda electoral.

Hay competencias administrativas, como la división en zonas electorales, el empadronamiento y las auditorías en el padrón electoral, la distribución del tiempo de acceso a los medios de comunicación para los partidos y campañas y de los fondos públicos entre los partidos políticos, la organización de la elección, el registro de candidatos y partidos, la rendición de cuentas de partidos y campañas y “requisitar a força federal necessária ao cumprimento da lei, de suas próprias decisões ou das decisões dos Tribunais Regionais que o solicitarem, e para garantir a votação e a apuração”.

Los jueces electorales ejercen el poder de la policía en relación con la propaganda electoral, deciden la ubicación de las casillas y nombran las autoridades de las mesas receptoras de votos. Además, resuelven los pedidos de transferencia de domicilio electoral y la exclusión de electores.

Y, aún, el Código prevé la competencia para responder a consultas electorales, tanto para el Tribunal Superior como para los Tribunales Regionales, y, asimismo, la competencia para expedir instrucciones.

La justicia electoral es también responsable por el registro de los partidos políticos. El Tribunal Superior Electoral recibe de los partidos, la prueba del cumplimiento de las exigencias de la Ley de los Partidos Políticos (antes Ley núm. 5.682/1971 y ahora Ley núm. 9.096/1995) y reconoce su carácter de partido y sus derechos a las garantías constitucionales.

Durante el periodo dictatorial, los cambios de la legislación electoral fueron frecuentes, generalmente para evitar que la oposición política encontrara espacio institucional.

Las resoluciones del Tribunal Superior sobre la propaganda electoral relativas a las elecciones de 1966 (Resolução núm. 7886), de 1968 (Resolução núm. 8334), de 1970 (Resolução núm. 8744), de 1972 (Resolução núm. 9219) y 1974 (Resolução núm. 9609) se referían expresamente a la prohibición de censura previa de las propagandas de radio y televisión, basadas en el artículo 253 del Código Electoral, alejado por el Decreto-Ley núm. 1.538/1977. El decreto, además de extinguir la libertad, veda, completamente, la propaganda electoral por radio y televisión en las elecciones indirectas.

Para las elecciones de 1976, tras el crecimiento de la oposición, el Código Electoral es modificado parcialmente por la Ley núm. 6.339/1976, conocida como Ley Falcão. La propaganda en la radio y la televisión pasó a resumirse a la mención del partido, al currículo y número de registro del candidato en la justicia electoral, con la exhibición de la fotografía. En la resolución núm. 10.050/1976 del Tribunal Superior no se encuentra la prohibición de la censura previa de las propagandas, pero se repite el comando de la Ley Falcão sobre la fiscalización directa y permanente de la justicia electoral sobre la propaganda electoral.

En las elecciones de 1978 la regulación de la propaganda por la Resolución núm. 10.445 del Tribunal Superior Electoral es aún más restrictiva. La idea era, de hecho, silenciar las voces de la oposición. El panorama no se altera significativamente en las elecciones de 1982.

La Ley núm. 7.332/1985, que trataba de las elecciones de aquel año, suspendía la aplicación de la Ley Falcão y concedía amplia competencia a la justicia electoral respecto a la propaganda electoral en la radio y televisión. El artículo 10, párrafo 4o. así establecía: “o Tribunal Superior Eleitoral regulamentará o horário gratuito de propaganda eleitoral, e a Justiça Eleitoral fiscalizará a sua execução”, lo que retomaba el texto original del Código Electoral.

Durante el periodo más complicado de la dictadura militar, la justicia electoral parece haber adoptado una postura de autocontención, sin tratar de analizar una eventual inconstitucionalidad de determinados cambios le-

gislativos. Al contrario, actuó de manera para empoderar el discurso político y jurídico dominante.

Con la Constitución de 1988, no ha cambiado la situación normativa de la justicia electoral. El texto constitucional no trató de la organización y competencia de dicha rama del Poder Judicial, reservando el tema a la legislación complementaria. Como aún no se elaboró una nueva ley, el Código Electoral de 1965 es parcialmente incorporado al ordenamiento jurídico con estatus de ley complementaria.

La legislación electoral paulatinamente fue modificada. El cambio más significativo, sin embargo, es observado en la actuación de la justicia electoral, principalmente del Tribunal Superior Electoral.

Desde la redemocratización, o, más específicamente, desde los primeros años del siglo XXI, la actuación normativa del Tribunal Superior se muestra cada vez más enfática. Decisiones como las de 2002, 2004 y 2007, sin sustrato normativo, han actuado de manera para limitar los derechos fundamentales de candidatos y la autonomía de los partidos. El problema es capitalmente peligroso ante la concentración de poderes de la justicia electoral y la falta de una instancia revisora independiente, como será demostrado a continuación.

IV. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA CONFUSIÓN DE PAPELES DE LA JUSTICIA ELECTORAL BRASILEÑA

La justicia electoral es el actor exclusivo de la gobernanza electoral en el modelo vigente de manera ininterrumpida en Brasil desde 1945. Y eso, lejos de representar una solución segura y definitiva para asegurar la legitimidad democrática y la calidad de la competición electoral, impone el reconocimiento de determinados riesgos.

Según Mozaffar y Schedler, gobernanza electoral es “the wider set of activities that creates and maintains the broad institutional framework in which voting and electoral competition take place. It operates on three levels: rule making, rule application, and rule adjudication”. Dichas actividades así se explican: el *rule making* se refiere a la determinación de las reglas básicas del juego electoral; el *rule application* trata de la implementación de las reglas para organizar el juego electoral y el *rule adjudication* involucra la solución de conflictos que surgen en la competición electoral.⁵⁵⁸

⁵⁵⁸ Mozaffar, Shaheen y Shedler, Andreas, “The Comparative Study of Electoral Governance—Introduction”, *International Political Science Review*, vol. 23, núm. 1, 2002, pp. 5–27, en especial p. 7.

Para los autores, a nivel del *rule making* incluye la definición de la competición y también de la organización electoral, alcanzando temas como los derechos políticos, reglas de representación, partidos políticos, condiciones de elegibilidad, acceso a los recursos y funcionamiento de las autoridades electorales. El *rule application* debe ser capaz de conciliar y realizar tres “imperativos conflictivos” la eficiencia administrativa, la neutralidad política y la *accountability* pública por medio de una estructura burocratizada capaz de equilibrar las tres exigencias para asegurar la credibilidad de las elecciones. Por fin, el ámbito del *rule adjudication* engloba la mediación y resolución de los conflictos derivados del proceso electoral y de sus resultados y alcanza también la solución de las controversias derivadas de la ambigüedad de las complejas normas electorales y también de los problemas operacionales en su aplicación.⁵⁵⁹

El problema central de la estructura de la gobernanza electoral, o del sistema de control de las elecciones, es que en Brasil, una misma autoridad reúne los tres niveles de operación. La justicia electoral brasileña establece las reglas de la competición democrática, organiza el juego electoral y soluciona los conflictos derivados de las reglas y de su aplicación. Como si no fuera suficiente, la única posibilidad de provocar la reforma de la decisión (normativa, administrativa o jurisdiccional) es presentar recurso al Supremo Tribunal Federal, de cuyos once ministros, tres son miembros del Tribunal Superior Electoral y no se declaran impedidos para apreciar dicho recurso.

Dos ejemplos pueden ilustrar los peligros para la democracia de la concentración de papeles: la llamada “verticalización” de las coaliciones y la lectura de la fidelidad partidista.

Desde 1997, la norma que regula las coaliciones para las elecciones mayoritarias y proporcionales en Brasil es el artículo 6o., de la Ley de las Elecciones. El dispositivo establece que: “é facultado aos partidos políticos, dentro da mesma circunscriçãõ, celebrar coligações para eleiçãõ majoritária, proporcional, ou para ambas, podendo, neste último caso, formar-se mais de uma coligaçãõ para a eleiçãõ proporcional dentre os partidos que integram a coligaçãõ para o pleito majoritário.”

La aplicación de dicho dispositivo llevada a cabo por la justicia electoral en las elecciones de 1998, elecciones presidenciales, federales y estatales fue en el sentido de reconocer la libertad para formar coaliciones en las diferentes esferas.

La interpretación fue rechazada en 2002, en nuevas elecciones generales, tras una consulta ante el Tribunal Superior Electoral (Consulta núm.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, pp. 5–27, en especial pp. 7–11.

715), decidida el 26 de febrero de 2006. Según la respuesta de cinco de los siete ministros del Tribunal Superior, los partidos políticos que se organizaron en coalición para la elección de presidente de la República no pueden formar coaliciones para elegir al gobernador del estado o del Distrito Federal, senador, diputado federal o estatal o del distrito con otros partidos políticos que presenten, por separado o en alianza diversa, candidato a la presidencia de la República. El principal fundamento de la decisión por mayoría fue el carácter nacional de los partidos políticos, determinado por la Constitución.

Sobre la base de esta nueva interpretación, transformada en resolución del tribunal, aprobada a poco más de cuatro meses antes de la campaña electoral, las coaliciones formadas este año tuvieron que obedecer a la “verticalización de las coaliciones”. Las coaliciones registradas sin observar la normalización de la justicia electoral fueron refutadas por las cortes electorales.

En respuesta a dicha “interpretación” del Tribunal Superior Electoral, el Congreso Nacional aprueba la Enmienda Constitucional núm. 52, el 8 de marzo de 2006. Esta decisión legislativa, que llegó a un consenso cualificado en las dos casas del Congreso, estableció expresamente en el artículo 17 constitucional, la libertad de los partidos políticos para la adopción de los criterios de selección y el régimen de sus coaliciones electorales sin vínculo obligatorio entre las coaliciones en los ámbitos nacional, estatal o municipal.

Además, la Enmienda preveía su aplicación en las elecciones de 2006. El Supremo Tribunal Federal, sin embargo, paradójicamente y por mayoría, declaró inconstitucional dicha disposición en acción directa de inconstitucionalidad (3685-8). La Enmienda tuvo que respetar el principio de la anterioridad electoral, previsto en el artículo 16 de la Constitución, pues, según la decisión, no se podría alterar las reglas a menos de siete meses de las elecciones. La resolución se aplicó inmediatamente.

Otro ejemplo, de la judicialización completa de las elecciones y del protagonismo desmedido de la justicia electoral brasileña, es la asunción de la fidelidad al partido como un elemento clave del sistema político en Brasil.

La fidelidad al partido, con sanciones severas en caso de su inobservancia, constaba en el ordenamiento jurídico brasileño bajo la Constitución militar de 1969. Aplicada durante más de quince años, fue apartada por el Tribunal Superior Electoral y el Supremo Tribunal Federal en la elección de 1985 por el Colegio Electoral, ya en el declive del régimen dictatorial, sin grandes esfuerzos argumentativos. Con la victoria de la Alianza Democrática, las reglas de fidelidad partidista fueron eliminadas con la “basura autoritaria” por la Enmienda Constitucional núm. 25/85, dando inicio a la nueva República.

Con la redacción de la nueva Constitución, la fidelidad al partido, con la previsión de la pérdida del mandato, no encuentra guarida. La Asamblea Nacional Constituyente de 1987-1988, de manera consciente, rechaza la lealtad partidaria en el texto constitucional. La posibilidad de la pérdida del cargo por el abandono del partido por el que fue elegido el representante no está implícita ni puede ser deducida del sistema. La no inclusión de la hipótesis entre el listado de los motivos de pérdida de mandato es objeto de una elección deliberada, explicitada en el trabajo de las subcomisiones, de las comisiones, en la sistematización y en las votaciones plenarias del proceso constituyente. El silencio de la Constitución aquí es elocuente.

El proceso de construcción del texto constitucional, sin un texto base y con ocho comisiones temáticas, cada una dividida en tres subcomités, conduce a múltiples debates sobre diversos temas. En lo que se refiere a la fidelidad al partido, tratan por primera vez sobre el tema, la Subcomisión del Sistema Electoral y de Partidos Políticos, de la Comisión de la Organización Electoral, Partidista y de Garantía de las Instituciones, y la Subcomisión para la Rama Legislativa de la Comisión, así como Comité de la Organización de los Poderes y Sistema Gobierno.

El relator de la Subcomisión del Régimen Electoral y de Partidos Políticos, Francisco Rossi, da una opinión contraria a la sugerencia del componente Brandão Monteiro sobre la lealtad al partido y su informe no se refiere a los casos de pérdida del cargo. El constituyente propone a continuación otra enmienda, reservando a la ley complementaria el establecimiento de criterios para la lealtad al partido. La enmienda es rechazada por el ponente, que considera que la cuestión debe ser mantenida en el interior de los partidos. Así sigue el anteproyecto de la subcomisión, sin hacer referencia a la lealtad al partido. El rechazo a las sugerencias de incluir en el texto constitucional la hipótesis de pérdida de mandato por infidelidad al partido se repite en la Comisión de la Organización Electoral, Partidista y de Garantía de las Instituciones, en la Subcomisión de la Rama Legislativa y en el anteproyecto de la Comisión de Sistematización. Nuevos intentos de insertar la hipótesis en el texto surgen en las enmiendas de plenario, aunque son rechazadas.

El texto final de la Constitución de 1988 no incorpora la posibilidad de pérdida del mandato por desafiliación del partido por el que se eligió al representante. Y no porque le queda implícito. No. El texto anterior hacía referencia a esta posibilidad. Se debatieron las propuestas para la inclusión en sede constitucional de la hipótesis, y todas fueron rechazadas de forma explícita. La Constitución, por lo tanto, ofrece una elección consciente, excluyendo la pérdida de mandato para la infidelidad partidista. Y se señala en el artículo 55 constitucional, los motivos que conducen a la pérdida del

cargo. Al silenciar sobre la fidelidad, enviando la normalización a los límites de los estatutos partidistas no pueden predecir la pérdida de mandato, la Constitución también establece una norma. El silencio de la Constitución es también Constitución.

Tras decisiones judiciales sobre la imposibilidad de la pérdida de mandato por infidelidad partidista bajo la Constitución de 1988, el Tribunal Superior Electoral, en respuesta a una consulta, reescribe el producto constituyente.

La Consulta núm. 1398, presentada por el Partido del Frente Liberal al Tribunal Superior Electoral, así se resumía: ¿Los partidos políticos y coaliciones tienen el derecho de preservar el escaño obtenido por el sistema proporcional cuando el representante abandona el partido?

En un giro hermenéutico impresionante e imprevisible, seis de los siete ministros responden afirmativamente a la consulta, el 27 de marzo de 2007, contrariando la jurisprudencia firme de la propia Corte y del Supremo Tribunal Federal. A partir de dicha respuesta, tres partidos políticos impetran *mandados de segurança* junto el Supremo Tribunal Federal en contra del Presidente de la Cámara de Diputados que se negó a sustituir diputados que abandonaron los partidos después de electos. La Corte decide confirmar la lectura (in)constitucional del Tribunal Superior Electoral y va más allá. Determina que el Tribunal Superior Electoral establezca, en resolución, la regulación de la pérdida de mandato por infidelidad partidista, las hipótesis de exclusión, la competencia para al juzgamiento de los pedidos y el rito. Además, adopta como término inicial de dicho nuevo entendimiento la respuesta a la consulta, pues entonces “tornou-se veemente a possibilidade de revisão jurisprudencial, notadamente porque intervieram, com votos concorrentes, naquele procedimento de consulta eleitoral, três (3) eminentíssimos Ministros do Supremo Tribunal Federal”.⁵⁶⁰

Esta última consideración de un ministro del Supremo Tribunal Federal manifiesta, de manera atrozmente irrefutable, la concentración de poder en las manos de los ministros del Tribunal Superior Electoral. Cabe resaltar que aunque se ha presentado acción de inconstitucionalidad en contra de la resolución del Tribunal Superior Electoral, el pedido fue rechazado por el Supremo Tribunal Federal. Desde 2007 hasta el día de hoy miles de representantes perdieron sus mandatos sin previsión constitucional o legal.

De los dos ejemplos aquí presentados, es posible verificar que el poder electoral en Brasil está completamente concentrado en las manos de la justicia electoral. Un poder sin medidas, sin frenos o contrapesos, sin legitimidad democrática.

⁵⁶⁰ Supremo Tribunal Federal, Autorización de la seguridad, núm. 26.603, voto del relator ministro, Celso de Mello, juicio del 4 de octubre de 2007.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAL MEDINA, Juan, *La muerte y la resurrección de la representación política*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- ACCARINO, Bruno, *Rappresentanza*, Bolonia, Il Mulino, 1999.
- ACKERMAN, Bruce, “¿Un neofederalismo?”, en ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune (orgs.), *Constitucionalismo y democracia*, trad. de Monica Utrilla de Neira, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988].
- , Bruce, *Nós, o povo soberano*, Fundamentos do Direito Constitucional, trad. de Mauro Raposo de Mello, Belo Horizonte, Del Rey, 2006 [1991].
- ACOSTA ROMERO, Miguel, *Reflexiones sobre el Tribunal de lo Contencioso Electoral Federal de México*, Cuadernos de CAPEL, núm. 29, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989.
- ALANIS FIGUEROA, María del Carmen, “Retos en la distribución de competencias respecto a las infracciones a los artículos 41 y 134 constitucionales”, *Revista Justicia Electoral*, vol. 1, núm. 7, 2011.
- ALEXY, ROBERT, “Balancing, constitutional review, and representation”, *International Journal of Constitutional Law*, Nueva York, núm. 3, 2005.
- ALMEIDA, Alberto Carlos, “As sondagens de opinião”, en AVELAR, Lúcia y CINTRA, Antônio Octávio (org.), *Sistema político brasileiro: uma introdução*, São Paulo, Editora da Unesp, 2004.
- AMADO, Gilberto, *Eleição e representação*, Brasília, Senado Federal, 1999 [1931].
- AMORIM, Paulo Henrique y PASSOS, Maria Helena, *Plim plim: a pejeja de Brizola contra a fraude eleitoral*, 3a. ed., São Paulo, Conrad Editora do Brasil, 2005.
- ANASTASIA, Fátima, MELO, Carlos Ranufo y SANTOS, Fabiano, *Governabilidade e representação política na América do Sul*, São Paulo, Editora da Unesp, 2004.
- APARICIO, Francisco Javier y MÁRQUEZ, Javier, *Sistema electoral y Congreso en México*, Formato electrónico, http://www.te.gob.mx/cyje/Archivos/reforma_congreso.pdf.
- ARAGÓN, Manuel, “La eficacia jurídica del principio democrático”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 8, vol. 24, septiembre-diciembre de 1985.

- ARISTÓTELES, *A política*, São Paulo, Martins Fontes, 1998.
- ARREOLA AYALA, Álvaro, *La justicia electoral en México. Breve recuento histórico*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.
- ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco de, *Manifesto de Montevideú*, en BROSSARD, Paulo, (org.), *Idéias políticas de Assis Brasil*, Brasília, Senado Federal, Río de Janeiro, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989.
- ASTUDILLO, César, “El nuevo sistema de comunicación política en la Reforma Electoral de 2007”, en CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo y SALAZAR UGARTE, Pedro (coords.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007: hacia un nuevo modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.
- ATALIBA, Geraldo, “Eficácia dos princípios constitucionais –República– Periodicidade e alternância – Reeleição das mesas do Legislativo”, *Revista de Direito Público*, São Paulo, núms. 55 y 56, julio-diciembre de 1980.
- , “Mudança da Constituição”, *Revista de Direito Público*, São Paulo, núm. 86, abril-junio de 1988.
- AVELAR, Lúcia, “Participação política”, en AVELAR, Lúcia y CINTRA, Antônio Octávio, (orgs.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*, São Paulo, Editora da Unesp, 2004.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005.
- , *Processo Administrativo Disciplinar*, 2a. ed., São Paulo, Max Limonad, 2003.
- , *Reflexões sobre Direito Administrativo*, Belo Horizonte, Fórum, 2009.
- BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, Civitas, 1985 [1959].
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 25a. ed., São Paulo, Malheiros, 2008.
- , “Desincompatibilização e inelegibilidade de chefes de Executivo”, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, núm. 18.
- , *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2002.
- , “Representatividade e democracia”, en DE ROCHA, Cármen Lúcia Antunes y VELLOSO, Carlos Mário da Silva (coords.), *Direito Eleitoral*, Belo Horizonte, Del Rey, 1996.
- , *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 3a. ed., São Paulo, Malheiros, 2007 [1979], vol. 1.

- BANDUCCI, Susan A. y KARP, Jeffrey A., “How elections change the way citizens view the political system: campaigns, media effects and electoral outcomes in comparative perspective”, *British Journal of Political Science*, Colchester, vol. 33, Julio de 2003.
- BAPTISTA, Eduardo Correia, “A soberania popular em Direito Constitucional”, MIRANDA, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra, vol. 1, 1996.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira, “A teoria geral do Direito Eleitoral e seus reflexos no Direito Eleitoral brasileiro”, en MIRANDA, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra, vol. 2, 1997.
- BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz, *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*, Belo Horizonte, Fórum, 2007.
- BARRETO, Lauro, *Manual de propaganda eleitoral*, Bauru, Edipro, 2000.
- , *Reeleição e continuismo*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt, *Em busca da política*, trad. de Marcus Penchel, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 2000.
- , *Modernidade líquida*, trad. de Plínio Dentzien, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 2001.
- BECERRA CHÁVEZ, Pablo Javier, “El COFIPE y las elecciones federales de 1991”, *Iztapalapa*, México, vol. 2, núm. 23, 1991.
- , “El sistema electoral mexicano: las reformas de 1994”, en LARROSA, VALDÉS (coord.), *Elecciones y partidos políticos en México*, México, Universidad Autónoma Metropolitana–Iztapalapa, 1998.
- BENJAMIN, Walter, “Per la critica della violenza”, en SOLMI, Renato (a cura di), *Angelus Novus*, Saggi e frammenti, Turín, Einaudi, 1995 [1920].
- BERNAL MORENO, Jorge Kristian, “Artículo 134 constitucional y su interpretación”, en CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo y SALAZAR UGARTE, Pedro (coords.), *Democracia sin garantías. Las autoridades vs. la reforma electoral*, México, UNAM, 2009.
- BIERRENBACH, Flavio, *Quem tem medo da Constituinte*, Río de Janeiro, Paz e Terra, 1986.
- BIGNOTTO, Newton, (org.), “Humanismo cívico hoje”, *Pensar a República*, Belo Horizonte, UFMG, 2000.
- BOBBIO, Norberto, *Teoria geral da política. A filosofia política e a lição dos clássicos*, Río de Janeiro, Campus, 2000.

- BONAVIDES, Paulo, “A salvaguarda da democracia constitucional”, en MAUÉS, Antônio G. Moreira (org.), *Constituição e Democracia*, São Paulo, Max Limonad, 2001.
- , *Curso de Direito Constitucional*, 14a. ed., São Paulo, Malheiros, 2004.
- , “Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)”, FIGUEIREDO, Marcelo y PONTES FILHO, Valmir (orgs.), *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*, São Paulo, Malheiros, 2006.
- , *Teoria constitucional da democracia participativa*, 14a. ed., São Paulo, Malheiros, 2004.
- BOURDIEU, Pierre, “A representação política. Elementos para uma teoria do campo político”, en *O poder simbólico*, trad. de Fernando Tomaz, 6a. ed., Río de Janeiro, Bertrand Brasil, 2003.
- BRENES VILLALOBOS, Luis Diego, “*Judicial Politics* y tribunales electorales”, *Justicia Electoral*, México, cuarta época, vol. 1, núm. 10, julio-diciembre de 2012.
- BRITTO, Carlos Ayres, *O perfil constitucional da licitação*, Curitiba, ZNT, 1997.
- , *Teoria da Constituição*, Río de Janeiro, Forense, 2003.
- BRUNAZO FILHO, Amilcar, *Fraudes e defesas no voto eletrônico*, <http://www.brunazo.eng.br/voto-e/livros/FeD.htm>.
- BURDEAU, Georges, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, trad. de Ramón Falcón Tello, Madrid, Editora Nacional, 1981 [1977].
- BURDEAU, Georges, *Manuel de Droit Public*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948.
- BURKE, Edmund, “A Letter to Sir Hercules Langrishe on the subject of the roman catholics of Ireland (extract)”, <http://www.ourcivilisation.com/smart-board/shop/burkee/extracts/chap18.htm>.
- , “Pensamientos sobre las causas del actual descontento”, *Textos políticos*, trad. de Vicente Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 1942 [1770].
- CALDERÓN MORALES, Hugo Haroldo, *Teoría general del derecho administrativo*, Guatemala, MR Libros, 2011, t. I.
- CALIMAN, Auro Augusto, *Mandato parlamentar. Aquisição e perda antecipada*, São Paulo, Atlas, 2005.
- CAMPOS, Francisco, *O Estado Nacional*, [1940], <http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Francisco%20Campos-1.pdf>.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1999.
- , “Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva”, en MIRANDA, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra, 1996.
- CANTÚ, Jesús, “El Tribunal cancela la libertad de expresión”, en CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo y SALAZAR UGARTE, Pedro (coords.), *Democracia sin garantías. Las autoridades vs. la reforma electoral*, México, UNAM, 2009.
- CÁRDENAS, Jaime, “El proceso electoral de 2006 y las reformas electorales necesarias”, *Cuestiones Constitucionales*, enero-junio, 2007.
- CARDOSO, Fernando Henrique, *A Construção da Democracia*, São Paulo, Siciliano, 1993.
- CARDOSO, Sérgio, “Notas sobre a tradição do «governo misto»”, en BIGNOTTO, Newton (org.), *Pensar a República*, Belo Horizonte, Editora UFMG, 2000.
- CARPIZO, Jorge, “La reforma política mexicana en 1977”, *Anuario Jurídico*, México, UNAM, 1979-1980.
- CARVALHO NETTO, Menelick, “Controle de constitucionalidade e democracia”, en MAUÉS, Antônio G. Moreira (org.), *Constituição e Democracia*, São Paulo, Max Limonad, 2001.
- , “Racionalização do ordenamento jurídico e democracia”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, núm. 88, diciembre de 2003.
- CARVALHO, José Murilo de, *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*, São Paulo, Companhia das Letras, 1990.
- CASTELLANOS CORTÉS, Sara I., “El marco normativo electoral frente a los comicios generales de 2012. La lógica interna del Consejo General del Instituto Federal Electoral”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 1, enero-junio de 2012.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade, “Jurisdição constitucional: um poder constituinte permanente?”, en SAMPAIO, José Adércio Leite y CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coords.), *Hermenêutica e jurisdição constitucional, Estudos em homenagem a José Alfredo de Oliveira Baracho*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001.
- CHARTIER, Roger, *A história cultural: entre práticas e representações*, trad. de Maria Manuela Galhardo, Lisboa, Difel, Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 1990.
- CITTADINO, Gisele, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, 2a. ed., Río de Janeiro, Lumen Juris, 2000.

- CLÈVE, Clèmerson Merlin, *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.
- , “Control de constitucionalidade e democracia”, en MAUÉS, Antônio G. Moreira, (org.), *Constituição e Democracia*, São Paulo, Max Limonad, 2001.
- , *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*, São Paulo, Acadêmica, 1993.
- CONSTANT, Benjamin, *Princípios políticos constitucionais: Princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França*, trad. de Maria do Céu Carvalho, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1989 [1815].
- CORONA NAKAMURA, Luis Antonio, *La justicia electoral en el sistema electoral mexicano*, Guadalajara, Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco, 2009.
- COSTA, Pietro, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, Scientifica, 2006.
- , “Elezioni, partecipazione, cittadinanza: un’introduzione storica”, *La cittadinanza elettorale*, IX Convegno internazionale della S.I.S.E., Firenze, 2006, <http://ius.regione.toscana.it/elezioni/Documenti/IXConvegnoSISE/Costa.pdf>
- COTTA, Maurizio, “Representação política”, en BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola y PASQUINO, Gianfranco (orgs.), *Dicionário de política*, 12a. ed., trad. de Carmen C. Varriale *et al.*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 2002 [1983].
- COVARRUBIAS DUEÑAS, José de Jesús, *Derecho constitucional electoral*, México, Porrúa, 2000.
- CRESPO, José Antonio, “El proceso de escrutinio y cómputo: omisiones de las autoridades electorales”, *Polít. gob*, México, vol. especial, núm. 2, 2009.
- D’ATENA, Antonio, “Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali”, en MIRANDA, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra, vol. 1, 1996.
- DANTAS, Sivanildo de Araújo, *Direito eleitoral: teoria e prática do procedimento das eleições brasileiras*, Curitiba, Juruá, 2004.
- DÍAZ-SANTANA, Héctor, “El ejercicio de las instituciones electorales en la manipulación del voto en México”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, núm. 20, junio del 2002.
- DOWNS, Anthony, *Uma teoria econômica da democracia*, trad. de Sandra Guardini Teixeira Vasconcelos, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1999 [1957].

- DUARTE, José, *A Constituição Brasileira de 1946, Exegese dos textos à luz dos trabalhos da Assembléia Constituinte*, Río de Janeiro, Imprensa Nacional, 1947, vol. 2.
- DUGUIT, León, *La transformación del Estado*, 2a. ed., trad. de Adolfo Posada, Madrid, Francisco Beltrán, [1909].
- DURÁN BARBA, Jaime, “Encuestas electorales”, *Diccionario electoral*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.
- DUSO, Giuseppe, *La rappresentanza politica. Genesi e crisi del concetto*, 2a. ed., Milán, FrancoAngeli, 2003.
- DUVERGER, Maurice, “Esquisse d’une théorie de la représentation politique”, en *L’évolution du Droit Public. Études offertes à Achille Mestre*, París, Sirey, 1956.
- , *Os grandes sistemas políticos. Instituições Políticas e Direito Constitucional – I*, trad. de Fernando Ruivo y Fernando Augusto Ferreira Pinto, Coimbra, Almedina, 1985 [1980].
- , *Os partidos políticos*, 3a. ed., trad. de Cristiano Monteiro Oiticica, Río de Janeiro, Guanabara, 1987 [1951/1967].
- DWORKIN, Ronald, *Freedom’s Law: The moral reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996.
- , *Justice in Robes*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- , *Liberalismo, Constitución y Democracia*, trad. de Julio Montero y Alfredo Stolarz, Buenos Aires, La isla de la luna, 2003 [1980/1990].
- , *Uma questão de princípio*, trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2000.
- ELIZONDO GASPERIN, María Macarita, “Dueling banjos entre la Suprema Corte y el Tribunal Electoral”, *Justicia Electoral*, cuarta época, vol. 1, núm. 6, 2010.
- ELY, John Hart, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant, *Direito fundamental como oposição política: discordar, fiscalizar e promover alternância política*, Curitiba, Juruá, 2006.
- ESCAMILLA CADENA, Alberto, “Presidencialismo y elecciones en México”, *El Cotidiano*, núm. 160, marzo-abril, 2010.
- FACHIN, Luiz Edson, “Defesa da Constituição, cortes supremas e Estado social democrático”, *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, año. 2, núm. 3, abril de 2007.

- FAORO, Raymundo, *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*, 3a. ed., rev. São Paulo, Globo, 2001 [1957].
- FERNÁNDEZ DELGADO, Miguel Ángel, *Ignacio L. Vallarta, jurisconsulto de la República*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2012, edición digital.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, “La facultad reglamentaria”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XLVIII, núm. 221-222, septiembre-diciembre de 1998.
- , “La elección de los miembros del Poder Legislativo en el sistema electoral mexicano”, en SALGADO, Eneida Desiree (coord.), *Sistemas eleitorais: experiências iberoamericanas e características do modelo brasileiro*, Belo Horizonte, Fórum, 2012.
- , “Reestructuración del Órgano Superior de Fiscalización de las Entidades Federativas”, en GÁMIZ PARRAL, Máximo N. y GARCÍA RUBÍ, Jorge Arturo, *Las entidades federativas en la reforma constitucional*, México, UNAM, 2005.
- , *Tratado de Derecho Electoral*, México, Porrúa, 2010.
- , “Voto secreto vs. encuesta electoral”, *A & C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 12, núm. 50, octubre-diciembre de 2012.
- , *La representatividad de los sistemas electorales*, Série Cuadernos de CAPEL, núm. 37, San José, IIDH, 1994.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, “O desenvolvimento da democracia como resultado da efetiva participação do cidadão”, en GARCIA, Maria (org), *Democracia, hoje*, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Appunti di storia delle costituzioni moderne, Le libertà fondamentali*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli, 1995.
- , *Costituzione e popolo sovrano, La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, 2a. ed., Bolonia, Il Mulino, 2004.
- , *Stato e costituzione: Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Turín, G. Giappichelli, 1993.
- FISS, Owen M., “El efecto silenciador de la libertad de expresión”, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 4, abril de 1996.
- , “Free speech and social structure”, *Yale Law School*, 1986, www.law.yale.edu/faculty/fisspublications.htm.
- FIX-ZAMUDIO, Hector y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, 2010.

- FONSECA, Ricardo Marcelo, *Introdução teórica à história do direito*, Curitiba, Juruá, 2009.
- FOUCAULT, Michel, *Em Defesa da Sociedade*, trad. de Maria Ermantina Galvão, São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- , *Seguridad, Territorio, Población*, trad. de Horacio Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- FREIDENBERG, Flavia, “Democracia interna: reto ineludible de los partidos políticos”, *Revista de Derecho Electoral*, San José de Costa Rica, núm. 1.
- GABARDO, Emerson, *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*, Belo Horizonte, Fórum, 2009.
- , y SALGADO, Eneida Desiree, “O princípio da publicidade e os abusos de poder político e econômico na democracia contemporânea”, en AFFORNALLI, Maria Cecília Naréssi Munhoz y GABARDO, Emerson (coords.), *Direito, informação e cultura: o desenvolvimento social a partir de uma linguagem democrática*, Belo Horizonte, Fórum, 2012.
- GALVÁN RIVERA, Flavio, “Derechos políticos del ciudadano. Amparo y desamparo del juicio de amparo”, en GONZÁLEZ OROPEZA y FERRER MACGREGOR (comp), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídica, 2011.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José F., “Barrera electoral”, *Diccionario electoral*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1983.
- GARCIA, Maria, *A República no Brasil, Brasília: Programa Nacional de Desburocratização*, Instituto dos Advogados de São Paulo, 1985.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza, 1996 [1986].
- GARGARELLA, Roberto, *As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política*, trad. de Alonso Reis Freire, São Paulo, Martins Fontes, 2008 [1999].
- , *Crisis de la representación política*, México, Fontamara, 1997.
- , *El derecho a la protesta*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007.
- , “Introducción”, en (comp.), *Derecho y grupos desaventajados*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- , *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.

- , “Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el ‘constitucionalismo popular’ frente a la teoría de Carlos Nino”, en ALEGRE, Marcelo, GARGARELLA, Roberto y ROSENKRANTZ, Carlos F., (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- GARRIDO MALDONADO, Raciél, “Una propuesta para el establecimiento de bases constitucionales mínimas que garanticen el desarrollo democráticos de los procesos internos de elección de candidatos de los partidos políticos”, en HERNÁNDEZ, María del Pilar (coord.), *Partidos políticos: democracia interna y financiamiento de precampañas. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 2002.
- GASPARI, Elio, *A Ditadura Encurralada*, São Paulo, Companhia das Letras, 2004.
- , *A Ditadura Envergonhada*, São Paulo, Companhia das Letras, 2002.
- GILAS, Karolina Monika, *Rebase de topes de gastos de campaña y su efecto para la calificación de la elección*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Centro de Capacitación Judicial Electoral, líneas jurisprudenciales.
- GONÇALVES, Guilherme de Salles, “A liberdade de exercício da propaganda eleitoral e o «deber» de respeito às posturas municipais”, en GONÇALVES, Guilherme de Salles, PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande y STRAPAZZON, Carlos Luis (coords.), *Direito eleitoral contemporâneo*, Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Desempeño y retos del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”, en ACKERMAN, John M. (coord.), *Elecciones 2012: en busca de equidad y legalidad*, México, UNAM, Instituto Belisario Domínguez-Senado de la República, 2011.
- , “El Tribunal Electoral y la forma republicana de gobierno”, *Revista Justicia Electoral*, cuarta época, vol. 1, núm. 7, 2011.
- GRAMSCI, Antonio, *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*, trad. de Luiz Mário Gazzaneo, Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 1991 [1949].
- GREPPI, Andrea, “Consenso e imparcialidad. Sobre la justificación moral de la democracia en el pensamiento de C. S. Nino”, en ROSENKRANTZ, Carlos y VIGO, Rodolfo L. (comps.), *Razonamiento jurídico, ciencia del derecho y democracia en Carlos S. Nino*, Mexico, Fontamara, 2008.
- GROSSI, Paolo, *Mitologie Giuridiche della Modernità*, Milán, Giuffrè, 2001.
- , “Il costituzionalismo moderno fra mito e storia”, *Giornale di Storia costituzionale [storia, giustizia, costituzione—per i cinquant’anni della costituzionale]*, Macerata, núm. 11, 1 sem. 2006.

- HABERMAS, Jürgen, *Mudança estrutural da esfera pública*, trad. de Flávio R. Kothe, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1984 [1961].
- , “O Estado nacional europeu –sobre o passado e o futuro da soberania e da nacionalidade”, en *A Inclusão do outro. Estudos de teoria política*, trad. de Paulo Astor Soethe, São Paulo, Loyola, 2004 [1996].
- HACHEM, Daniel Wunder, *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Belo Horizonte, Fórum, 2011.
- HARDT, Michael y NEGRI, Antonio, *Império*, trad. de Berilo Vargas, Río de Janeiro, Record, 2001.
- , *Multidão*, trad. de Clóvis Marques, Río de Janeiro, Record, 2005.
- HART, Herbert L. A., “Pós-escrito”, *O conceito de Direito*, 4a. ed., trad. de A. Ribeiro Mendes, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2005 [1994].
- HAURIOU, Maurice, *Princípios de Derecho Público y Constitucional*, 2a. ed., trad. de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1927.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, “La democracia interna de los partidos políticos”, en HERNÁNDEZ, María del Pilar (coord.), *Partidos políticos: democracia interna y financiamiento de precampañas. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, 2002.
- HERRERA FLORES, Joaquin, “Democracia, Estado y derecho. Hacia un marco alternativo de estudios jurídicos”, *Teia Jurídica*, 2000, www.teiajuridica.com.
- HESPANHA, António Manuel, *Cultura jurídica europeia: síntese de um milenio*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2005.
- , *O liberalismo do Estado liberal: o exemplo português do constitucionalismo monárquico (1800-1910 –confrontos com o Brasil)*, Curso da Escola de Altos Estudos–CAPES, realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito–UFPR, Curitiba, 16 marzo a 5 de mayo de 2009.
- HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Selección, trad. de Pedro Cruz Villalon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992 [1966-1959-1974].
- HIRST, Paul, *A democracia representativa e seus limites*, trad. de Maria Luiz X. de A. Borges, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 1992.
- HOFMANN, Hasso, *Rappresentanza–rappresentazione. Parola e concetto dall’antichità all’Ottocento*, trad. de Claudio Tommasi, Milán, Giuffrè, 2007 [2003].
- HOLMES, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune (orgs.), *Constitucionalismo y democracia*, trad. de Monica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988].

- , “Las reglas mordaza o la política de omisión”, en ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune (orgs.), *Constitucionalismo y democracia*, trad. de Monica Utrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1999 [1988].
- HUCHIM MAY, Eduardo M., “Cinco desafíos del IFE y una discutible resolución”, en ACKERMAN, John M. (coord.), *Elecciones 2012: en busca de equidad y legalidad*, México, UNAM-Instituto Belisario Domínguez-Senado de la República, 2011.
- IGLESIAS, José Maria, *Estudio constitucional sobre facultades de la Corte de Justicia*, México, Imprenta de Díaz de León y White, 1874, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/928/14.pdf>.
- JARAMILLO, Juan, “Los órganos electorales supremos”, en NOHLEN *et. al.*, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, FCE-Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Universidad de Heidelberg-International IDEA-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Instituto Federal Electoral, 2007.
- JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, trad. de Christian Förster, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 [1906].
- JOBIM, Nelson, “Partidos políticos e organização partidária”, *ANAIIS do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*, Puerto Alegre, Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, 1990.
- JUAREZ GAMIZ, Julio, “El papel de la publicidad política en la nueva ley electoral: una mirada crítica”, *Sociológica*, México, vol. 25, núm. 72, abril de 2010.
- KELSEN, Hans, *A democracia*, trad. de Ivone Castilho Benedetti *et al.*, São Paulo, Martins Fontes, 2000 [1955].
- , *Jurisdição constitucional*, trad. de Alexandre Krug, São Paulo, Martins Fontes, 2003 [1928].
- , *Teoria Geral do Direito e do Estado*, trad. de Luís Carlos Borges, São Paulo, Martins Fontes, 2000 [1945].
- KLESNER, Joseph L., “Electoral Reform in Mexico’s Hegemonic Party System: Perpetuation of Privilege or Democratic Advance?”, *Kenyon College*, Paper presented at the Annual Meeting of the American Political Science Association, Washington, D. C. http://www2.kenyon.edu/Depts/PSci/Fac/klesner/Electoral_Reform_in_Mexico.htm.
- KNOERR, Fernando Gustavo, *Fidelidade partidária: o controle ético no exercício do mandato*, Curitiba, 2002. 305f, Tese (Doutorado em Direito do Estado), Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

- LAMOUNIER, Bolívar, “O modelo institucional dos anos 30 e a presente crise brasileira”, *Estudos avançados*, São Paulo, vol. 6, núm. 14, abril de 1992.
- LASCOMBE, Michel, *Droit constitutionnel de la Vème République*, París, L’Harmattan, 1992.
- LEAL, Victor Nunes, *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*, 4a. ed., São Paulo, Alfa-Omega, 1978.
- LIJPHART, Arend, *Modelos de democracia*, Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.
- LIMA JUNIOR, Olavo Brasil de, *Instituições políticas democráticas: o segredo da legitimidade*, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 1997.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976 [1961].
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro, “La nueva facultad reglamentaria en México. Evaluación y perspectivas a la luz del texto actual de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en VALADÉS, Diego y CARBONELL, Miguel (coords.), *El proceso constituyente mexicano*, México, UNAM, 2007.
- LUGO RODRÍGUEZ, Ramón Alberto, *Estudio comparativo del uso de mensajes de ataque por los partidos políticos 2003-2009*, maestría en gobierno y asuntos públicos, FLACSO, México, 2010.
- LULA, Carlos Eduardo de Oliveira, *Direito Eleitoral*, Leme, Imperium, 2008.
- MACHADO PAUPÉRIO, “Os Partidos Políticos e seu nôvo regime jurídico no Brasil”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, núm. 22, junio de 1967.
- MACHADO, Jônatas E. M., *Liberdade de expressão*, Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social, Coimbra, Coimbra, 2002.
- MACKENZIE, W. J. M., *Elecciones libres*, Madrid, Tecnos, 1962 [1958].
- MADERO, Francisco I., *La sucesión presidencial en 1910*, Publicado originalmente en 1908, <http://www.memoriapoliticademexico.org/Textos/6Revolucion/1910LSP.pdf>.
- MALBERG, R. Carré de., *Teoría General del Estado*, trad. de José Lión Depetre, Mexico, Fondo de Cultura Económica, 2001 [1922].
- MANIN, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, trad. de Fernando Vallsespín, Madrid, Alianza Editorial, 1998 [1995].
- MARINONI, Luiz Guilherme, “A Jurisdição no Estado Constitucional”, *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, vol. 7, 2009.

- MARTINEZ, Sarah, "Changing Campaign Strategies in Mexico: The Effects of Electoral Reforms on Political Parties", Paper prepared for the *First International Graduate Student Retreat for Comparative Research*, Los Ángeles, mayo de 1999, <http://www.sscnet.ucla.edu/soc/groups/scr/martinez.pdf>.
- MAUS, Ingeborg, "Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisdiccional na «sociedade órfã»", trad. de Martonio Lima y Paulo Albuquerque, *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, núm. 58, noviembre de 2000 [1989].
- MEIRELLES, Domingos, *1930 – Os órfãos da Revolução*, Río de Janeiro, Record, 2005.
- MELGAR ADALID, Mario, *La justicia electoral*, México, UNAM, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires y BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de Direito Constitucional*, 2a. ed., São Paulo, Saraiva, 2008.
- MÉNDEZ DE HOYOS, Irma, "Competencia y competitividad electoral en México, 1977-1997", *Política y gobierno*, vol. X, núm. 1, I semestre de 2003.
- MENDONÇA, Daniel de, "O golpe civil-militar de 1961: crítica a uma explicação hegemónica", *Política & Sociedade*, vol. 8, 2009.
- MENEZES, Anderson de, "As eleições federais de 1966: a legislação eleitoral e o bi-partidismo nacional", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, núms. 23-24, julio de 1967-junio de 1968.
- MEZZAROBÀ, Orides, *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2003.
- MEZZAROBÀ, Orides, "O humanismo latino, a soberania popular e a democracia representativa brasileira contemporânea", *Humanismo latino e Estado no Brasil*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2003.
- , "O partido político no Brasil: princípios constitucionais balizadores para criação e funcionamento", GONÇALVES, Guilherme de Salles, PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande y STRAPAZZON, Carlos Luis (coords.), *Direito eleitoral contemporâneo*, Belo Horizonte, Fórum, 2008.
- MICHAELS, Albert L., "Las elecciones de 1940", *Historia Mexicana*, México, El Colegio de México, vol. XXI, núm. 1, julio-septiembre de 1971.
- MICHELS, Robert, *Sociologia dos partidos políticos*, trad. de Arthur Chaudon. Brasília, UnB, 1982 [1914].
- MILL, John Stuart, *Governo Representativo*, trad. de E. Jacy Monteiro, São Paulo, Ibrasa, 1964 [1861].
- MIRANDA, Jorge, *Direito Constitucional III: Direito Eleitoral e Direito Parlamentar*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito, 2003.

- MOCTEZUMA BARRAGÁN, Javier, *José María Iglesias y la justicia electoral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
- MOISÉS, José Álvaro, “Cidadanía, confiança e instituições democráticas”, *Lua Nova*, São Paulo, núm. 65, 2005.
- MONIZ FREIRE, José de Mello Carvalho, *O voto secreto*, Río de Janeiro, Gráfica Laemmert, 1961 [1910].
- MONTUFAR, Cesar, “Antipolítica, representación y participación ciudadana”, *Ecuador Debate*, Quito, núm. 62, agosto de 2004.
- MORAES, Filomeno y LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto, “Partidos políticos y elecciones: la justicia electoral en la construcción de la democracia brasileña”, en EMMERICH, Gustavo Ernesto (coord.), *Ellos y nosotros. Democracia y representación en el mundo actual*, México, Demos, 2006.
- MORENO MÁRQUEZ, Gorka, “La ciudadanía como meta de la tríada republicana”, *Argumentos*, República Dossier, UAM-X, México, nueva época, año 20, núm. 53, enero-abril de 2007.
- MOUFFE, Chantal, “Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt”, trad. de Menelick de Carvalho Neto, *Cadernos da Escola do Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, vol. 1, núm. 2, julio-diciembre de 1994.
- MOZAFFAR, Shaheen y SCHEDLER, Andreas, “The Comparative Study of Electoral Governance—Introduction”, *International Political Science Review*, vol 23, núm 1, 2002.
- MÜLLER, Friedrich, *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, 2a. ed., trad. de Peter Naumann, São Paulo, Max Limonad, 2000.
- MURAYAMA, Ciro, “Consolidación democrática vs. contrarreforma desde el interés privado”, en CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo y SALAZAR UGARTE, Pedro (coords.), *Democracia sin garantías. Las autoridades vs. la reforma electoral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- NAVA GOMAR, Salvador O., “Democracia constitucional: el papel de la justicia electoral y el derecho de asociación política”, *Cuestiones Constitucionales*, enero-junio 2009.
- NICOLAU, Jairo, “A participação eleitoral: evidências sobre o caso brasileiro”, *VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais*, Coimbra, 2004.
- , *História do voto no Brasil*, Río de Janeiro, Jorge Zahar, 2002.
- NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.
- , *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1996.

- NOGUEIRA, José da Cunha, *Manual prático de Direito Eleitoral*, Río de Janeiro, Forense, 1989.
- NOHLEN, Dieter, “Sistemas electorales presidenciales y parlamentarios”, en NOHLEN *et al.*, *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, FCE-Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Universidad de Heidelberg-International IDEA-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Instituto Federal Electoral, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos fundamentais: triunfos contra a maioria*, Coimbra, Coimbra, 2006.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, *Justicia Electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa-UNAM, 2006.
- , “Justicia Electoral”, *Diccionario Electoral*, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, http://www.iidh.ed.cr/comunidades/redelectoral/docs/red_diccionario/justicia%20electoral.htm.
- , “La democracia interna de los partidos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional”, *Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia*, núm. 4, julio-diciembre de 2004.
- , “La función garantista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”, *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, núm. 18, 2003.
- , “Evolución del derecho electoral en México durante el siglo XX”, *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- ORTIZ LEROUX, Sergio, “La crisis del Estado mexicano: una lectura desde el republicanismo de Maquiavelo”, *Argumentos*, México, vol. 23, núm. 64, diciembre de 2010.
- , “República y republicanismo: una aproximación a sus itinerarios de vuelo”, *Argumentos*, República Dossier, UAM-X, México, nueva época, año 20, núm. 53, enero-abril de 2007.
- PACTET, Pierre, *Institutions politiques: Droit constitutionnel*, 11a. ed., París, Masson, 1992.
- PALACIOS MORA, Celia y TIRADO CERVANTES, Erubiel, “Circunscripciones electorales plurinominales: configuración geográfica y equilibrio poblacional, 1977-2007”, *Invest. Geog*, México, núm. 68, abril de 2009.
- PAOLI BOLIO, Francisco J., “Legislación electoral y proceso político, 1917-1978”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 10, julio de 1978.

- PEDROZA DE LA LLAVE, Susana Thalía, “Los órganos constitucionales autónomos en México”, en SERNA DE LA GARZA, José María y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM, 2002.
- PELICOLI, Angela Cristina, “O Supremo Tribunal Federal como legislador positivo: o caso da fidelidade partidária”, *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, núm. 11, año 24, noviembre de 2008.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- PETTIT, Philip, “Republican Political Theory”, en FLEURBAEY, Marc, SALLÉS, Maurice y WEYMARK, John A. (eds.), *Justice, Political Liberalism, and Utilitarianism*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008.
- PETTIT, Philip, “Republican Theory and Political Trust”, en BRAITHWAITE, Valerie y LEVI, Margaret (eds.), *Trust and Governance*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 1998.
- PINTO FERREIRA, Luiz, *Comentários à Lei Orgânica dos Partidos Políticos*, São Paulo, Saraiva, 1992.
- PITKIN, Hanna Fenichel, *The concept of representation*, Berkeley, University of California Press, 1967.
- PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, “Propuesta de una cuarta generación de reformas electorales”, *Sufragio, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial del Estado de Jalisco*, núm. 1, 2008.
- PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, Río de Janeiro, Guanabara, 1936, t. I.
- , *Comentários à Constituição de 1967*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967, t. I.
- , *Democracia, Liberdade e Igualdade (Os três caminhos)*, Río de Janeiro, Livraria José Olympio Editora, 1945.
- PORTO, Walter Costa, *A mentirosa urna*, São Paulo, Martins Fontes, 2004.
- , *Dicionário do voto*, Brasília, Universidade de Brasília, 2000.
- , *História Eleitoral do Brasil, O voto no Brasil: da Colônia à 5a. República*. Brasília, Senado Federal, 1989, vol.1.
- PRIDA, Ramón, *La nueva ley electoral. Observaciones sobre la Ley de 19 de diciembre de 1911*, Publicado originalmente en 1912, <http://portal.te.gob.mx/informacion-electoral/publicaciones/la-ley-electoral-de-1911-un-instrumento-revolucion>.
- QUEIROZ, Cristina, “Constituição, constitucionalismo e democracia”, en MIRANDA, Jorge (org.), *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, Coimbra, 1996, vol. 1.

- RAIGOSA, Luis, “Consideraciones sobre la ‘actitud jurisdiccional’ del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ante cuestiones ubicadas en el límite entre el derecho electoral y el derecho parlamentario”, *Revista Justicia Electoral*, vol. 1, núm. 6, 2010.
- RIBEIRO, Fávila, *Direito Eleitoral*, Río de Janeiro, Forense, 1988.
- ROCHA CABRAL, João C. da, *Código Eleitoral da República dos Estados Unidos do Brasil*, Brasília, Tribunal Superior Eleitoral, 2004.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, “A Constituição segundo a lei eleitoral ou a lei eleitoral segundo a Constituição”, *Paraná Eleitoral*, Curitiba, núm. 30.
- , “O processo eleitoral como instrumento para a democracia”, *Resenha Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina*, Florianópolis, vol. 5, núm. 1, 1998.
- RODRIGUES, Thiago Alves, “Eficácia horizontal do princípio democrático no âmbito dos partidos políticos: em defesa de posições jurídicas subjetivas”, *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, vol. 12, núm. 18 junio-julio de 2010.
- ROLLO, Arthur Luis Mendonça, “Condições de elegibilidade”, en ROLLO, Alberto (org.), *Elegibilidade e inelegibilidade*, Caxias do Sul, Plenum, 2008.
- RUIZ PÉREZ, Edilberto, “El estado actual y perspectivas de la facultad reglamentaria de los organismos electorales en México”, ponencia presentada en el *XXIII Congreso de la Sociedad Mexicana de Estudios Electorales*, noviembre de 2012.
- RYDEN, David K., *Representation in crisis. The Constitution, Interest Groups and Political Parties*, Albany, State University of Nueva York Press, 1996.
- SADER, Emir, “Brasil, de Getúlio a Lula”, en GARCÍA, Marco Aurélio y SADER, Emir (org.), *Brasil, entre o passado e o futuro*, São Paulo, Fundação Perseu Abramo, 2010.
- SALDANHA, Nelson Nogueira, *História das Ideias Políticas no Brasil*, Brasília, Senado Federal, 2001 [1968].
- SALGADO, Eneida Desiree, *Constituição e Democracia: Tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico—Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*, Belo Horizonte, Fórum, 2007.
- , “A elegibilidade como direito político fundamental, as inelegibilidades retroativas da Lei Complementar 135/10 e a (in)decisão do Supremo Tribunal Federal”, en MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo y ROSA, André Vicente Pires (orgs.), *Direito Constitucional—Os Desafios Contemporâneos—Uma Homenagem ao Professor Ivo Dantas*, Curitiba, Juruá Editora, 2012.
- , *Princípios Constitucionais Eleitorais*, Belo Horizonte, Fórum, 2010.

- , “Una mirada alienígena sobre la compra de votos en la sentencia SUP-JIN-359/2012”, ponencia en el V Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral del TEPJF, 15 y 16 de noviembre de 2012.
- SAMPAIO, Nelson de Sousa, “A justiça eleitoral”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, núm. 34, julio de 1972.
- SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique, *Derecho constitucional*, México, Porrúa, 1997.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar, “El mandato de neutralidad de los poderes públicos en el proceso electoral como proyección del principio de igualdad de oportunidades entre los competidores electorales”, ponencia en el V Seminario Internacional del Observatorio Judicial Electoral del TEPJF, 15 y 16 de noviembre de 2012.
- , *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- SANSEVERINO, Francisco de Assis Vieira, *O “uso da máquina pública” nas campanhas eleitorais: condutas vedadas aos agentes públicos*, Porto Alegre, Verbo Jurídico, 2008.
- SANTIAGO CASTILLO, Javier, *Conflicto político y democratización: 1987-2009*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011.
- SANTOS, Milton, *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, 5a. ed., Río de Janeiro, Record, 2001.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos, *Governabilidade e democracia natural*, Río de Janeiro, FGV, 2007.
- SCHEDLER, Andreas, *Percepciones públicas del fraude electoral en México*, Perfiles latinoamericanos 14, junio de 1999.
- SCHMITT, Carl, *Constitutional Theory*, trad. de Jeffrey Seitzer, Chicago, Duke University Press, 2008 [1928].
- , *O guardião da Constituição*, trad. de Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte, Del Rey, 2007 [1931].
- SEITZ, Brian, *The trace of political representation*, Albany, State University of Nueva York Press, 1995.
- SENNETT, Richard, *A cultura do novo capitalismo*, trad. de Clóvis Marques, Río de Janeiro, Record, 2006.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph, *A constituinte burguesa. Que é o terceiro estado?*, trad. de Norma Azeredo, Río de Janeiro, Liber Juris, 1986 [1789].
- SILVA, Hélio, *1889: a República não esperou o amanecer*, Puerto Alegre, L&PM, 2005.

- SOARES NETO, Cícero José Alves, “Coronelismo e fraudes eleitorais: análise processual (1950)”, *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, vol. 33, 2005.
- SOUSA, Pompeu de, “Eleições de 62: decomposição partidária e caminhos da reforma”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, núm. 16, junio de 1964.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de, “Soberania do povo, poder do Estado”, en NOVAES, Adauto (org.), *A crise do Estado-nação*, Río de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*, Río de Janeiro, Renovar, 2002.
- SPECTOR, Horacio, “Democracia y control de constitucionalidad: una tensión aparente”, en ALEGRE, Marcelo, GARGARELLA, Roberto y ROSENKRANTZ, Carlos F. (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nño*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- SUNSTEIN, Cass R., *Radicals in robes: why extreme right-wing courts are wrong for America*, Nueva York, Basic Books, 2005.
- TORELLY, Paulo Peretti, *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição: Isonomia e República no Direito Constitucional e na Teoria da Constituição*, Puerto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.
- TUESTA SOLDEVILLA, Fernando, “Campaña electoral”, *Diccionario Electoral*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.
- UGALDE CALDERÓN, Filiberto Valentín, “Órganos constitucionales autónomos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 29, 2010.
- UNITED NATIONS, *Declaration of principles for international election observation and code of conduct for international election observers*, Nueva York, United Nations, 2005.
- VALDÉS ZURITA, Leonardo, “Introducción”, *Análisis comparativo de la reforma electoral constitucional y legal 2007-2008*, México, Instituto Federal Electoral, 2008.
- VALE, André Rufino do, “Drittwirkung de Direitos Fundamentais e Associações Privadas”, *Revista de Direito Público*, Brasília, Instituto Brasiliense de Direito Público, núm. 9, julio-septiembre de 2005.
- VALLARTA, Ignacio L., *Cuestiones Constitucionales. Votos*, México, Imprenta y Litografía de Ireneo Paz, 1896, t. III.
- VEGA CARBALLO, José Luis, “Manipulación”, *Diccionario Electoral*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2000.

- VEGA, Pedro de, “Significado constitucional de la representación política”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, Madrid, núm. 44, marzo-abril de 1985.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva y AGRA, Walber de Moura, *Elementos de Direito Eleitoral*, São Paulo, Saraiva, 2009.
- VIEIRA, José Roberto *et al.*, “Perfil constitucional do regulamento e alguns reflexos tributários”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, 2003, núm. 4.
- WEBER, Max, “A política como vocação”, *Ciência e Política*, Duas vocações, trad. de Jean Meville, São Paulo, Martin Claret, 2002 [1919].
- , *Economía y sociedad*, 2a. ed., trad. de José Medina Echavarría *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964 [1922].
- WEBER, Max, *Parlamento e governo na Alemanha reordenada: crítica política da burocracia e da natureza dos partidos*, trad. de Karin Bakke de Araújo, Petrópolis, Vozes, 1993 [1918].
- WEFFORT, Francisco, *Por que democracia?*, São Paulo, Brasiliense, 1984.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, “Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)”, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Firenze, t. 1, núm. 31, 2002.
- , *Principios y votos, El Tribunal Constitucional y la política*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2008 [2005].
- ZIBECHI, Raul, “Poder y representación: ese estado que llevamos dentro”, *Chiapas*, México, núm. 13, 2012.
- ZIPPELIUS, Reinhold, *Teoria Geral do Estado*, 3a. ed., trad. de Karin Praefke-Aires Coutinho, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 [1994].

Administración de las elecciones y jurisdicción electoral: un análisis del modelo mexicano y una crítica a la opción brasilera, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 4 de abril de 2016 en los talleres de MGM, Consultoría Gráfica, S. A. de C. V., Fuentes Brotantes 43-1, colonia Portales Oriente, delegación Benito Juárez, 03570 Ciudad de México, tel. 5243 9110. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 75 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 100 ejemplares (impresión *digital*).