

RICHARD L. HASEN. 2024. *A Real Right to Vote. How a Constitutional Amendment Can Safeguard American Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 222 pp.

FÉLIX G. MOSTAJO
Investigador independiente
frgmostajo@gmail.com

La Constitución de Estados Unidos no protege el derecho al voto en términos afirmativos y amplios: las cinco veces que lo enuncia –la primera hasta la Enmienda XIV, de 1868 (el país se fundó en 1776)– lo hace con una redacción negativa o restrictiva que prohíbe limitar o denegar el sufragio por algún criterio específico (edad, sexo, color de piel, pago de impuestos). Ausente está el fraseo habitual de cualquier constitución moderna que garantiza al ciudadano, por el mero hecho de serlo, el derecho a votar en las elecciones del país.

Este anacronismo –origen de diversas “patologías” en un sistema electoral de por sí “disfuncional y partidista” (p. 6)–, aunado a una Corte Suprema de mayoría conservadora proclive desde hace lustros a anteponer las prerrogativas de los estados a los derechos de los votantes, explica que Estados Unidos sea hoy un país “flojo” en materia democrática (p. 13) y no ejemplar, como muchos lo estiman. El índice del Electoral Integrity Project suele ubicar a la nación norteamericana por debajo de la media continental y a algunos de sus estados en puestos típicos de regímenes autoritarios o dictatoriales.

Ante este panorama, Richard L. Hasen, profesor en la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA) y experto en derecho electoral, propone una reforma constitucional que establezca un derecho afirmativo y amplio al voto para todos los ciudadanos, con un diseño en el que cada sufragio cuente por igual. Ello no sólo acabaría de tajo con los esfuerzos recurrentes de muchos estados –Hasen relata varios,

impropios de una democracia— por negar o limitar el derecho al voto de sus propios ciudadanos, sino que reduciría la intensidad de los conflictos electorales y protegería la democracia de intentos perniciosos para revertir elecciones, como sucedió en 2020.

La justificación es clara: desde la fundación del país, millones de ciudadanos han sido privados del voto o han enfrentado obstáculos innecesarios para sufragar: mujeres, minorías étnicas y lingüísticas, soldados, estudiantes, reclusos y habitantes de territorios incorporados. Una parte de la responsabilidad recae en el silencio constitucional referido y, otra, en la negativa de la Corte a proteger los derechos electorales y a afirmar el poder del Congreso en la materia.

Si esos derechos no son aún más limitados, explica Hasen, es gracias a las decisiones que tomó el máximo tribunal bajo la presidencia de Earl Warren, entre 1953 y 1969, el único periodo en la larga historia de la institución en el que ésta “ha sido hospitalaria con demandas generales sobre el derecho constitucional al voto” (p. 21). Antes y después, el máximo tribunal ha acogido entre escéptico, desidioso y hostil los reclamos para defender esas garantías, sobre todo las consagradas en las tres enmiendas producto de la guerra civil.

Al respecto, el autor rememora el caso *Minor contra Happersett* (1874), en el que la Corte determinó que las mujeres son ciudadanas pero sin derecho al sufragio, pues entre los privilegios de la ciudadanía que salvaguarda la Enmienda XIV no está votar; es más, remató, la Constitución no confiere ese derecho a nadie: es prerrogativa de los estados establecer quién sufra y quién no. En *Giles contra Harris* (1903), el tribunal sentenció que la protección de la Enmienda XV era inefectiva sin la coerción federal: sólo el Congreso y el presidente —no la justicia— podían obligar a un estado (Alabama) a registrar en el padrón a Jackson W. Giles y a miles de ciudadanos más, marginados del proceso electoral por ser negros (pp. 22-23). Además, machacó la Corte, un ciudadano no podía demandar directamente a un estado ante una corte federal.

Siguió un largo silencio institucional, interrumpido sólo por la ratificación de dos enmiendas constitucionales. La XVII, de 1913, estableció la elección directa de los senadores –nombrados, hasta entonces, por las legislaturas estatales–, pero sin ampliar los derechos electorales, pues los estados retuvieron el poder de definir quién podía sufragar. La XIX, de 1920, concedió el voto a las mujeres, también de modo indirecto o no afirmativo; culminaban así décadas de organización y trabajo arduo del movimiento sufragista, al que Hasen toma como modelo y predictor del futuro de su propia propuesta (p. 15).

La llegada de Warren a la Corte y la formación de una mayoría progresista rompieron la inercia institucional y demostraron qué sucede cuando el poder judicial protege “con vigor” los derechos electorales (p. 24). El tribunal estableció en la jurisprudencia el principio de “una persona, un voto”, a saber, la obligación de trazar distritos electorales que contengan aproximadamente el mismo número de personas; además, prohibió la redistribución sesgada (*gerrymandering*) con fines discriminatorios. Segundo, declaró constitucional la Ley de Derecho al Voto (LDV) de 1965, que otorgó poderes amplios al gobierno federal para forzar a ciertos estados, sobre todo sureños, a registrar votantes de minorías y a solicitar autorización antes de operar cualquier cambio en la normativa electoral (debían demostrar que no tenía ni la intención ni el efecto de empeorar la situación de los votantes); por añadidura, rechazó el argumento de los estados de que la legislación infringía la cláusula residual de competencia (Enmienda X) y convalidó el poder especial del Congreso para defender los derechos electorales. Tercero, estableció que cuando un tribunal decida la legalidad de una disposición electoral que implique privar del voto a alguien, aplique el escrutinio más estricto disponible en el sistema constitucional estadounidense, por lo que debe demostrarse que la medida atiende un interés estatal imperativo y que lo hace con los medios menos perjudiciales a su alcance.

A ello se sumaron cuatro reformas constitucionales en apenas diez años (1961-1971), tres de ellas en material electoral. La Enmienda XXIII permitió que el Distrito de Columbia participara en la elección presidencial al asignarle electores en el colegio electoral (se había propuesto también concederle representantes en la cámara baja). La Enmienda XXIV abolió en las elecciones federales (incluyendo las primarias) el impuesto al sufragio (*poll tax*), instrumento preferido de los estados para controlar la composición del electorado; la Corte extendió la prohibición a los comicios estatales en 1966. La Enmienda XXVI redujo la edad mínima para votar a 18 años.

Con el tiempo, la Corte empezó a alejarse del “constitucionalismo vivo” –“el sentido y la interpretación de las disposiciones constitucionales cambia según los valores sociales vigentes en cada época” (p. 33)– de los años sesenta y transitó a visiones más restrictivas, textualistas y apegadas a la intención “original” de la Constitución, sobre todo de la cláusula de protección igualitaria de la Enmienda XIV, cuya lectura “generosa y amplia” fundamentó las sentencias revolucionarias de Warren y sus colegas (p. 9). Además, a partir de 1986, el máximo tribunal acometió una revolución en el federalismo que lo volvió defensor acérrimo de las prerrogativas estatales y, por tanto, “muy escéptico en general del poder del Congreso para regular la conducta de los estados” (p. 39).

Todo ello ha erosionado y desdibujado los derechos electorales y de representación. Hasen glosa con preocupación las contribuciones de la Corte a ese retroceso democrático, plasmadas en sentencias emblemáticas. *Bush contra Gore* (2000) estableció que la Constitución no garantiza a nadie votar para presidente; la protección igualitaria sólo entra en juego una vez que los estados han definido el universo de votantes.

El caso Crawford contra Marion County Election Board (2008) validó el nuevo esquema de los republicanos para excluir a ciudadanos proclives a votar por los demócratas: exigir una identificación con fotografía para registrarse o

sufragar, so pretexto de prevenir fraudes y suplantación de identidad. Además de que la evidencia de ese tipo de delitos es casi nula (pp. 114-115) –consideración irrelevante para la Corte, pues basta con declarar el interés de prevenirlos para relegar los reclamos de miles de votantes–, la trampa está en que quienes más carecen de esas identificaciones suelen ser las minorías y los grupos vulnerables. En Texas, por ejemplo, no se aceptan credenciales universitarias (los estudiantes votan más por los demócratas), pero sí licencias de armas (pp. 45-50); en Dakota del Norte se exigen identificaciones con el domicilio del ciudadano, pero las reservas en las que viven los indios nativos carecen de direcciones postales estándar (pp. 91-111).

En *NAMUDNO* contra Holder (2009), la Corte avisó que estaba lista para dismantelar la LDV. En 2006, el Congreso había extendido su aplicación por quinta vez desde su aprobación en 1965 con carácter temporal (sólo estaría vigente cinco años), al considerar que subsistían barreras significativas al voto e inequidades en la representación política. En audiencias públicas, Hasen y otros expertos urgieron a los legisladores a actualizar la fórmula que determinaba qué territorios debían someterse al régimen de autorización previa, sabedores de que varios jueces conservadores lo veían como una intromisión y un exceso del legislativo. Pero hacerlo precisaba de una “delicada maniobra política” (p. 36) que fracturaría el consenso bipartidista previo, así que la fórmula quedó intacta y siguió usando datos de los años setenta para sus cálculos. Los mismos imperativos de la negociación impidieron que los legisladores la pusieran al día en 2009 tras la amenaza anunciada en la sentencia *NAMUDNO*.

La inacción resultó “fatal”: en *Shelby County* contra Holder (2013), la Corte declaró inconstitucional la fórmula de cobertura, lo que –más importante– inutilizó el mecanismo de autorización previa, el cual “había demostrado ser extremadamente valioso para proteger a los votantes de las minorías” (p. 35). La mayoría conservadora consideró insuficiente la evidencia que el legislativo recabó en más de

10,000 cuartillas acerca de las prácticas discriminatorias aún presentes en los estados bajo supervisión federal y adujo un supuesto derecho de igual soberanía de los estados, inexistente en la doctrina constitucional. Concluía así la oscilación del péndulo institucional a una Corte “mezquina” (p. 10) a la hora de proteger los derechos de los votantes y apartada de la deferencia tradicional hacia el Congreso, que pasó de ser una rama de gobierno de igual poder y “con derecho a ejercer su propio juicio” a un “litigante común” al que se le exige un expediente probatorio suficiente (p. 38).

En *Brnovich contra Democratic National Committee* (2021), la nueva supermayoría conservadora (establecida en 2020) perseveró en la lectura chata de las protecciones de la LDV –ahora la sección 2– y favoreció de nuevo a un estado (Arizona), no sólo al declarar legales dos disposiciones que afectaban a miles de votantes, sino que estableció un estándar casi inalcanzable para admitir demandas por denegación del voto. Seis jueces valoraron que los cambios impusieron trabas menores y de poca consideración, insuficientes en todo caso para oponerse al interés legítimo del estado; para la minoría disidente, Arizona no demostró fehacientemente la necesidad de los ajustes y había que invalidarlos dada la certeza de que afectaban de modo desproporcionado a ciertos grupos (pp. 107-111).

Las dos instituciones que más distorsionan la garantía de que los votos cuenten por igual son el Senado y el colegio electoral. La elección del primero debería ser similar a la de la cámara baja (p. 158), lo que ofrecería una representación más equitativa y acabaría con las ventajas que tienen los estados pequeños. Hasen aprovecha para criticar la deplorable práctica del obstruccionismo (*filibuster*) y llama a eliminarlo cuando se trate de legislaciones electorales.

Por su parte, el colegio electoral, cuyos delegados –no los ciudadanos– eligen formalmente al presidente de la nación, antepone las prerrogativas de los estados a la igualdad de los ciudadanos, concede poder desmedido a las entidades pequeñas y hace que los llamados estados bisagra reciban

más atención de los candidatos presidenciales. Sin olvidar la distorsión aberrante de la voluntad popular cada que el candidato más votado no es el ganador, lo que ha sucedido cinco veces en la historia nacional; la más reciente, en 2016, registró la ventaja más amplia para un candidato perdedor, cuando Hillary Clinton sumó tres millones de votos más que Donald Trump. En 2020 pudo ser peor, pues le faltó poco al republicano para imponerse –Joseph Biden se llevó varios estados decisivos por menos de un punto porcentual–, a pesar de recolectar siete millones de votos menos que el demócrata.

Para Hasen, Trump “llevó las guerras electorales a un nivel inédito de deslegitimación del proceso electoral mismo. Sus acusaciones de fraude electoral fueron un sello distintivo de su presidencia” (p. 115), mas los tribunales rechazaron inequívocamente todas y cada una de ellas por falta manifiesta de pruebas. Merecen especial condena la coerción “nefaria” que ejerció el presidente sobre autoridades electorales para alterar los conteos –“encuéntrenme 11,780 votos [en Georgia]”, exigió– y la teoría “peligrosa”, aún viva, de que las legislaturas estatales tienen poder irrestricto para enviar al colegio electoral delegados distintos a los que designan los ciudadanos (p. 127). Por primera vez en 150 años, el mandatario saliente no asistió a la transmisión pacífica del poder (p. 204). “Nunca me imaginé preocupado por la democracia en mi propio país, ni que ayudaría a publicar un informe titulado ‘Elecciones justas durante una crisis’, ni que crearía en [mi universidad] el Safeguarding Democracy Project”, confiesa el autor (p. 113).

Hasen presenta su propuesta de reforma constitucional en dos versiones –previa glosa de intentos pasados (pp. 134-138)–, diseñadas en función de la dificultad esperable para su aprobación: la básica, con seis disposiciones, y la compleja, que agrega cuatro. El corazón de la enmienda es consagrar el derecho afirmativo y amplio del ciudadano –adulto, residente legal y sin antecedentes penales– a votar en todas las elecciones. Sufragar pasaría a ser un derecho fundamental,

lo que dificultaría que una corte hostil lo diluyera, como ha sucedido.

El votante sería el nuevo centro gravitacional del sistema electoral y la balanza judicial tendría que inclinarse a su favor, en lugar de privilegiar a los estados. Éstos (o el gobierno federal) asumirían tanto la carga de registrar en el padrón a todos los ciudadanos –no sólo a los que lo pidan– como los costos asociados a verificar su identidad (por ejemplo, actas de nacimiento). Además, al ciudadano se le asignaría una clave única de elector, válida en todos los estados, lo que reduciría notablemente la litigiosidad electoral –Hasen calcula que se ha triplicado desde el 2000–, pues el grueso de las demandas versa sobre registro e identidad (pp. 101-102).

Para que los estados aprobaran normas destinadas a proteger la “integridad” del proceso electoral –en su mayoría, hasta hoy, “subterfugios para la intención no declarada de moldear la composición del electorado” (p. 63)–, tendrían que acreditar razones “sustantivas y válidas” respaldadas en evidencia “real y sólida” (p. 154), y no sólo con dichos, como lo permite la Corte. Ya no sería responsabilidad del ciudadano probar la intención discriminatoria de una disposición; la pregunta que se plantearía siempre sería “por qué el estado vio la necesidad de poner barreras innecesarias a los votantes” (p. 99).

Hasen propone constitucionalizar la obligación de trazar distritos de tamaño poblacional similar y, a semejanza de la sección 2 de la LDV, el derecho a una participación equitativa en el proceso político; además, plantea blindar las facultades del Congreso contra interpretaciones jurídicas restrictivas de los derechos electorales. Asimismo, establece expresamente que la asignación de los delegados al colegio electoral sea por voto popular (no más estratagemas en contrario como en 2020).

La versión compleja incluye devolver el voto a los presos que hayan cumplido su sentencia completa –para evitar chicanas antidemocráticas como la que urdieron los republicanos de Florida contra la Enmienda 4 en 2018 (pp. 70-76)– y concederlo a los habitantes de Guam, Islas Marianas del Norte,

Islas Vírgenes, Puerto Rico y Samoa (quienes ni siquiera son ciudadanos estadounidenses); la Corte ha convalidado en cada ocasión su condición de ciudadanos de segunda clase.

También propone eliminar el colegio electoral, reemplazarlo por votación nacional directa y reconfigurar el Senado en función de criterios poblacionales. Deja fuera de ambas versiones –por la oposición anticipada– acabar con todo tipo de redistribución sesgada y establecer una autoridad nacional y apartidista para administrar las elecciones que, a juicio de Hasen, es el modelo más razonable (p. 143).

El fraseo de las dos versiones enuncia al detalle preceptos sobre la mecánica de gobierno, incluyendo la revisión judicial, lo que rompe con la tradicional terminología vaga e inespecífica de la Constitución. Es así porque ha quedado demostrado que no se les puede confiar a los estados o a los tribunales la “protección plena” de derechos electorales cuando están expresados “en un lenguaje general o aspiracional” (p. 61). La Corte ha aprovechado este rasgo de la ley suprema para limitar el alcance de las enmiendas electorales.

Hasen es consciente de que reformar la Constitución parece “quijotesco e ingenuo” (p. 159) dada la polarización extrema imperante, el nulo interés de los republicanos –que el autor controvierte (pp. 138-142)– y el miedo de los políticos a perder poder, pero apuesta por los beneficios políticos y legislativos que el mero intento podría generar en el camino, similar al derrotero de enmiendas anteriores. Apela, sobre todo, a la evidencia de que el enfoque gradualista y la estrategia fragmentaria para garantizar los derechos electorales son “insostenibles” (p. 151): “tiene que haber un camino mejor que esperar a que el gobierno imponga nuevas restricciones al voto y demandarlo enseguida ante un tribunal con resultado incierto”, sostiene (p. 6). En una democracia funcional, registrarse, votar y hacer valer el sufragio no debería ser tan difícil sin sacrificar la integridad y seguridad del proceso electoral. Pero el cambio llegará sólo cuando la ciudadanía alce la voz y presione en esa dirección, “aunque nos tome más de una generación llegar allí” (p. 18).