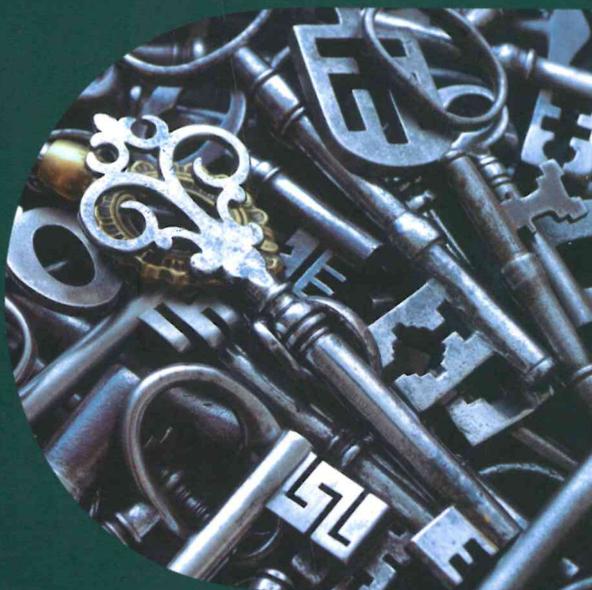


Dieter Nohlen
Leonardo Valdés
Daniel Zovatto
(compiladores)



Derecho electoral latinoamericano

Un enfoque comparativo



Derecho electoral latinoamericano

UN ENFOQUE COMPARATIVO

DIETER NOHLEN
LEONARDO VALDÉS
DANIEL ZOVATTO
(compiladores)



INE
Instituto Nacional Electoral



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
INSTITUTO NACIONAL ELECTORAL
IDEA INTERNACIONAL

Primera edición, 2019

Nohlen, Dieter; Leonardo Valdés y Daniel Zovatto (comps.)

Derecho electoral latinoamericano. Un enfoque comparativo / comp. de Dieter Nohlen, Leonardo Valdés, Daniel Zovatto ; pról. de Dieter Nohlen. —

México : FCE, UNAM, IJ, INE, IDEA Internacional, 2019

1568 p. : ilus. ; 23 × 17 cm — (Colec. Política y Derecho)

ISBN 978-607-16-6195-1 (FCE)

ISBN 978-607-30-1376-5 (UNAM)

1. Derecho electoral — América Latina — Estudio comparativo I. Valdés, Leonardo, comp. II. Zovatto, Daniel, comp. III. Nohlen, Dieter, pról. IV. Ser. V. t

LC JL969.A45

Dewey 324 N436d

Distribución mundial

Diseño de portada: Neri Ugalde

Imagen de portada: iStockphoto/umdash9

Parte de esta publicación fue posible gracias al apoyo de la Universidad de Heidelberg y la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

D. R. © 2019, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México
www.juridicas.unam.mx

D. R. © 2019, Instituto Nacional Electoral
Viaducto Tlalpan núm. 100, esquina Periférico Sur
Col. Arenal Tepepan, Tlalpan
14610, Ciudad de México

D. R. © 2019, Instituto Internacional para la Democracia
y la Asistencia Electoral
Stömsborg, SE-103 34 Estocolmo, Suecia
www.idea.int

D. R. © 2019, Fondo de Cultura Económica
Carretera Picacho-Ajusco, 227; 14738 Ciudad de México
www.fondodeculturaeconomica.com
Comentarios: editorial@fondodeculturaeconomica.com
Tel. (55) 5227-4672

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, sea cual fuere el medio, sin la anuencia por escrito del titular de los derechos

ISBN 978-607-16-6195-1 (FCE)

ISBN 978-607-30-1376-5 (UNAM)

Impreso en México • *Printed in Mexico*

IX. DERECHO DE SUFRAGIO: PRINCIPIO Y FUNCIÓN

MANUEL ARAGÓN REYES
FRANCISCO JAVIER MATIA PORTILLA

DERECHO DE SUFRAGIO Y DEMOCRACIA

Entendido el derecho de sufragio en su sentido más simple, esto es, identificándolo únicamente con el derecho de voto, es claro que no está ligado necesariamente con la democracia, sino con la colegialidad. La existencia del derecho de voto es necesaria allí donde una decisión ha de ser adoptada por un órgano o entidad compuestos por una pluralidad de personas, ya sea el viejo Senado romano, la antigua Dieta Imperial alemana o el Colegio Cardenalicio, por poner ejemplos bien alejados de la democracia. Tampoco, en este sentido muy simple del término, se identifica el derecho de sufragio con la actividad pública o más generalmente política, ya que el derecho de voto ha de existir también en instituciones privadas basadas en la colegialidad, desde una junta de vecinos hasta el consejo de administración de una compañía mercantil.

Ahora bien, la colegialidad, que sí se contrapone ciertamente al poder unipersonal (supuesto que excluye, por principio, el derecho de voto), no es por sí sola una nota suficientemente explicativa del derecho de sufragio, sino sólo su requisito más básico (y también más abstracto). El derecho de sufragio significa algo más que el mero derecho de voto. En primer lugar, porque su entendimiento correcto ha de situarse en la esfera de lo público y no de lo privado, donde puede hablarse con propiedad del derecho de voto (en las sociedades civiles o mercantiles, por ejemplo), pero no exactamente del derecho de sufragio, que tiene una connotación política inexcusable. En segundo lugar, y, sobre todo, porque sólo cabe hablar de derecho de sufragio cuando está atribuido a ciudadanos, esto es, a miembros de una comunidad política para adoptar a través de él decisiones también de naturaleza política, que atañen al gobierno (en sentido lato) de esa comunidad.

Sin embargo, esa mayor concreción del concepto no permite identificar todavía derecho de sufragio con democracia, puesto que uno puede existir sin la otra en sistemas de sufragio restringido, como ocurrió, por ejemplo, en el Estado liberal del siglo XIX basado en el sufragio censitario. Parece, pues, que derecho de sufragio y democracia sólo pueden coincidir cuando el sufra-

gio es universal. No obstante, esta última relación no resulta aún suficientemente explicativa, es decir, no se presenta como una relación necesaria, ya que, si bien no hay democracia sin sufragio universal, puede en cambio existir sufragio universal sin democracia, de lo que ha habido y hay suficientes ejemplos.

De ahí que no baste el carácter universal del sufragio para considerarlo democrático: ha de ser también libre, igual, directo y secreto. El voto de los ciudadanos ha de valer igual, emitirse sin intermediarios y ser la manifestación de una decisión libre, esto es, de una voluntad no coaccionada. El secreto del voto garantiza precisamente la libertad de emitirlo. Ahora bien, el sufragio en libertad no significa sólo que el acto de votar deba hacerse sin coacción alguna y con plena capacidad de opción (votar sí o no si se trata de un referéndum, o a alguna candidatura si se trata de elecciones, o en blanco en cualquier caso, o incluso no votar, si se prefiere), sino que el derecho de sufragio ha de estar acompañado de otras libertades sin las cuales no podría hablarse en propiedad de un sufragio libre: las libertades de expresión, asociación, reunión y manifestación, y por supuesto la libertad de presentación de candidaturas (con las modulaciones necesarias para dotar de eficacia al acto electoral), acompañada de los principios de libre concurrencia entre ellas y de libre desarrollo de la campaña electoral.

Este problema de la libertad de presentación de candidaturas está íntimamente conectado con la otra faceta del derecho de sufragio que hasta ahora no habíamos señalado: el derecho a ser elegible. Porque, si bien cuando se habla del derecho de sufragio sin más precisiones se entiende generalmente el derecho a elegir, esto es, el derecho de sufragio activo, también es derecho de sufragio la faceta pasiva del mismo: el derecho no sólo a ser elector, sino también a ser elegible, y en la medida en que para ser elegible antes hay que ser proclamado candidato, el sufragio pasivo significa, en primer lugar, el derecho a presentarse como candidato a las elecciones. El sufragio pasivo es democrático, pues, en la medida en que todos los ciudadanos (y no sólo una minoría) tienen (cumpliendo determinados requisitos que no vulneren el principio de igualdad) la oportunidad de ejercerlo.

No acaban ahí todavía las características que han de acompañar al derecho de sufragio para identificarlo con la democracia: es preciso que existan las correspondientes garantías de la veracidad del sufragio, esto es, del no falseamiento de sus resultados. Una administración electoral independiente del Poder Ejecutivo, neutral, transparente y bien dotada técnicamente, junto con un sistema de recursos jurisdiccionales que aseguren el control de las infracciones o errores que pudieran cometerse en el proceso electoral, suponen, en fin, las últimas pero indispensables notas que definen al sufragio como democrático.

SUFRAGIO Y REPRESENTACIÓN

El derecho de sufragio no está conectado exclusivamente con la democracia representativa, pues también mediante el voto se ejerce la democracia directa, ya sea a través de las asambleas abiertas o de la institución del referéndum. Sin embargo, las dificultades prácticas y los graves inconvenientes teóricos de la democracia directa han originado que ésta no pueda verse como una alternativa a la democracia representativa sino, a lo mucho, como su complemento. Hoy, pues, más que votaciones, el sufragio lo que significa es elecciones. Sobre este punto posiblemente no habría que extenderse, por suficientemente conocido. Sin embargo, dado que la simplicidad de ciertas doctrinas las ha hecho atractivas para algunos sectores del público, quizá conviniera dedicarle algo más de atención.

Las ideas rousseauianas de la democracia como identidad entre gobernantes y gobernados, basadas en que la soberanía popular no puede delegarse porque no puede enajenarse, condujeron a que determinadas corrientes de pensamiento sólo aceptasen la democracia representativa por razones exclusivamente pragmáticas (gran extensión del territorio del Estado y gran número de habitantes), pero considerándola siempre como un mal menor, afectado por un "déficit" democrático respecto de la democracia directa (que sería la auténtica democracia). En tal sentido, los elementos de democracia directa insertados en cualquier sistema de democracia representativa eran sobrevalorados por encima de ésta, tenidos, pues, como instituciones de un "plusvalor" democrático.

Sin embargo, como otras corrientes de pensamiento han puesto de manifiesto, con gran rigor, la opción por la democracia representativa tiene a su favor no sólo razones de puro pragmatismo, sino también muy sólidos fundamentos teóricos, basados en que la sociedad no es uniforme, sino plural, en que el gobierno de una comunidad ha de hacer posible la composición de intereses diversos, en que no puede sobrevivir el Estado sin una actividad permanente de integración y en que no hay comunidad de hombres libres si no hay distinción entre gobernantes y gobernados, y por lo mismo si no hay limitación del poder y responsabilidad de los gobernantes; y es la representación la que hace posible todo ello. En tal sentido conserva toda su vigencia aquella afirmación de Kelsen, realizada en el siglo pasado, de que no hay más democracia posible que la representativa. De ahí que el sufragio tenga como principal función servir de medio para formalizar la representación política.

El derecho de sufragio, además de ser un derecho subjetivo, en el doble sentido de derecho de sufragio activo y derecho de sufragio pasivo, es, sobre todo, un principio, el más básico o nuclear, de la democracia, o hablando en términos más precisos, del Estado democrático. La solidez de este aserto parece indiscutible, en la medida en que, si se reconoce que la soberanía

reside en el pueblo, no hay otro modo más veraz de comprobación de la voluntad popular que mediante el ejercicio del voto. Pero se comprende aún más claramente cuando se observa el derecho de sufragio como método para designar la representación popular; es decir, como principio no ya de la democracia en general, sino en particular de la democracia representativa: difícilmente puede aceptarse que haya representación sin elección, ni limitación temporal del poder sin elecciones periódicas.

Sin embargo, y como es bien sabido, han existido determinados intentos teóricos, tanto desde la extrema izquierda como desde la extrema derecha, encaminados a negar la conexión necesaria antes aludida. Un buen ejemplo nos lo facilita la posición defendida por Carl Schmitt en los años veinte y treinta del pasado siglo. Schmitt disociaba democracia y libertad (y por lo mismo representación y elección). La democracia no se basa en la libertad, diría, sino en la homogeneidad. De ahí que, a su juicio, la democracia representativa sólo fuera posible cuando la entidad representada (la nación) es homogénea, es decir, cuando tiene un solo interés (que es lo que ocurría, según él, con la reducción de la nación a la burguesía en el siglo XIX), pero no cuando aquella entidad es heterogénea (nación coincidente con pueblo, que es lo que sucede cuando existe el sufragio universal, del que dispone toda una sociedad que, a su vez, está dividida en clases o en grupos con intereses contrapuestos).

Una sociedad así (sigue argumentando Schmitt) es incompatible con la democracia liberal (la democracia representativa mediante las elecciones), pues el enfrentamiento de intereses conduciría siempre al dominio político de una clase sobre otra (dominio disfrazado de "democracia formal", coincidiendo así Schmitt, sintomáticamente, con el marxismo). El Parlamento no servirá entonces para representar a todos, sino para que se imponga, a través suyo, la clase dominante. La democracia, en consecuencia, no es conciliable con el "pluralismo", sino sólo con la homogeneidad; el concepto de "democracia pluralista" sería, para Schmitt, un contrasentido. De ahí que, cuando la propia sociedad es plural, el único modo de hacer posible la democracia consista en la negación de esa pluralidad, destruyéndola o silenciándola, es decir, excluyéndola de la representación.

En este último sentido, Schmitt distingue entre *Vertretung* o representación mediante elecciones, que es siempre, a su juicio, una representación política inauténtica, es decir, una representación de intereses, y *Repräsentation* o representación espiritual, que se manifiesta no por la elección, sino por la "identificación" del pueblo con sus líderes (mediante la aclamación o el asentimiento). Esta *Repräsentation* es la única representación auténtica, pues, a juicio de Schmitt, no se verifica a través de procedimientos, ya que se trata de algo de naturaleza "existencial". Por ella, el representante no es un delegado de la voluntad de los representados, ya que, por principio, como esa voluntad no existe (lo que hay es una diversidad de voluntades antagónicas),

es imposible delegarse; por el contrario, mediante esa "representación" el representante "encarna" lo que hay de homogéneo en los representados, expresando así (o dando vida) a una voluntad popular que sólo es capaz de manifestarse (o hacerse presente) por obra del representante mismo, de su cualidad para "identificarla". Ésa, dirá Schmitt, es la auténtica democracia, frente a la falsa democracia representativa liberal.

A partir de ahí, de ese concepto de "representación" (y de ese entendimiento de la democracia), no es de extrañar que Schmitt afirme que la democracia es cosa distinta de las votaciones secretas, que democracia y dictadura no son términos inconciliables, que (y así lo diría expresamente) "bolchevismo y fascismo son, como cualquier dictadura, antiliberales, pero no necesariamente antidemocráticos".

Como puede observarse, la confluencia entre ideas de extrema izquierda y extrema derecha es clara (siempre ha ocurrido así): bajo la apelación de Schmitt a una "auténtica democracia" (frente a la inauténtica o "formal" democracia liberal), lo que se esconde es la destrucción de la democracia misma. Cuando a la democracia se le amputan la libertad y el sufragio no queda convertida en "otro tipo" de democracia, sino, sencillamente, en dictadura, como bien contestó entonces Kelsen refutando aquellas ideas en el plano teórico (y haciendo ver que no hay oposición sino conciliación entre pluralismo y democracia y que no hay otro método veraz de que se manifieste la voluntad popular sino mediante elecciones basadas en el sufragio universal, libre, igual y secreto), y como bien se encargaron de mostrar en la práctica los dos sistemas aludidos precisamente por Schmitt: el fascista y el comunista.

PARTIDOS POLÍTICOS Y REPRESENTACIÓN

Es cierto que en el presente no cabe desconocer la función mediadora, articuladora, que cumplen los partidos en la representación política. Esa importante función incluso les es reconocida de manera expresa en casi todas las constituciones latinoamericanas (Argentina, art. 38; Bolivia, art. 209 —junto con las organizaciones de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y las agrupaciones ciudadanas—; Brasil, art. 17; Costa Rica, art. 98; Chile, art. 19.15; Ecuador, art. 108 —junto con los movimientos políticos—; El Salvador, art. 85; Honduras, art. 47; México, art. 41; Nicaragua, art. 55; Panamá, art. 138; Paraguay, art. 124; Perú, art. 35) y, sin excepción alguna, en la legislación electoral o de partidos de todos los países de aquella área. La democracia de nuestro tiempo es una democracia de partidos y difícilmente podría ser de otra manera. Sin la libertad de asociación política, esto es, sin la existencia de los partidos no puede haber democracia auténtica, o lo que es igual, democracia pluralista. Sin unos partidos estables, es decir, socialmente arraigados y con el grado suficiente de cohesión y disciplina

interna, no cabe esperar que la democracia sea una forma de organización política eficaz.

Ahora bien, la democracia de partidos no debe sustituir enteramente a la democracia de ciudadanos, puesto que se estaría pervirtiendo la propia democracia, en la que, como su nombre indica, es el pueblo la única fuente del poder. Los partidos cumplen una función auxiliar: son instrumentos, valiosos, por supuesto, pero sólo instrumentos de la democracia. Ésta no tiene por sujetos a los partidos, sino a los ciudadanos. Más aún, tampoco los partidos agotan los cauces de expresión del pluralismo político, que también puede (y debe) expresarse por medio de grupos de opinión no partidistas (movimientos políticos independientes, agrupaciones de electores, etc.); como tampoco agotan los cauces de expresión del pluralismo social, que se manifiesta también a través de los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás formaciones colectivas que integran la diversidad de creencias e intereses que existen en una comunidad de hombres libres.

Quizás uno de los problemas políticos más serios del presente consista en la tendencia de los partidos a introducirse en el seno de las organizaciones sociales, para influenciarlas o dirigirlas. Es el fenómeno de la tan denostada "politización" (mejor sería decir "partidización") de las empresas económicas, sociales y culturales. Al margen de las críticas frívolas, cuando no simplemente antidemocráticas, que ese fenómeno a veces recibe, el problema radica en el deterioro de la espontaneidad social que ello conlleva, así como en la disfuncionalidad (con la correspondiente ineficacia) que produce el traslado al ámbito de las organizaciones sociales de un tipo de racionalidad que allí resulta impropio. Poner los medios para que los partidos limiten sus actividades al mundo de las instituciones públicas, fomentándose (y no difuminándose) la distinción entre lo político y lo social, parece hoy una tarea urgente si quiere fortalecerse la democracia.

Por otra parte, la función de los partidos en las instituciones públicas debe ser objeto de algunas consideraciones. Por un lado, el importante papel que desempeñan los partidos (y que constitucionalmente tienen reconocido) exige al mismo tiempo que se extreme la obligación (también impuesta por las constituciones y las leyes más modernas) de que su estructura interna y su funcionamiento sean democráticos, postulado muy fácil de enunciar pero muy difícil de llevar a la práctica. Pese a las dificultades y a la casi irresistible tendencia oligárquica que se da en el seno de cualquier partido, la pretensión no es imposible y, probablemente, la salida de la crisis de legitimidad que hoy afecta a los partidos dependa, en no escasa medida, de su capacidad de dotarse de una razonable democracia interna. Por otro lado, el papel institucional de los partidos debe ser concebido en sus justos términos: de la misma manera que los partidos no pueden sustituir al pueblo, tampoco pueden sustituir al Estado. Por ello, la tan utilizada expresión "Estado de partidos" es, cuando menos, incorrecta en un sistema democrático.

Los partidos deben ser, pues, en los ordenamientos constitucionales democráticos, asociaciones privadas, aunque esos mismos ordenamientos reconozcan, como es obvio, la relevancia pública de sus actividades. Ni los partidos son órganos del Estado ni pueden manifestar, por sí mismos, bajo otras vestiduras jurídicas, la voluntad estatal (de ahí que quizá pudieran criticarse las definiciones de los partidos como personas jurídicas de derecho público que formulan determinados ordenamientos latinoamericanos, como Argentina, Bolivia, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Paraguay, y más aún la exigencia de afiliación partidaria para poder disfrutar del derecho de sufragio pasivo que se contiene en el ordenamiento brasileño y que ha sido declarada inconstitucional en El Salvador).

La diferenciación entre el Estado y los partidos ni es una apariencia formalizada, es decir, una "ficción jurídica", ni es sólo un postulado del derecho impuesto por una lógica abstracta, sino una exigencia que proviene de la misma realidad política. Aceptar que la estructura orgánica estatal tiene un carácter ficticio, bajo el que se esconde, en realidad, la desnuda voluntad de los partidos, y pensar que esa situación puede ser duradera a condición de que no se haga demasiado patente que "el Rey está desnudo", no es sólo una actitud cínica, sino, sobre todo, suicida: una sociedad de hombres libres acaba, más tarde o más temprano, por dejar de obedecer los mandatos de la autoridad si ésta pierde su condición de representante de la voluntad de todos y si estos mandatos no están justificados por razones de interés general.

Ahora bien, que el Estado no deba ser el disfraz de los partidos no significa, ni mucho menos, que no haya de tenerse muy en cuenta la función de los partidos en la vida de las organizaciones públicas. Pero, claro está, de aquellas organizaciones públicas que respondan a la lógica partidista, esto es, a la lógica de las mayorías y las minorías producto de la representación. Por ello, esa lógica debe operar exclusivamente en los ámbitos parlamentario y gubernamental, puesto que es allí donde se manifiesta, legítimamente, el pluralismo político, sin que deba trasladarse a otros ámbitos, como el de la administración pública, u otras instituciones del Estado, como las de naturaleza jurisdiccional, cuya composición y funciones descansan sólo en razones de independencia y profesionalidad.

Es curioso, y perturbador, que allí donde tiene toda su legitimidad la actuación de los partidos, que es en la vida parlamentaria, o en general en las instituciones emanadas directamente de la representación popular, sea donde resulta más débil su papel en la práctica política actual de muchos países. De ahí que cualquier intento serio de fortalecer la democracia representativa deba incluir medidas que tiendan a reforzar la importancia de los partidos en las instituciones donde esa representación se expresa. No hay que dejarse engañar por las apariencias: hoy, por ejemplo, los partidos son quizá muy eficaces para disciplinar la actividad parlamentaria, pero muy ineficaces para hacer de esa actividad el centro de interés de la política nacional (ahora

los sindicatos, las organizaciones empresariales, la prensa e incluso en determinados países democráticos los jueces ejercen mayor protagonismo político que las Cámaras parlamentarias).

Unos partidos con bajo nivel de afiliación, financiados casi enteramente en muchos países con dinero público y férreamente dominados por sus dirigentes, generan una clase política no ya burocratizada, sino, por así decirlo, "funcionarizada". En esas condiciones, las instituciones representativas corren el riesgo de quedar muy aisladas de la sociedad, tendencia que se ve reforzada por la realidad actual de unas elecciones en las que, por obra de una propaganda en la que predomina sobre todo la imagen, se manifiestan más como elecciones plebiscitarias que como elecciones representativas, según alertó Leibholz hace casi medio siglo.

No obstante, estos defectos que acaban de señalarse no vienen ni mucho menos a dar la razón a Schmitt en su intento de refutar las bases teóricas de la democracia representativa, ni, por lo mismo, a suministrar razones para abandonar la democracia de partidos, sino, por el contrario, a poner de manifiesto la necesidad, como se dijo, de revitalizar los partidos políticos acercándolos a la sociedad, desburocratizándolos y dotándolos de suficiente democracia interna para que puedan desarrollar, en cuanto tales, y no sólo a través de sus respectivos líderes, el papel protagonista que les corresponde en la vida de las instituciones democráticas. Habría que sopesar muy seriamente, antes de dar entrada a hipotéticas reformas electorales, como las conducentes a un sistema de listas abiertas, el daño que pueden provocar en la estabilidad de los partidos. Y ello porque no hay democracia sin partidos, simplemente porque no la hay sin libertades, entre ellas la de asociación política, pero más aún, porque la democracia representativa, única forma adecuada, en la práctica y en la teoría, de la democracia en nuestro tiempo, tiene a los partidos como base de su entramado institucional, por lo que no cabe ni organización de la representación y de las mismas instituciones representativas sin ellos, ni ejercicio con garantías del derecho de sufragio sin la mediación (no excluyente, claro está) de los partidos políticos.

EL ENTENDIMIENTO INSTITUCIONAL DEL DERECHO DE SUFRAGIO

El derecho de sufragio, como los demás derechos fundamentales, puede ser entendido en sentido subjetivo y en sentido objetivo. Desde el primero, aparece como una facultad del titular del derecho garantizado por el ordenamiento, esto es, como un derecho de libertad; el derecho a votar (o a presentarse como candidato) y, por lo mismo, también la libertad de no votar (o de no presentarse como candidato) son la expresión de ese sentido subjetivo del derecho de sufragio. Desde la consideración objetiva, el derecho de sufragio es, como ya se señaló, un principio básico de la democracia, o en términos

jurídicos, del ordenamiento democrático. Visto como principio, el sufragio tiene, entonces, una dimensión institucional indiscutible: sin el derecho de sufragio no hay democracia. Una y otra dimensión pueden, y deben, encontrarse en equilibrio, aunque a veces no ocurre así y la acentuación de la dimensión objetiva o institucional puede incluso hacerla prevalecer sobre la dimensión subjetiva del derecho y mudarlo de naturaleza, esto es, transformándolo de derecho en obligación.

El reconocimiento de la dimensión institucional del derecho de sufragio está presente en casi todos los ordenamientos latinoamericanos, y en muchos de ellos la definición de ese sufragio como una obligación (con el juego verbal, difícil de entender jurídicamente, de considerarlo al mismo tiempo como derecho y como deber; véase al respecto la contribución de Fernández Baeza en esta obra): así, en Argentina, en el art. 37 de la Constitución se impone el deber de votar; en Bolivia, en el art. 5 de la Ley 26 de Régimen Electoral (30-06-2010) se incluye el deber de “participar, mediante el voto, en todos los procesos electorales, referendos y revocatoria de mandato convocados conforme a Ley”; en Brasil, el art. 14 de la Constitución declara el voto obligatorio; en Colombia, el art. 258 de la Constitución proclama el voto como un derecho y un deber; en Costa Rica, el art. 93 de la Constitución dispone que “el sufragio es función cívica primordial y obligatoria”; en Chile, el art. 15 establece que el voto es obligatorio; en Ecuador, el art. 62 de la Constitución de 2008 señala que “el voto será obligatorio para las personas mayores de dieciocho años” (aunque facultativo para las personas entre 16 y 18 años, los mayores de 65 años, los ecuatorianos que viven en el exterior, los integrantes de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y las personas con discapacidad); en El Salvador, el art. 73 de la Constitución dice que el sufragio es un deber (aunque el art. 72 también dice que es un derecho); en Guatemala, el art. 136 de la Constitución define el sufragio como derecho y deber; en Honduras, el art. 40 de la Constitución califica el sufragio como deber, y el art. 44 dispone que “el sufragio es un derecho y una función pública”; en México, el art. 36 de la Constitución califica el voto popular como una obligación del ciudadano “en los términos que señale la ley”; en Panamá, el art. 135 de la Constitución señala que el voto es un derecho y un deber; en Paraguay, el art. 118 de la Constitución dice que “el sufragio es derecho, deber y función pública del elector. Constituye la base del régimen democrático y representativo”; en Perú, el art. 31 de la Constitución dispone que el voto es obligatorio; en República Dominicana, el art. 208 de la Constitución señala que el sufragio es un derecho y un deber de los ciudadanos; en Venezuela, el art. 63 de la Constitución de 1999 dispone que “el sufragio es un derecho” y el art. 132 señala que “toda persona tiene el deber de cumplir sus responsabilidades sociales y participar solidariamente en la vida política”.

Si, como antes se recordó, todos los derechos fundamentales tienen, junto a su dimensión subjetiva, una dimensión objetiva o institucional, esta

última es especialmente significativa en el derecho de sufragio, y no está mal que los propios textos constitucionales, como hemos visto, lo señalen expresamente. Ahora bien, esa dimensión objetiva no debe prevalecer de tal manera sobre la consideración subjetiva hasta el punto de anularla o desvirtuarla. Ése es el riesgo de la llamada "institucionalización" o entendimiento "utilitario" de los derechos fundamentales, que puede conducir, paradójicamente, a la excesiva limitación o incluso en algunos casos a la desaparición del derecho en casos particulares con el argumento de que de esa manera se garantiza mejor la "función" que realiza el propio derecho.

Un entendimiento así concebiría los derechos como medios al servicio de un fin, no como fines en sí mismos. El fin por lograr sería en ese caso la representación o incluso la organización "eficaz" de la representación. Y de esa manera podrían introducirse serias limitaciones al derecho de sufragio. Una de ellas podría consistir en la completa desaparición de la faceta de libertad que todo derecho ha de tener, dejándolo reducido a una simple obligación, aunque los ordenamientos que lo establecen como obligatorio no llevan hasta sus últimas consecuencias esa definición en cuanto que también lo definen, contradictoriamente, como derecho (o como un "derecho y una función pública", que es supuesto del art. 44 de la Constitución de Honduras, en cuyo caso la contradicción no se salva del todo aun entendiendo que "libre" significa en ese mismo precepto libertad para votar a una u otra opción, pese a que ello también entraría en el ámbito de la definición como "secreto" que también se contiene en aquel precepto), o en cuanto que la obligación no traspasa el plano de la retórica sin convertirse en un auténtico deber jurídico, o en la medida en que sí es tal deber jurídico, sancionable, existe una gran laxitud en la aplicación de las normas sancionadoras correspondientes.

El peligro que puede encerrar la excesiva "funcionalización" de un derecho se observa muy bien, justamente, en el derecho que estamos examinando cuando se considera el sufragio como obligación. La base jurídica justificativa de esa obligatoriedad está en la teoría que configura al cuerpo electoral como órgano del Estado, cuya consecuencia es, sin duda alguna, la negación de la soberanía popular, en cuanto que introduce al propio pueblo en el seno de la persona jurídica estatal, pasando de ser el titular del poder a convertirse en un mero órgano que ejerce, mediante el sufragio, una función pública y que, por ello, sólo actúa con las competencias, el modo y la forma que el poder (el Estado) le tiene atribuidos. En tal supuesto, no hay distinción, pues, entre sociedad y Estado, entre pueblo y poder público. Son, en fin, muy bien conocidas las implicaciones (no queridas probablemente en la mayoría de los casos, pero inevitables) entre esta concepción iuspositivista y las teorías políticas de la democracia "no liberal" ("popular", "orgánica", etcétera).

También podrían basarse en un "exceso" de utilitarismo otras medidas restrictivas del derecho individual, como la reducción de la libertad de presentación de candidaturas mediante el establecimiento de su monopolio a

favor de los partidos (lo que ocurre en la mayoría de los países latinoamericanos) o la fijación de un número excesivamente elevado de firmas necesarias para presentar candidaturas independientes; o la ampliación de las causas de exclusión del derecho de sufragio o de los supuestos de inelegibilidades tomando en consideración circunstancias personales o sociales que no podrían servir como razones para negar la titularidad o el ejercicio de otros derechos, pero sí del derecho de sufragio basándose en el argumento que podría suministrar su "funcionalidad", esto es, el fin tan alto al que este derecho sirve.

La forma de conjurar esos riesgos no es, claro está, desatender la indudable dimensión institucional del derecho de sufragio, sino lograr el equilibrio entre las facetas subjetiva y objetiva del derecho, sin que la primera elimine por completo a la segunda y sin que ésta prevalezca sobre aquélla de manera que pueda desvirtuarla. No debe olvidarse en todo caso que el derecho de sufragio sólo estará garantizado en la medida en que sea un auténtico derecho, esto es, un derecho subjetivo capaz de ser ejercitado por todos los ciudadanos con la mayor facilidad y sin discriminación alguna.

FUNCIONES DEL SUFRAGIO

Un derecho de sufragio "efectivo" y unas elecciones democráticas cumplen unas funciones políticas de importancia básica. Ello es obvio, y cualquier reflexión sobre la materia no puede dejar de subrayarlo. Hechas las salvedades que más arriba acaban de exponerse acerca de los riesgos que pueden derivarse de los excesos del "funcionalismo" en éste y en cualquier otro derecho fundamental o, lo que es igual, del peligro que encierra subvertir los principios con el propósito de mejorar los resultados (lo que no quiere decir que se desconozcan los también excesos que, en contrario, puede producir el "principlismo", esto es, la prevalencia incondicionada de los principios sobre sus consecuencias prácticas), procede ahora detenerse en el desarrollo de las principales funciones del sufragio.

La primera quizá sea la de producir representación, esto es, garantizar jurídicamente, procedimentalmente, la representación política. La democracia representativa sólo es posible (como bien decía Kelsen frente a Schmitt) gracias a las votaciones democráticas, es decir, gracias al derecho de sufragio universal, libre, igual y secreto. La mediación de los partidos en la articulación de esa representación ni la desvirtúa ni la anula; al contrario, la hace posible en cuanto que la racionaliza, la organiza, esto es, en cuanto que canaliza en las instituciones, de manera ordenada, el pluralismo de la propia sociedad.

Otra función es producir "gobiernos", aunque no es quizá la única o absolutamente primordial, como parecen indicar algunos autores, entre ellos el propio Popper. Mediante el sufragio los ciudadanos, pacíficamente, establecen y cambian gobiernos, es decir, dan su apoyo o lo niegan a programas

de gobierno que se les presentan en la oferta electoral, ya sea mediante el procedimiento, indirecto, de elegir gobiernos en los sistemas parlamentarios, ya sea mediante la forma, directa, de elegir al Poder Ejecutivo en los sistemas presidencialistas (o en la mezcla entre ambos en que consisten las soluciones mixtas que se están abriendo camino en algún ordenamiento latinoamericano). Ése es, ciertamente, el principio del "gobierno representativo", entendida la expresión tanto en sentido amplio (gobierno identificable con el conjunto de las autoridades públicas) como en sentido estricto (gobierno equivalente a Poder Ejecutivo).

Sin embargo, conviene realizar algunas puntualizaciones. En primer lugar, la democracia representativa no consiste sólo en que sea representativo el gobierno sino también la oposición, esto es, en que no sólo se eligen "gobiernos" sino también parlamentos, comprensivos de las mayorías y de las minorías. Justamente porque el Parlamento, a través del sufragio, representa a todos en la medida en que todas las opciones que han obtenido el suficiente número de votos están representadas en la cámara, es por lo que cabe hablar de democracia pluralista, que no es sólo la garantía de la expresión y asociación a través de las cuales el pluralismo se manifiesta, sino también la garantía de que tal pluralismo esté representado en las instituciones del Estado, en especial, en el propio Parlamento. En segundo lugar, el origen representativo de las instituciones del Estado no basta para que haya auténtica "representación", ya que es necesario que los representantes (todos, incluidos los de los grupos minoritarios) puedan ejercer la representación, lo que significa, en los parlamentos, que las mayorías no estén excesivamente lastradas por la disciplina de partido y que las minorías posean unos derechos de actuación parlamentaria que les permitan ejercer los derechos más básicos del control parlamentario del gobierno, como los derechos al debate, a la información, a la investigación y a la inclusión de asuntos en el orden del día de las sesiones de la cámara. No sólo se legitima, pues, la democracia mediante el ejercicio periódico del sufragio activo, sino también mediante el ejercicio periódico y el "desempeño permanente" del sufragio pasivo.

Otra función del sufragio es producir una específica limitación del poder: la limitación en el tiempo, la limitación temporal, en la medida en que no es concebible el sufragio democrático si no es periódicamente ejercitable, esto es, si la representación no lo es por periodo limitado. Elecciones libres equivalen, entre otras cosas, a elecciones periódicas. La limitación temporal del poder, junto a la funcional (división de poderes) y la material (derechos fundamentales) constituyen el presupuesto del Estado democrático.

Hay una función del sufragio que no es separable de las anteriores, porque las engloba y se confunde con cada una de ellas, pero que puede distinguirse, aunque sea para efectos analíticos: la función de legitimación del Estado. Mediante el sufragio, como se dijo más atrás, se articula la participación del pueblo en el ejercicio del poder, unas veces directamente (votando

en referéndums, por ejemplo) y otras indirectamente (eligiendo representantes). La declaración que aparece en todas las constituciones latinoamericanas acerca de que la soberanía radica en el pueblo (o en la nación) se hace realidad en la medida en que está garantizado el derecho de sufragio, único instrumento mediante el cual se asegura verazmente (esto es, jurídicamente) la emisión de la voluntad popular.

A estos efectos pueden ponerse algunos ejemplos bien expresivos, por acertados, de esta identificación entre el sufragio y la soberanía popular; el art. 3 de la Constitución de Paraguay cuando dice que "el pueblo ejerce el poder público por medio del sufragio", o el art. 5 de la Constitución de Venezuela de 1999 cuando declara que "la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el poder público". Proclamar (como se hace, muy correctamente) que el pueblo ejerce la soberanía mediante el sufragio impone dos exigencias que el ordenamiento ha de atender: por una parte, garantizar un sufragio activo universal, libre y secreto (de lo contrario habría partes del pueblo que no ejercerían la soberanía) y, por otra, garantizar el general y libre acceso del pueblo al sufragio pasivo (de lo contrario los ciudadanos, en la democracia representativa, sólo elegirían, pero no desempeñarían el poder, esto es, sólo ostentarían el derecho a tener un gobierno elegido, pero no a gobernar ellos mismos mediante elecciones). Hechas esas salvedades, es claro que no hay más democracia que aquella que se articula a través de las votaciones populares. Frente a lo que decía Schmitt, el asentimiento, la aclamación, la "representación espiritual" (o la representación "natural") no pueden fundamentar la democracia, que sólo se asienta en la representación "artificial", esto es, en la representación jurídicamente organizada, expresada mediante el acto electoral, con sus correspondientes procedimientos y garantías.

La función legitimadora se cumple no sólo mediante la realización del acto formal de la votación, sino también a través de todo el proceso de sufragio y, muy significativamente, en la campaña electoral, en la que se produce una amplia comunicación entre representantes y representados, entre partidos y sociedad, que refuerza considerablemente la participación popular y que hace de las elecciones una verdadera escuela de cultura cívica democrática. Además, en la medida en que la representación política lo es de intereses generales, la función legitimadora del sufragio se manifiesta al mismo tiempo como función de integración en la comunidad política estatal.

Ahora bien, el sufragio, siendo el modo insustituible de producir la legitimación democrática, no puede legitimarlo todo. Legitima el poder, en cuanto a la forma, es decir, a su carácter de representativo, pero no exactamente en cuanto a su contenido, a su producto. El poder emanado de la representación popular es, en el Estado constitucional democrático, un poder limitado, no absoluto. No hay poderes absolutos en el Estado constitucional

democrático y, por lo mismo, las elecciones no legitiman, por principio, todos los actos del poder. Aquí se encuentra una de las características básicas del Estado democrático, que es su inseparabilidad del Estado de derecho y, por lo mismo, la necesidad de conciliar una y otra dimensión. Ello se consigue mediante la limitación material del poder, que consiste, primero, en que los poderes constituidos han de estar supeditados a las normas procesales y materiales que la Constitución contiene sin que puedan actuar al margen de ellas, y segundo, en que el Estado no puede vulnerar los derechos fundamentales, que hoy constituyen una especie de Derecho común de todos los países con un sistema constitucional democrático. Los derechos fundamentales o, en sentido general, los derechos humanos deben operar como un límite infranqueable al poder representativo.