

# Preparación para una elección presidencial en disputa: Un ejercicio de evaluación y gestión de riesgos electorales

Edward B. Foley \*

*Este artículo considera la posibilidad de que surja una disputa importante sobre el resultado de las elecciones presidenciales de 2020, incluso sin interferencia extranjera o algún otro evento extraordinario, sino más bien a partir del proceso ordinario de escrutinio. Sobre la base de investigaciones anteriores sobre el fenómeno del "cambio azul", según el cual los ajustes en los recuentos de votos durante el escrutinio de los resultados tienden a beneficiar a los candidatos demócratas, es fácil imaginar que surgiera una disputa si este tipo de "cambio azul" fuera consecuente en la carrera presidencial. Utilizando ejemplos tanto de Pennsylvania como de Arizona, dos estados susceptibles a importantes "cambios azules" en elecciones anteriores, el artículo muestra cómo la disputa podría llegar al Congreso, donde potencialmente podría convertirse en metástasis en una crisis constitucional en toda regla. El escenario más aterrador es donde la disputa sigue sin resolverse el 20 de enero de 2021, fecha de la inauguración del nuevo mandato presidencial, y el ejército no está seguro de quién tiene derecho a recibir los códigos nucleares como comandante en jefe. Para evitar este riesgo, el Congreso debe enmendar el estatuto relevante, 3 USC § 15.*

YONTRDUCCIÓN.....	310
I. NOVIEMBRE 3 de enero de 2020 DICIEMBRE 14, 2020	315
A. <i>Qué Podría pasar</i> .....	315
B. <i>Análisis</i> .....	316
II. ENERO 6 de octubre de 2021, ENERO 2021 .....	321
A. <i>Qué Podría pasar</i> .....	321
B. <i>Análisis</i> .....	323
1. El Electoral Count Act.....	329
III. ENERO 6 2021, ENERO 20, 2021 .....	335
A. <i>Qué Podría pasar</i> .....	335
B. <i>Análisis: Arizona Alternativa</i> .....	339

---

\* Cátedra Ebersold de Derecho Constitucional y Director, Derecho Electoral @ Moritz, Facultad de Derecho Moritz de la Universidad Estatal de Ohio. Muchas gracias a todos los que proporcionaron comentarios sobre borradores anteriores.

IV. ÉL ROL DEL SUPREME COURT .....	341	
A. <i>Antes de la reunión del Colegio Electoral el lunes de diciembre 14</i> .....	343	
B. <i>Entre el 14 de diciembre y enero 6</i> .....	345	
C. <i>Entre el 6 de enero y enero 20</i> .....	348	
CONCLUSIÓN .....	350	
APÉNDICE .....	351	
A. <i>Texto del conteo electoral Actuar</i> .....	351	
B. <i>Interpretaciones existentes de 3 USC § 15</i> .....	356	
C. <i>Otras ambigüedades con respecto a 3 USC § 15</i> .....	358	
D. <i>La consecuencia de no contar los votos electorales de ¿un estado?</i> .....	359	
E. <i>Finalización o no finalización de las elecciones ¿Contar?</i>		360
F. <i>La relevancia del vigésimo ¿Enmienda?</i> .....	361	

#### 1.- INTRODUCCIÓN

Es la noche de las elecciones de 2020. Esta vez todos los ojos están puestos en Pensilvania, ya que quien gane el estado clave ganará una mayoría en el colegio electoral. Trump está por delante en el estado por 20.000 votos, y está tuiteando "La carrera ha terminado. Otros cuatro años para seguir haciendo que Estados Unidos vuelva a ser grande".

Associated Press (AP) y las redes aún no han declarado ganador a Trump. Aunque 20.000 es una ventaja considerable, en los últimos años han aprendido que las cifras pueden cambiar antes de la certificación oficial final de los resultados de las elecciones. Tienen miedo de "reconocer" las elecciones para Trump, solo para encontrarse con la necesidad de retractarse de la convocatoria, como lo hicieron vergonzosamente veinte años antes, en 2000. El oponente demócrata de Trump,

---

(complete el espacio en blanco con el candidato que prefiera; elegiré a Elizabeth Warren ya que en este momento es la favorita según los mercados de predicción), 1 no concede, alegando que la carrera aún está demasiado cerca para llamar. Ambos candidatos terminan la noche sin pasar frente a las cámaras.

Por la mañana, nuevos números muestran que la ventaja de Trump comienza a decaer, y al mediodía está por debajo de 20.000. Impaciente, Trump celebra una conferencia de prensa improvisada y anuncia:

---

1. *Vea ¿Quién ganará la nominación presidencial demócrata de 2020?*, PAGREDICTyoT, <https://www.predictit.org/markets/detail/3633/Who-will-win-the-2020-Democrat-presidential-nominación> (última visita el 22 de octubre de 2019) [<https://perma.cc/KC2R-WAH8>] (que muestra que los posibles apostantes pueden apostar treinta y nueve centavos por dólar de ganancias potenciales si la senadora Elizabeth Warren gana la nominación demócrata, mientras que se deben apostar veinte centavos al ex vicepresidente Joseph Biden para ganar un dólar).

Gané la reelección. Los resultados de anoche mostraron que gané Pensilvania por más de 20.000 votos. Esos resultados fueron completos, con el 100 por ciento de los recintos informando. En lo que a mí respecta, esos resultados ahora son definitivos. No voy a permitir que los políticos de Filadelfia me roben mi victoria en la reelección, ¡ni a mis votantes!

A pesar de las protestas de Trump, el proceso normal de escrutinio de los resultados electorales continúa en Pensilvania y los resultados actualizados continúan mostrando que el liderazgo de Trump se está escapando. Primero, cae por debajo de 15.000. Luego 10,000. Luego 5,000. Mientras esto sucede, los tweets de Trump se vuelven cada vez más indignados e incendiarios. "¡¡¡DETENGA ESTE ROBO AHORA MISMO !!!" "¡¡¡NO DEJES QUE TE ROBEN ESTA ELECCIÓN !!!"

Los manifestantes toman las calles, en Pensilvania y en otros lugares. Hasta ahora, las manifestaciones, aunque rencorosas, no han sido violentas. En medio de la protección policial, el proceso de escrutinio en Pensilvania ha continuado y la ventaja de Trump en el estado disminuye aún más.

Luego, varios días después, la pista cambia. Ahora, Warren está por delante en Pensilvania. Primero por solo unos pocos cientos de votos. Luego, por un par de miles de votos. Aunque AP y las redes continúan declarando que la carrera es "demasiado cerrada para llamar", es el turno de Warren de tomar las cámaras y declarar la victoria.

Trump insiste, por tweet y micrófono, "EL ROBO NO PERMANECERÁ!!! " "RECUPERAREMOS NUESTRA VICTORIA. "

Así comienza la saga sobre el disputado resultado de las elecciones presidenciales de 2020.

Este escenario es ciertamente plausible. Pensilvania es, de hecho, un estado fundamental en las elecciones presidenciales de 2020, y está potencialmente preparado para ser el único estado sobre el que girará toda la elección. Ese papel también podría recaer en Wisconsin, o Florida nuevamente, o incluso Arizona. Pero también podría ser Pensilvania.

Además, si la idea de que una ventaja de 20.000 en la noche de las elecciones se evapore por completo durante el escrutinio de las declaraciones parece inverosímil, piénselo de nuevo. La ventaja de Trump sobre Hillary Clinton en Pensilvania no desapareció por completo, pero cayó en más de 20.000 votos —23.659, para ser precisos— entre la noche de las elecciones y la certificación oficial final del resultado en el estado.<sup>3</sup> Tampoco fue una casualidad. En 2018, los candidatos demócratas a

---

2. El análisis de qué estado (s) podrían ser fundamentales para el resultado del Colegio Electoral se basa en varios sitios web políticos, incluidos 538, Cook Political Report y 270 to Win. Véase, por ejemplo, Mapa interactivo de las elecciones presidenciales de 2020, 270AWEN, <https://www.270towin.com/> [<https://perma.cc/V73N-DL5L>] (enumera Arizona, Florida, el segundo distrito del Congreso de Nebraska, Carolina del Norte, Pensilvania y Wisconsin como tiradas).

3. *Comparar resultados presidenciales*, WCENIZA. PAGOST, 10 de noviembre de 2016, en A43 (que evidencia un margen de 67,951 votos entre el Sr. Trump y la Secretaria Clinton), con GOVERNOR'S OFFICE DEL COMMONWEALTH DE PAGUNA., CERTIFICADO DE UNADECLARACIÓN DE PAGRESIDENCIAL mILECTORES (Dic).

Tanto el gobernador como el senador de los Estados Unidos en Pensilvania aumentaron sus ventajas sobre sus oponentes republicanos en más de 28.000 votos durante el período de escrutinio equivalente en esa elección de mitad de período.<sup>4</sup> Además, en cada una de las tres elecciones presidenciales antes de 2016 (2004, 2008 y 2012), el candidato demócrata obtuvo más de 22.000 votos en Pensilvania entre la noche de las elecciones y la certificación final de los resultados oficiales.<sup>5</sup>

Por lo tanto, no es descabellado esperar que el oponente demócrata de Trump en 2020 gane a Trump por más de 20.000 votos en Pensilvania durante el período comprendido entre la noche de las elecciones y la certificación oficial final del escrutinio. La pregunta clave es si este tipo de ganancia simplemente extiende una ventaja que el candidato demócrata ya tiene, comparable a lo que ocurrió en dos contiendas estatales en 2018. O si, en cambio, corta una ventaja con la que Trump comienza la noche de las elecciones, y, de ser así, si es una ganancia suficiente para que el oponente demócrata de Trump supere la ventaja de Trump en la noche de elecciones. En 2016, la ganancia de 23.659 votos de Hillary Clinton durante el proceso de escrutinio no fue suficiente para cambiar a Pensilvania a su columna. En cambio, redujo la ventaja de Trump de 67,951 en el estado a “solo” 44,292.

Pensilvania no es nada extraño con este tipo de ganancias para los candidatos demócratas durante el proceso de escrutinio. Aunque este fenómeno aún no es ampliamente entendido por el electorado en general, los académicos e incluso los medios de comunicación han comenzado a tomar nota. En 2014, publiqué un artículo titulado *The Big Blue Shift* para llamar la atención sobre este desarrollo, con la hipótesis de que se explica mejor como un subproducto involuntario de las reformas electorales adoptadas a raíz del fiasco del 2000.

---

12, 2016), disponible en <https://www.archives.gov/federal-register/electoral-college/2016-certificados/pdfs/asertainment-pennsylvania.pdf> [<https://perma.cc/EJ37-V2SP>] (proclamando un margen de 44,292 votos entre los candidatos de los partidos principales).

4. *Compare los resultados del Senado de EE. UU.*, WCENIZA. PAGOST, 8 de noviembre de 2018, en A26 (que evidencia un margen de 629,473 votos entre el Senador Casey y el Representante Barletta), con Declaraciones Oficiales en todo el estado: Elección General de 2018, COMMONWEALTH PAGUNA. (6 de noviembre de 2018) <https://www.electionreturns.pa.gov/General/SummaryResults?ElectionID=63&ElectionType=G&IsActive=0> [<https://perma.cc/PFL8-UVB2>] (que ilustra un margen de 657,589 votos entre los candidatos de los partidos principales).

5. Los cambios en los votos demócratas fueron 22,790, 23,863 y 26,146 votos, respectivamente. Eduardo B. Foley, *A Big Blue Shift: Midiendo un margen de litigio en aumento asimétrico*, 28 *JL & POL.* 501, 537 (2013) [en adelante *Big Blue Shift*], disponible en [http://files.www.lawandpolitics.org/content/vol-xxvii-no-4/Foley\\_Color\\_116.pdf](http://files.www.lawandpolitics.org/content/vol-xxvii-no-4/Foley_Color_116.pdf) [<https://perma.cc/NF3L-B9TV>].

6. El total oficial final de Trump para Pensilvania fue de 2.970.733 y el de Clinton fue de 2.926.441. PA 2016 CERTIFICADO DE UNADISTRIBUCIÓN, supra nota 3. Según los resultados iniciales reportados en el *Washington Post*, Trump tenía 2.912.442 y Clinton tiene 2.844.491. Resultados presidenciales, supra nota 3. La diferencia entre la ventaja inicial de Trump de 67,951 y su margen de victoria final de 44,292 es un cambio hacia Clinton de 23,659.

más específicamente, el advenimiento de las boletas provisionales y el mayor uso del voto en ausencia.<sup>7</sup> (Un factor posible es que las boletas provisionales, que se convirtieron en un mandato nacional por la Ley de Ayuda a los Estados Unidos a Votar de 2002 y que necesariamente se cuentan durante el proceso de escrutinio después de la Noche de Elecciones una vez su validez ha sido verificada, tienden a ser emitidos por votantes de grupos demográficos que apoyan a los candidatos demócratas. Pero si bien este factor indudablemente contribuye al fenómeno, el número de boletas provisionales generalmente no es lo suficientemente grande como para explicar la totalidad del “cambio azul” Fenómeno, y el resto de la explicación aún es incierto). Cualquiera que sea el mecanismo causal exacto, todavía estamos en las primeras etapas de estudio del fenómeno, este tipo de ganancia de “horas extra” de los demócratas, después de la noche de las elecciones y antes de la certificación final del escrutinio, alcanzó prominencia nacional en las elecciones intermedias de 2018.<sup>8</sup>

De hecho, este cambio azul cambió el resultado de una elección importante: la carrera por el Senado de los Estados Unidos en Arizona. Martha McSally, la candidata republicana, tenía una ventaja de 15.403 votos un día después del día de las elecciones.<sup>9</sup> Pero cuando se completó el escrutinio de las declaraciones, su oponente demócrata, Kyrsten Sinema, había ganado por 55.900, una ganancia gigantesca de 71.303 votos durante las horas extraordinarias. el proceso de escrutinio.<sup>10</sup>

Pero la mayor parte de la consideración del cambio azul en 2018 se centró en Florida. Tanto el Senado de los Estados Unidos como las carreras para gobernador en ese campo de batalla perenne terminaron extremadamente reñidas. Un día después del día de las elecciones, los candidatos republicanos estaban por delante en ambos, pero por solo 30,264 votos en la carrera al Senado y solo 50,879 en la elección para gobernador.

7. *Gran cambio azul*, supra nota 5.

8. Ver Edward B. Foley y Charles Stewart III, La elección podría no terminar el martes por la noche - *Y eso está bien*, WCENIZA. PAGOST (4 de noviembre de 2016), [https://www.washingtonpost.com/opinions/the-las-elecciones-podrian-no-terminar-el-martes-por-la-noche-y-eso-esta-bien/2016/11/04/b93e6ca4-a294-11e6-a44d-cc2898cfab06\\_story.html?utm\\_term=.8906211a1be5](https://www.washingtonpost.com/opinions/the-las-elecciones-podrian-no-terminar-el-martes-por-la-noche-y-eso-esta-bien/2016/11/04/b93e6ca4-a294-11e6-a44d-cc2898cfab06_story.html?utm_term=.8906211a1be5) [https://perma.cc/U88Y-VCLV] (discutiendo el fenómeno de la votación de “horas extras” antes de las elecciones generales de mitad de período de 2018); ver también Edward B. Foley & Charles Stewart III, Research Paper 2015-21: Explaining the Blue Shift in Election Canvassing (12 de septiembre de 2015) (manuscrito no publicado) (en el archivo del Departamento de Ciencias Políticas del Instituto Tecnológico de Massachusetts), disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2653456](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2653456) [https://perma.cc/YDR9-APMU] (analizando empíricamente el fenómeno del voto de las “horas extras”).

9. *Resultados del Senado de EE. UU.*, supra nota 4 (demostrando el liderazgo de McSally sobre su oponente el día después de las elecciones).

10. Los resultados oficiales están disponibles en el sitio web del Secretario de Estado de Arizona. UNARIZ. SCE'Y DE STATE, STATE DE UNARIZONA OFFICIAL CANVASS (30 de noviembre de 2018), disponible en <https://azsos.gov/sites/default/files/2018%201203%20Signed%20Official%20Statewide%20Canvass.pdf>. [https://perma.cc/V7WW-GHUV].

11. *Resultados del Senado de EE. UU.*, supra nota 4 (evidenciando al candidato republicano al Senado por delante de su oponente demócrata el día después de la elección); Resultados del gobernador, WCENIZA. PAGOST, 8 de noviembre de 2018, en A27.

El cambio azul comenzó a erosionar estas pistas, los republicanos temieron que sus pistas, como la de McSally en Arizona, pudieran desaparecer por completo. El propio Trump se dirigió a Twitter y proclamó: “Las elecciones de Florida deberían ser convocadas a favor de Rick Scott y Ron DeSantis en el sentido de que aparecieron grandes cantidades de nuevas boletas de la nada y muchas boletas faltan o son falsas. Ya no es posible un recuento de votos honesto: las boletas están infectadas masivamente. ¡Debe ir con la noche de elecciones!”<sup>12</sup>

En última instancia, el Partido Republicano se mantuvo para ganar estas dos carreras estatales. El candidato demócrata al Senado, Bill Nelson, obtuvo 20,231 votos durante el escrutinio, pero eso dejó a Rick Scott con un estrecho margen de victoria de 10,033 votos.<sup>13</sup> Asimismo, el candidato demócrata a gobernador, Andrew Gillum, obtuvo 18,416, dejando a Ron DeSantis con un margen algo más cómodo de 32.463 votos.<sup>14</sup>

Aún así, 2018 dejó esto muy claro: si el cambio azul en una prominente elección de mitad de período puede hacer que Trump tuitee acerca de apegarse al recuento de la noche de las elecciones para preservar una ventaja republicana, es fácil imaginarlo haciendo algo similar en el contexto de su propio esfuerzo de reelección en 2020. Por lo tanto, si Pensilvania terminara siendo el estado fundamental en las elecciones presidenciales, y si Trump tuviera una pequeña ventaja allí en la noche de las elecciones, podemos esperar que haga todo lo que pueda: tuitear y más —Para congelar ese plomo en su lugar y evitar que un corrimiento azul lo borre.

Podemos esforzarnos por contemplar todas las diferentes formas en que Trump podría tratar de evitar que se escape la ventaja de la noche de las elecciones, ya sea a través de un litigio o de otra manera. Fundamentalmente, sin embargo, tiene sentido centrarse en la posibilidad de que persista un conflicto básico sobre el resultado de un estado fundamental, como Pensilvania. Por un lado, Trump sigue insistiendo en que solo los resultados de la noche de elecciones, que lo muestran a la cabeza, son válidos. Por otro lado, si el proceso de escrutinio muestra que el plomo se evapora, poniendo así al oponente demócrata de Trump por delante (o incluso potencialmente), entonces los demócratas insistirán en que los resultados mostrados por el sondeo son los válidos. La pregunta clave, entonces, es cómo se desarrolla esta disputa básica y, en última instancia, se resuelve.

---

12. Michael Burke, Trump dice que las elecciones de Florida deberían ser convocadas para Scott, DeSantis, HENFERMO (12 de noviembre de 2018), <https://thehill.com/homenews/administration/416183-trump-says-florida-elections-should-be-called-for-scott-desantis> [<https://perma.cc/H4L8-CW8S>].

13. *Compare los resultados del Senado de EE. UU.*, supra nota 4, con las Elecciones Generales del 6 de noviembre de 2019: Resultados Oficiales, FLA. reEP'T ST. reIV. miLECCIONES (6 de noviembre de 2018) [en adelante, Resultados de las elecciones generales de Florida], <https://results.elections.myflorida.com/Index.asp?ElectionDate=11/6/2018&> [<https://perma.cc/R9AB-HUW8>].

14. *Comparar los resultados del gobernador*, supra nota 11, con los resultados de las elecciones generales de Florida, supra

Nota 13.

## I. NOVIEMBRE 3 de enero de 2020 DICIEMBRE 14, 2020

A. *Qué podría pasar*

A pesar de las protestas y contraprotestas, y las demandas y contrademandas, cada lado acusando al otro de intentar robar una elección que es legítimamente suya, los funcionarios electorales de Pensilvania certifican el resultado como una minúscula victoria de 2.500 votos para Warren, basándose en la fuerza de los votos de “horas extraordinarias” contados durante el proceso de escrutinio. Esta certificación oficial, por supuesto, no es técnicamente que la propia Warren haya ganado los votos electorales de Pensilvania, sino más bien que la lista de electores presidenciales comprometidos con que Warren haya ganado, en base al voto popular, el derecho a servir como electores del estado. El gobernador de Pensilvania así lo certifica de conformidad con la ley estatal.<sup>15</sup> Además, según lo exige el Congreso, el gobernador envía este “certificado de verificación” a los Archivos Nacionales, notificando así al gobierno federal que ha sido designado oficialmente a los electores del estado.<sup>16</sup> Estos electores se reúnen el día designado por el Congreso (lunes 14 de diciembre) y de hecho emiten sus 20 votos electorales por Warren. Luego, estos electores transmiten obedientemente un certificado de sus votos al “Presidente del Senado”, así como también envían una copia a los Archivos Nacionales, ambas presentaciones según lo especificado por el Congreso.<sup>17</sup>

Pero esto no es todo lo que sucede en Pensilvania durante este tiempo. A instancias de Trump, la legislatura del estado, donde los republicanos tienen mayoría en ambas cámaras, pretende ejercer su autoridad bajo el Artículo II de la Constitución para nombrar directamente a los electores presidenciales del estado. Siguiendo el ejemplo de Trump, ambas cámaras legislativas afirman que no se puede confiar en el voto popular certificado debido al cambio azul que se produjo en las horas extraordinarias. Por lo tanto, las dos cámaras afirman tener el derecho constitucional de reemplazar el voto popular y hacer valer la autoridad directa para nombrar a los electores presidenciales del estado, de modo que este nombramiento esté en línea con el recuento de votos populares tal como existía en la noche de las elecciones, que Trump continúa haciendo. La afirmación es el resultado “verdadero”. El gobernador demócrata del estado se niega a aceptar esta afirmación de autoridad por parte de la legislatura del estado, pero las dos cámaras de la legislatura proclaman que la aprobación del gobernador es innecesaria. Citan prácticas históricas tempranas en

---

15. Ver 25 PUNA. SHACER ENCAJE. Y CONS. SHACER ENCAJE. UNANN. § 3166 (Oeste de 2019) (“[A] n recibir y computar los resultados de la elección de los electores presidenciales ... el Gobernador ... enumerará y determinará el número de votos dados para cada persona votada y hará certificado de elección que se entregará”).

16. 3 USC § 6 (2018).

17. Ver 3 USC § 11 (2018) (“Enviarán de inmediato por correo certificado uno de los [certificados así hechos por ellos] al Presidente del Senado en la sede del gobierno”).



que las legislaturas estatales nombraron electores presidenciales sin la participación del gobernador del estado.<sup>18</sup> Argumentan que, al igual que las enmiendas constitucionales, y a diferencia de la legislación ordinaria, el nombramiento de electores presidenciales cuando se realiza directamente por una legislatura estatal no está sujeto a un veto de gobernador.<sup>19</sup>

Aunque el gobernador se niega a certificar este nombramiento legislativo directo de los electores presidenciales, los electores prometidos por los republicanos que supuestamente han sido nombrados por la legislatura proceden a realizar su propia reunión el día que el Congreso ha especificado para la emisión de votos electorales (nuevamente, el lunes , 14 de diciembre). En esta reunión, emitieron “sus” 20 votos electorales por Trump. Ellos también pretenden certificar estos votos enviando un certificado al Presidente del Senado y una copia al Archivo Nacional, de acuerdo con los procedimientos especificados por el Congreso.

Así, cuando el Congreso se reúne el 6 de enero de 2021 para contar los votos electorales de los estados, hay dos certificados de votos electorales de Pensilvania en conflicto. Una presentación, de los electores demócratas y que refleja el certificado de verificación del gobernador, registra los 20 votos electorales de Pennsylvania para Warren. El otro, de los electores republicanos y que refleja el supuesto nombramiento directo de la legislatura, registra los votos electorales de Pensilvania para Trump.

Y así, la controversia sobre Pensilvania ha llegado al Congreso.

#### A. *Análisis*

Puede parecer descabellado pensar que la legislatura de Pensilvania intentaría negar el voto popular del electorado del estado en el

---

18. Ver *mi*ADELANTE B. FOLEY, *PAGRESIDENCIAL* *mi*LECCIONES Y *METROAJORIDAD* *RULE: TÉL* *RISE, DECLINE, Y PAGOTENCIAL* *RESTORACIÓN DEL JEFFERSONIAN* *mi*LECTORAL *COLLEGE* 16-26, 55-61 (2019) (relatando las prácticas de las legislaturas estatales antes y después de la adopción de la Duodécima Enmienda).

19. Se podría considerar la posibilidad de que el gobernador o el poder judicial de Pensilvania intente impedir que las dos cámaras de la legislatura del estado se reúnan con este propósito. Para este análisis, asumiré que tal intento no ocurriría o no tendría éxito. En el extremo, los miembros republicanos de la legislatura estatal probablemente podrían encontrar un lugar para reunirse, incluso si no fuera la casa estatal oficial, incluso si su reunión carecía de la apariencia de una sesión oficial de las cámaras legislativas del estado. Aun así, estos miembros republicanos de la legislatura estatal podrían pretender participar en una sesión legislativa oficial, incluso si se reúnen en circunstancias inusuales, y por lo tanto podrían pretender nombrar a los electores presidenciales del estado de conformidad con la autoridad constitucional de la legislatura estatal para hacerlo. Los electores republicanos comprometidos por Trump pudieron afirmar que se estaban reuniendo de conformidad con este supuesto nombramiento legislativo. (Además, incluso si estas sesiones legislativas irregulares nunca hubieran ocurrido, los electores republicanos comprometidos por Trump podrían reunirse ellos mismos, diciendo que habrían sido nombrados por la legislatura del estado si no se le hubiera negado ilegalmente la oportunidad de reunirse y, por lo tanto, su los votos deben ser considerados por el Congreso como válidos como si la legislatura se hubiera reunido con éxito para nombrarlos).

Elecciones presidenciales de 2020. Incluso con Trump instando a los republicanos a hacer este movimiento, podría ser una toma de poder dura. Uno esperaría que la política estadounidense no se haya vuelto tan tribal como para que un partido político esté dispuesto a tomar el poder sin una base plausible para hacerlo basada en los votos reales de la ciudadanía.<sup>20</sup>

Por lo tanto, en última instancia, la probabilidad de que ocurra este escenario puede depender de cuántas dudas se puedan arrojar sobre el escrutinio oficialmente certificado del voto popular y, por lo tanto, la plausibilidad de la afirmación de que el cambio azul en el recuento de horas extra equivale a un robo de una Victoria de la noche de las elecciones que fue legítimamente de Trump. Si durante el escrutinio en sí, Trump puede ganar tracción con su alegación de que el cambio azul equivale a papeletas fabricadas de manera fraudulenta, en la línea de su tuit de 2018 sobre Florida, entonces se vuelve más políticamente sostenible afirmar que la legislatura debe intervenir y nombrar al electores del estado directamente para reflejar la "verdadera" voluntad de los votantes del estado, que de otro modo se verían privados del resultado que exigieron como se refleja en la noche de las elecciones. (En 2000, la legislatura de Florida se estaba preparando para dar este tipo de paso,

A menos que y hasta que estemos en medio de la situación en sí, solo podemos especular sobre el tipo de acusaciones que podrían plantearse en un esfuerzo por arrojar dudas sobre los votos en horas extra contados durante el escrutinio. Presumiblemente, las boletas provisionales serían consideradas inelegibles para el conteo, al igual que cualquier boleta ausente que no se haya contado previamente, porque cuando uno está por delante y tratando de mantener una ventaja, el objetivo es cerrar el proceso de conteo lo más posible. Los recintos fuertemente demócratas serían examinados de cerca por cualquier irregularidad en la votación. Se podría hacer un esfuerzo para invalidar distritos electorales completos, especialmente en áreas urbanas, sobre la base de discrepancias leves, como ocurre a menudo por razones inocentes, entre el número de votantes que firman los libros de votación del distrito electoral y el número de votos emitidos en el distrito electoral<sup>22</sup>. el legado histórico de impropios

---

20. Pero existe una creciente preocupación por el hecho de que los dos principales partidos políticos de Estados Unidos no comparten el compromiso de llevar a cabo su competencia electoral mediante un proceso democrático justo. Véase, por ejemplo, Michael Tomasky, *Do the Republicans Even Believe in Democracy Anymore ?*, NY TIMES (1 de julio de 2019), <https://www.nytimes.com/2019/07/01/opinion/republicans-trump-democracy.html> [<https://perma.cc/A5T4-ZK5J>] (“[R] a más que simplemente jugar el juego, los republicanos intentan simultáneamente manipular las reglas del juego para no perder nunca”).

21. Edward B. Foley, *Bush v. Gore: El tribunal detiene el recuento*, en *ELECCIÓN LAW STORIES* 541, 542–43 (Joshua A. Douglas y Eugene Mazo eds., 2016).

22. Existe alguna autoridad legal y judicial en Pensilvania que podría citarse en un esfuerzo por apoyar tal invalidación de los votos de distritos electorales completos. Ver *25 PUNA. SHACER ENCAJE. Y CONS. SHACER ENCAJE. UNANN.* § 3154 (Oeste de 2019); véase también *In re Dunmore Burrough Election*, 42 Pa. D. y C. 215, 218-19 (Ct. Com. Pl. Lackawanna Cnty. 1941). Citar estas fuentes aquí no es respaldar la idea de que, correctamente entendidas, apoyarían adecuadamente cualquier invalidación de votos de este tipo en 2020, sino solo observar que un litigante podría intentar citarlas en un esfuerzo por prevalecer en este punto.

prácticas llevadas a cabo por los políticos de la maquinaria de las grandes ciudades, incluso en Filadelfia, uno puede imaginar fácilmente a Trump y sus partidarios republicanos señalando cualquier evidencia que pueda respaldar una narrativa de las fechorías de Filadelfia que socavan su victoria. No se necesitaría mucho para hacer girar esta historia. Recuerde lo que sucedió en Florida en 2018, específicamente en el condado de Broward: allí, el administrador electoral local actuó de manera incorrecta con respecto al manejo de las boletas, y eso se convirtió en una base potencial para cuestionar todo el resultado en todo el estado. Si algo similar sucediera en Filadelfia, uno puede imaginar que los republicanos lo invocarían como motivo para descartar los resultados del escrutinio y sustituirlo por electores presidenciales designados directamente.

Sin lugar a dudas, Trump acudiría a los tribunales en un esfuerzo por evitar la certificación del escrutinio basado en el voto de “horas extra” del turno azul. Sin duda, estaría en una postura más favorable si un decreto judicial bloqueara el recuento de estos votos adicionales y exigiera, en cambio, que el escrutinio se certifique con un resultado que muestre que Trump ha ganado el voto popular en el estado. Aún mejor, desde la perspectiva de Trump, sería una orden judicial que requiera que el gobernador del estado certifique una victoria del voto popular para su lista de electores republicanos. Entonces no habría necesidad de que la legislatura estatal nombrara directamente a los electores republicanos, y no habría presentaciones contradictorias al Congreso de dos certificados separados de votos electorales de Pensilvania. En cambio, el presidente del Senado recibiría una única presentación, basada en este decreto judicial, mostrando que solo Trump ganó los 20 votos electorales del estado. Por lo tanto, es casi seguro que Trump intentaría obtener este tipo de decreto judicial, ya sea de un tribunal estatal o federal, o incluso de ambos.

Pero Trump no necesita ganar en los tribunales para llevar su caso al Congreso. Siempre que consiga que la legislatura estatal designe directamente a sus electores presidenciales, y esos electores presenten sus supuestos votos electorales al presidente del Senado, que resulta ser su vicepresidente, Mike Pence, tiene una oportunidad de pelear. Su posición es mucho más débil que si Pensilvania le enviara a Pence solo un certificado de votos electorales que lo respalda. Pero Trump no tiene ninguna posibilidad si Pensilvania envía solo un certificado que respalda a Warren.<sup>23</sup> Por lo tanto, si Trump no puede lograr que un tribunal bloquee el certificado de verificación del gobernador que muestra a los electores de Warren debidamente nombrados en función de su victoria por voto popular,

---

23. Este punto supone que los demócratas controlarán la Cámara de Representantes, que votará para aceptar los 20 votos electorales de Pensilvania a favor de Warren. Solo si Mike Pence pudiera salirse con la suya anulando esos votos únicamente por su cuenta (sin ningún voto electoral en conflicto del estado a favor de Trump), un escenario extremadamente inverosímil, podría Trump prevalecer para evitar que Pennsylvania le otorgue a Warren una mayoría en el Colegio Electoral.

electores presidenciales, y que Pence reciba de Pensilvania un segundo certificado de votos electorales, los emitidos para Trump en base a este supuesto nombramiento legislativo.

Hay buenas razones para pensar que este supuesto nombramiento legislativo de electores sería inválido como una cuestión de ley estatal o federal, o ambas. Sin duda, la Constitución federal indudablemente otorga a las legislaturas estatales la autoridad para participar en el nombramiento directo de los electores presidenciales. Además, también es cierto que al ejercer esta autoridad constitucional federal no es necesario que la legislatura estatal prevea la participación del gobernador.<sup>24</sup> Por lo tanto, uno podría pensar que las dos cámaras de la legislatura de Pensilvania, sin ningún obstáculo legal, podrían reemplazar una Voto popular con nombramiento directo de electores. Si bien podría ser antidemocrático, no parecería ilegal.

Pero esa conclusión sería demasiado rápida. Si bien es indudable que para elecciones futuras una legislatura estatal podría cambiar el método de nombramiento de electores presidenciales de un voto popular a una designación directa, existen al menos dos obstáculos legales importantes a considerar con respecto a un intento de una legislatura estatal de hacer valer directamente autoridad de nombramiento después de una votación popular para nombrar electores.

Primero, en la medida en que este voto popular ocurrió de conformidad con la legislación estatal promulgada utilizando procedimientos legislativos estatales ordinarios, incluida la presentación al gobernador para un posible veto, se puede argumentar con fuerza que este método de nombramiento de electores no se puede deshacer excepto mediante un nuevo estatuto estatal promulgado, utilizando los mismos métodos ordinarios de legislación. En otras palabras, incluso si la legislatura estatal quiere volver a un método de designación sin participación del gobernador, la legislatura primero necesitaría derogar —por métodos legislativos ordinarios— el estatuto que autorizó la designación mediante voto popular. En segundo lugar, la legislatura tendría que cambiar este método de designación antes, no después, de que los electores ya hayan sido designados mediante votación popular. La legislatura siempre es libre de hacer este movimiento para la próxima vez,

---

24. En los primeros días de la República, cuando las legislaturas estatales optan por nombrar a los electores directamente, debatieron si hacerlo en sesiones conjuntas de ambas cámaras legislativas o sesiones separadas, pero no consideraron que este nombramiento legislativo requiriera la aprobación del gobernador. Ver FOLEY, *supra* nota 18, a los 17.

25. Ver *Roe v. Alabama*, 43 F.3d 574, 580-81 (11th Cir. 1995) (primero se cita a *Yick Wo v. Hopkins*, 118 US 356, 370 (1886); y luego se cita a *Curry v. Baker*, 802 F.2d 1302, 1315 (11<sup>o</sup> Cir. 1986)) (“El derecho de sufragio es ‘un derecho político fundamental’ Si, sin embargo, ‘la elección

proceso en sí mismo llega al punto de una patente y una injusticia fundamental, se puede indicar una violación de la cláusula del debido proceso”). Para una discusión sobre la elección que dio lugar a este caso *Roe v. Alabama*

Si bien estos argumentos legales son poderosos, en última instancia, pueden no importar. Como veremos en breve, lo que importa es si el Congreso recibe o no una presentación de votos electorales de un estado, no si esa presentación es legalmente válida de acuerdo con algún estándar que el Congreso podría no reconocer como vinculante. Por lo tanto, es posible que las dos cámaras de la legislatura de Pensilvania no tengan el derecho legal de negar el nombramiento popular de los electores presidenciales del estado después de que se haya producido ese nombramiento. La legislatura puede requerir la concurrencia del gobernador antes de que dicha medida pueda considerarse una rescisión válida del estatuto que autoriza el nombramiento popular. Aun así, si las dos cámaras de la legislatura estatal pretenden hacer esto, y si los electores supuestamente nombrados se reúnen y emiten sus votos electorales y, lo más importante, si estos electores envían sus votos electorales al Presidente del Senado, entonces el Presidente del Senado tiene estos votos electorales en la mano. Eso es suficiente para que el Congreso considere los votos y potencialmente acepte esos votos como los votos electorales autorizados de Pensilvania.

Además, vale la pena señalar que la fuerza de cualquier argumento contra el nombramiento legislativo directo de los electores presidenciales puede depender en gran medida del contexto fáctico específico en el que se intenta dicho nombramiento legislativo directo. En una emergencia genuina, por ejemplo, no plantearía preocupaciones serias sobre el debido proceso legal que una legislatura estatal interviniera y nombrara electores presidenciales directamente cuando, de lo contrario, el estado correría el riesgo de perder por completo su oportunidad de participar en las elecciones presidenciales. De hecho, el propio Congreso ha reconocido explícitamente que "los electores pueden ser nombrados en un día posterior de la manera que la legislatura de dicho Estado pueda ordenar" si y cuando "cualquier Estado ha celebrado una elección con el propósito de elegir electores, y ha falló en tomar una decisión."<sup>26</sup> Por lo tanto,

---

precedentes, así como fallos relacionados en el litigio, ver EADELANTE B. FOLEY, BASIGNAR segundoAtletas: TÉL HHISTORIA DE reISPUTED miLECCIONES EN EL UNITED STATES 267–77 (2016) [en adelante

segundoASIGNAR segundoAtletas]. Más recientemente, el American Law Institute (ALI) ha desarrollado principios para la resolución de disputas sobre el escrutinio de votos que identifica esta preocupación por el "debido proceso" como un principio fundamental que todas las elecciones deben seguir. Específicamente, la sección 201 de estos principios ALI establece: "Siempre que las reglas y procedimientos del estado para el conteo de votos hayan sido prescritos antes de una elección. . . esas reglas y procedimientos se seguirán según lo prescrito, a menos que al hacerlo se viole la Constitución de los Estados Unidos u otra ley federal ". Las Notas para Reporteros de la Sección 201 proporcionan un análisis adicional de la relación del precedente de debido proceso de Roe v. Alabama con este principio básico. ALI, PRINCIPIOS DEL LAW, ELECCIÓN UNADMINISTRACIÓN: NEN-PAGRECINCT VOTING Y RESOLUCIÓN DE segundoASIGNAR-COUNTING reISPUTAS § 201, en 77–78 (2019) (discutiendo

la nueva caso en relación con los principios del debido proceso). 26.3 USC § 2 (2018).

No cabe duda de que la legislatura del estado podría nombrar a los electores directamente como su método elegido para un método alternativo de nombramiento<sup>27</sup>.

En esta circunstancia particular, además, el gobernador no tendría ninguna base para interponerse en el camino de este nombramiento legislativo directo sin la participación de un gobernador; ni el debido proceso representaría ningún obstáculo. En consecuencia, como cuestión de cuán persuasivo sería un esfuerzo de Trump para el nombramiento legislativo directo de los electores, bien podría depender de cuán exitosamente pudiera establecer una analogía con una situación de emergencia genuina, como un ciberataque. Si no pudiera convencer a nadie de que el cambio hacia el azul en el recuento de horas extraordinarias era algo más que el proceso normal de escrutinio de los resultados electorales, su argumento a favor del nombramiento legislativo directo de electores sería igualmente débil. Por el contrario, si pudo convencer al menos a sus propios partidarios republicanos de que el cambio azul fue una calamidad electoral comparable a un ciberataque,

En cualquier caso, este análisis procederá suponiendo que Mike Pence, como presidente del Senado, recibe dos conjuntos de votos electorales de Pensilvania: uno que refleja el recuento del escrutinio, certificado por el gobernador; y el otro refleja la afirmación de la legislatura de su autoridad para nombrar directamente a los electores del estado.

## II. ENERO 6 de octubre de 2021, ENERO 20 de 2021

### A. *Qué podría pasar*

A medida que se acerca el 6 de enero de 2021, los dos partidos recurren a las noticias por cable y las redes sociales para probar varios argumentos sobre por qué su candidato es el ganador con derecho a ser investido presidente el 20 de enero. Algunos republicanos adoptan la posición especialmente agresiva de que Mike Pence, como Presidente del Senado, tiene la autoridad unilateral bajo la Duodécima Enmienda para decidir qué certificado de votos electorales de Pensilvania es el autorizado para ser contado en el Congreso y que, en consecuencia, contará el certificado de los electores designados por el estado legislatura porque la Constitución autoriza a la legislatura estatal a elegir el método de nombramiento de electores.

Estos republicanos señalan el pedigrí histórico de esta posición, observando que los republicanos hicieron el mismo argumento durante la disputada

---

27. *Ver id.* ("Siempre que un Estado haya celebrado una elección con el propósito de elegir electores y no haya hecho una elección en el día prescrito por la ley, los electores podrán ser nombrados en un día posterior de la manera que la legislatura de dicho Estado pueda directo.").

elección de 1876 y que al menos alguna beca reciente en revistas de derecho ha apoyado esta posición.<sup>28</sup> Sin avergonzarse por el aparente conflicto de intereses causado por Mike Pence siendo simultáneamente candidato a la reelección y árbitro de la disputa electoral, estos republicanos observan que Thomas Jefferson estaba en esencialmente la misma posición durante la disputada elección de 1800 y, sin embargo, la Duodécima Enmienda dejó esta disposición en su lugar cuando el Congreso reescribió los procedimientos para el Colegio Electoral posteriormente. Si bien es cierto que un vicepresidente en ejercicio podría tener un interés personal directo en la disputa electoral que se resolverá, argumentan los republicanos, al menos el foco de atención se centra en lo que sea que haga el vicepresidente en esta situación,

Otros republicanos ofrecen un argumento alternativo, que aún conduciría a la reelección de Trump. Sostienen que, bajo la interpretación adecuada del estatuto federal operativo, la Ley de Conteo Electoral de 1887, los votos electorales de Pensilvania deben descartarse porque ambas presentaciones conflictivas de votos electorales del estado pretenden ser oportunas y autorizadas según la ley estatal.<sup>29</sup> Porque ninguna de las dos la presentación tiene un estatus inherentemente más alto desde un punto de vista federal, de acuerdo con este argumento alternativo, ambas presentaciones en efecto se anulan entre sí y no hay votos electorales de Pensilvania para ser contados. Además, este argumento continúa, el hecho de que Pennsylvania no haya designado a los electores de una manera que pueda ser reconocida por el Congreso altera la aritmética para determinar qué candidato ganó una mayoría en el Colegio Electoral. Debido a que Pennsylvania no nombró válidamente a ningún elector, solo se nombró un total de 518 electores (los 538 habituales menos los 20 de Pensilvania). Trump ganó 260 votos indiscutibles del Colegio Electoral, aparte de la controversia sobre Pensilvania. Debido a que 260 es una mera mayoría de 518, estos republicanos sostienen que Trump se ha asegurado "la mayoría del número total de electores designados", en el sentido de la Duodécima Enmienda, y por lo tanto debe ser reconocido como el presidente debidamente elegido para un segundo mandato.

Los demócratas no aceptarán nada de esto. Sostienen que el argumento constitucional que le daría a Mike Pence el poder de declararse reelegido a sí mismo y a Trump es absurdo y que, por el contrario, el Congreso tiene la autoridad para promulgar una ley que regule la resolución de una disputa sobre los votos electorales adecuados de una estado. La Ley de Conteo Electoral de 1887 es

---

28. Vasan Kesavan, ¿Es inconstitucional la Ley de Conteo Electoral ?, 80 NCL REV. 1653, 1688–90, 1699–1701 (2002).

29. 3 USC § 15 (2018).

esa ley, argumentan. Sostienen además que, correctamente interpretado, el estatuto requiere que el Congreso acepte como autorizado el certificado con la firma del gobernador.<sup>30</sup> Incluso si una cámara del Congreso desea repudiar la validez de ese certificado de gobernador, la Ley de Conteo Electoral requiere sus votos para Warren se contabilizará siempre que una cámara del Congreso lo considere válido.<sup>31</sup> Los demócratas observan que la presidenta Nancy Pelosi ya ha dejado en claro que el 6 de enero una mayoría en la Cámara de Representantes votará para aceptar los votos electorales de Pensilvania según lo certificado por la El gobernador del estado y, por lo tanto, Estados Unidos debería prepararse para la toma de posesión de Elizabeth Warren como su próxima presidenta el 20 de enero.

Como posición alternativa, otros demócratas argumentan que si la disputa sobre Pensilvania sigue sin resolverse el 20 de enero, ningún candidato habrá “calificado” para presidente o vicepresidente en el sentido de la Vigésima Enmienda. Por lo tanto, argumentan, bajo el estatuto de sucesión promulgado por el Congreso, Nancy Pelosi, al renunciar como presidenta, debe servir como presidenta interina hasta que se resuelva la disputa y un presidente haya “calificado” según lo reconocido por el Congreso. Si bien la propia Pelosi ha dejado muy en claro su preferencia de que Warren sea reconocido e investido como el presidente debidamente elegido, está preparada para asumir las responsabilidades de presidente en funciones durante el tiempo que sea necesario, que es mientras los republicanos se nieguen a reconocer la legalidad y legitimidad de la elección de Warren.

Los republicanos, a su vez, se burlan de estos argumentos de los demócratas. Continúan afirmando que Trump es el elegido debidamente. Ellos y el propio Trump afirman que el país debe avanzar hacia la inauguración del segundo mandato de Trump el 20 de enero.

### *B. Análisis*

Los procedimientos para manejar una elección presidencial disputada que llega al Congreso son lamentablemente y vergonzosamente deficientes. El país se salvó de la agonía de tener que sufrir la invocación de estos procedimientos en 2000. La disputa por las elecciones presidenciales de ese año no duró hasta el Congreso. Al Gore se negó a llevar adelante esa disputa, a pesar de la insistencia contraria de sus asesores, incluidos

---

30. Para más detalles de este análisis legal, ver *infra* págs. 351–61.

31. *Carné de identidad*.



Ron Klain, después de que la Corte Suprema de Estados Unidos falló en su contra en *Bush contra Gore*.<sup>32</sup>

Sin embargo, no hay absolutamente ninguna garantía de que una elección presidencial en disputa en 2020 no llegue al Congreso. De hecho, como se explicó anteriormente, el análisis aquí se basa en el supuesto de que Trump fácilmente podría llevar una disputa sobre un cambio azul determinante de resultados en el recuento de horas extra hasta el Congreso. Trump podría hacerlo haciendo que la legislatura estatal envíe un segundo certificado de voto electoral, los que lo apoyan, para "competir" en el Congreso contra un certificado conflictivo de votos electorales del mismo estado, estos otros respaldan a su oponente demócrata basado en el azul. recuento de turnos en horas extra. Por lo tanto, como parte de un esfuerzo por prepararse para el riesgo de una elección presidencial en disputa en 2020, es imperativo considerar cómo los procedimientos vergonzosamente deficientes podrían operar si realmente se pusieran en juego.

La Constitución misma dice muy poco en este tema, y lo que dice es sorprendentemente ambiguo. Aquí está el texto aplicable de la Duodécima Enmienda:

[E]l Presidente del Senado, en presencia del Senado y la Cámara de Representantes, abrirá todos los certificados y luego se contarán los votos; -

La persona que tenga el mayor número de votos para Presidente será el Presidente, si dicho número es la mayoría del número total de electores nombrados; y si ninguna persona tiene tal mayoría, entonces de las personas que tengan el número más alto que no exceda de tres en la lista de los votados como Presidente, la Cámara de Representantes elegirá inmediatamente, por votación, al Presidente.<sup>33</sup>

Lo primero que hay que observar de este lenguaje constitucional es que la frase crítica está escrita en voz pasiva: "entonces se contarán los votos". Aquí, por lo tanto, está la primera ambigüedad frustrante. Podría ser el "Presidente del Senado" quien haga el conteo; o, una vez que el Presidente del Senado ha terminado el rol de "abrir los certificados", entonces todo el Congreso, en esta sesión conjunta especial, cuenta colectivamente los votos electorales.

De cualquier manera, este lenguaje no contiene ninguna disposición sobre qué hacer en caso de una disputa, ya sea con respecto a los "certificados" que serán "abiertos [ed]" o con respecto a los "votos" contenidos en ellos. Ciertamente no dice nada sobre qué hacer si el presidente del Senado ha recibido dos certificados de votos electorales contradictorios del mismo estado, cada uno

---

32. Ver en general *Bush contra Gore*, 531 US 98 (2000) (por curiam); ver también id. en 110 ("Debido a que es evidente que cualquier recuento ... será inconstitucional ... revertimos la sentencia de la Corte Suprema de Florida ordenando que se proceda a un recuento").

33. US CONST. enmendar. XII.

certificado que pretende provenir de los electores designados con autoridad por el estado. Como observó el distinguido jurista Joseph Story a principios del siglo XIX, este lenguaje constitucional crucial en la Duodécima Enmienda parece haber sido escrito sin imaginar que alguna vez podría ser posible que surgiera este tipo de disputa.

A pesar de su ambigüedad, o tal vez a causa de ella, la peculiar redacción en voz pasiva de esta sentencia crucial abre la posibilidad de interpretarla de manera que el “Presidente del Senado” tiene la facultad constitucional exclusiva para determinar qué “certificados” abiertos y por lo tanto qué votos electorales “serán contados”. Esta interpretación puede derivar en apoyo de la observación de que el Presidente del Senado es el único funcionario o instrumentalidad del gobierno que tiene un papel activo en el proceso de apertura de los certificados y escrutinio de los votos electorales de los estados. El Senado y la Cámara de Representantes, según este punto de vista, solo tienen un papel de observación. La apertura y el escrutinio se llevan a cabo en su “presencia”, en aras de la transparencia, pero estos dos cuerpos legislativos en realidad no toman ninguna acción propia en este proceso de apertura y escrutinio. ¿Como pudieron? Según la Constitución, el Senado y la Cámara de Representantes solo actúan por separado, como cámaras legislativas completamente distintas. No tienen una forma constitucional de actuar juntos como un corpus amalgamado. Así, solo pueden ver como el Presidente del Senado abre los certificados de votos electorales de los estados y anuncia el conteo de los votos electorales contenidos en ellos. No tienen una forma constitucional de actuar juntos como un corpus amalgamado. Así, solo pueden ver como el Presidente del Senado abre los certificados de votos electorales de los estados y anuncia el conteo de los votos electorales contenidos en ellos. No tienen una forma constitucional de actuar juntos como un corpus amalgamado. Así, solo pueden ver como el Presidente del Senado abre los certificados de votos electorales de los estados y anuncia el conteo de los votos electorales contenidos en ellos.

Esta interpretación de la Duodécima Enmienda se ve reforzada, además, por la observación adicional de que la responsabilidad de decidir definitivamente qué votos electorales de cada estado tienen derecho a ser contabilizados debe depositarse en última instancia en alguna autoridad singular del gobierno federal. Si un organismo pudiera decidir la cuestión de una manera, mientras que otro organismo podría llegar a la conclusión opuesta, entonces inevitablemente habrá un punto muerto a menos que y hasta que una sola autoridad se identifique con el poder de resolver el asunto de una vez por todas. Dado el lenguaje de la Duodécima Enmienda, independientemente de su ambigüedad y posibles objeciones políticas, no existe otra autoridad única posible para identificar para este propósito además del Presidente del Senado.

Este papel podría haber sido otorgado al presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, al igual que la autoridad constitucional para presidir el juicio de un juicio político contra el presidente. O disputas de esta naturaleza podrían haber sido remitidas directamente a la Corte Suprema, como entidad corporativa singular, para su resolución definitiva allí. Pero la Constitución no hace ninguna de las dos cosas; ni hace ninguna otra disposición similar. Así, según este argumento, la

---

34. *Ver supra* nota 25, en 72 (“Parece haberse dado por sentado que nunca podría surgir ninguna pregunta sobre el tema”) (citas omitidas).

La consecuencia inevitable del texto de la Duodécima Enmienda es que confiere esta máxima autoridad singular, para bien o para mal, al Presidente del Senado. Sujeto únicamente a la función de observación conjunta del Senado y la Cámara de Representantes, el presidente del Senado decide con autoridad qué "certificados" de los estados "abrir" y, por lo tanto, qué votos electorales deben "contarse".

Independientemente de lo que cada uno de nosotros piense personalmente sobre este argumento interpretativo, es necesario reconocer que tiene un pedigrí histórico significativo.<sup>35</sup> Habitualmente tuvo sus defensores en los años previos a la disputada elección de 1876. Durante esa intensa disputa, fue conveniente invocado por los republicanos, ya que el presidente del Senado era uno de los suyos en ese momento.<sup>36</sup> Después de la resolución de esa desagradable disputa, el argumento fue resucitado por algunos durante los debates del Congreso que llevaron a la aprobación de la Ley de Conteo Electoral de 1887, incluyendo el alegato de que esta Ley es inconstitucional porque interfiere con la autoridad exclusiva conferida al Presidente del Senado para determinar qué votos electorales de los estados contar. Esa afirmación se repitió después de la aprobación de esta Ley<sup>37</sup>.

Sin embargo, desde que se ha hecho este argumento, ha tenido sus vociferantes detractores. La Cláusula Necesaria y Adecuada, dice el contraargumento, le da al Congreso amplia autoridad legislativa para llenar los vacíos y aclarar las ambigüedades que existen en el texto de la Duodécima Enmienda misma.<sup>39</sup> Sería indecoroso (o peor) dejar el poder exclusivo para resolver disputas sobre los votos electorales de un estado en manos del presidente del Senado, especialmente cuando el presidente del Senado es uno de los candidatos directamente involucrados en la disputa, como ha sido el caso en múltiples ocasiones, incluyendo Gore en 2000 y Nixon en 1960. Así, debe quedar claro que el Congreso puede invocar su poder de la Cláusula necesaria y adecuada para promulgar un estatuto que prevea un mecanismo alternativo para resolver una disputa sobre los votos electorales de un estado.

---

35. Para una discusión de esta historia, ver en general Nathan L. Colvin y Edward B. Foley, *The Twelfth Enmienda: A Constitutional Ticking Time Bomb*, 64 U. MICH. L. REV. 475 (2010).

36. No el vicepresidente de los Estados Unidos, que había muerto, sino Thomas Ferry, presidente pro tempore.

37. Ver segundoASIGNAR segundoAtletas, supra nota 25, en 151–60 (relatando los debates históricos en torno a si la Ley de Conteo Electoral de 1887 es constitucional o no).

38. Ver en general Kesavan, supra nota 28.

39. Ver segundoASIGNAR segundoAtletas, supra nota 25, en 125–32 (discutiendo los argumentos y contraargumentos que rodean las ambigüedades textuales de la Duodécima Enmienda).

De acuerdo con este contraargumento, la Ley de Conteo Electoral de 1887, por imperfecta que sea como cuestión de redacción de políticas y leyes, es un ejercicio totalmente apropiado de este poder necesario y adecuado como una cuestión de autoridad constitucional. Por tanto, no puede haber objeción constitucional a los procedimientos establecidos en esta Ley por privar al Presidente del Senado de lo que de otra manera sería la autoridad exclusiva para resolver este tipo de controversias.

Es justo decir que este contraargumento, en nombre del poder del Congreso bajo la Cláusula Necesaria y Adecuada, ha tenido más adeptos a lo largo de la historia que el argumento a favor del poder constitucional exclusivo alojado en el Presidente del Senado. Pasaremos momentáneamente a la Ley de Conteo Electoral de 1887 como un ejercicio de este poder de Cláusula Necesaria y Adecuada, asumiendo que es constitucionalmente válida sin importar sus deficiencias estatutarias. No obstante, debe reconocerse que el argumento en nombre de la autoridad exclusiva del presidente del Senado nunca ha sido completamente vencido. ¿Cómo podría ser a menos que y hasta que haya una nueva enmienda constitucional que reemplace la ambigüedad de la Duodécima Enmienda en este punto? Por tanto, hay que prepararse para la posibilidad de que se repita este debate constitucional,

Antes de pasar al estatuto, hay otra disposición constitucional a considerar. La Vigésima Enmienda establece:

Si un presidente no ha sido elegido antes del tiempo fijado para el comienzo de su mandato, o si el presidente electo no ha cumplido los requisitos, entonces el vicepresidente electo actuará como presidente hasta que un presidente haya calificado; y el Congreso podrá por ley prever el caso en el que ni un Presidente electo ni un Vicepresidente electo hayan calificado, declarando quién actuará entonces como Presidente, o la manera en que se seleccionará uno de los que actuará, y dicha persona deberá actuar en consecuencia hasta que un presidente o vicepresidente haya calificado.<sup>40</sup>

Esta disposición contempla la posibilidad de que llegue el momento de la toma de posesión del nuevo presidente —al mediodía del 20 de enero— sin que aún “haya sido elegido” un nuevo presidente. La forma textual más sencilla en que esto podría ocurrir es si queda muy claro para todos que ningún candidato ha recibido la mayoría de los votos electorales. En ese caso, según la Duodécima Enmienda, la Cámara de Representantes debe elegir un presidente mediante un procedimiento especial en el que la delegación de cada estado a la Cámara tiene un voto. Pero la Duodécima Enmienda establece que la mayoría absoluta de todos los estados “serán

---

40. US CONST. enmendar. XII.

necesaria para una elección ”y, por lo tanto, es posible que la Cámara no haya logrado esta elección por la mayoría de votos requerida antes de que llegue el mediodía del 20 de enero. En este caso, si el Senado ha ejercido con éxito su autoridad paralela bajo la Duodécima Enmienda para elegir un nuevo vicepresidente (cuando ningún candidato a vicepresidente obtuvo la mayoría en el Colegio Electoral), entonces esta disposición de la Vigésima Enmienda deja en claro que el vicepresidente recién elegido por el Senado en virtud de la Duodécima Enmienda se convierte en "presidente en funciones" hasta el momento en que La Cámara de Representantes logra elegir un presidente por mayoría de votos requerida.

Pero, ¿qué pasa si el Senado tampoco ha cumplido con su función bajo la Duodécima Enmienda y aún no ha elegido un vicepresidente? En este caso, parecería que la Vigésima Enmienda invoca la línea de sucesión estatutaria que el Congreso tiene el poder de adoptar, aunque la Enmienda lo hace de manera algo ambigua al cambiar a la palabra "calificado" de la palabra "elegida" previamente utilizada: El Congreso podrá por ley prever el caso en el que ni un presidente electo ni un vicepresidente electo hayan calificado”. 41 Presumiblemente, entonces, si todos están de acuerdo en que no se ha elegido ningún nuevo presidente o vicepresidente en virtud de la Duodécima Enmienda antes del mediodía. Llegado el 20 de enero, entonces “[e] l Presidente de la Cámara de Representantes actuará como Presidente, a su renuncia como Portavoz y como Representante en el Congreso.

Pero, ¿qué pasa si se discute si un nuevo presidente ha sido "elegido", "elegido" o "calificado" en el sentido de la Vigésima Enmienda? Supongamos que los republicanos afirman que el presidente Trump ha sido reelegido, mientras que al mismo tiempo los demócratas argumentan que Warren ha sido elegido o, si no, nadie lo ha hecho (al menos no todavía). Por lo tanto, según los demócratas, en virtud de la Vigésima Enmienda, le corresponde a Nancy Pelosi, tras su renuncia como presidenta y de la Cámara, actuar como presidenta.<sup>43</sup> La Vigésima Enmienda no parece hablar

---

41. US CONST. enmendar. XX.

42. 3 USC § 19 (2018). Dejo a un lado los argumentos de los hermanos Amar de que es inconstitucional que el Portavoz de la Cámara esté en la línea de sucesión presidencial. Véase en general Akhil Reed Amar y Vikram David Amar, *Is the Presidential Succession Law Unconstitutional?*, 48 *SBRONCEARSE. L. REV.* 113 (1995). Incluso si ese argumento es sólido con respecto a la circunstancia de una muerte presidencial (en la mitad del mandato del presidente), parecería inaplicable con respecto al funcionamiento de la Vigésima Enmienda, que no limita a quién puede elegir el Congreso para actuar como Presidente en caso de que no haya un Presidente electo "calificado" y un Vicepresidente electo.

43. Los republicanos afirmarían que Pence había sido reelegido como vicepresidente. Demócratas

específicamente a esta circunstancia. Parece suponer que o está claro que hay un nuevo presidente electo que será investido al mediodía del 20 de enero, o está claro que no lo hay (e igualmente claro que no hay un nuevo vicepresidente), en cuyo caso la necesidad de un presidente en funciones se desencadena sin ambigüedades. La Vigésima Enmienda no parece contemplar que podría ser poco claro, y por lo tanto discutido, si hay un presidente recién elegido para ser investido o, en cambio, si se requiere un presidente en funciones por el momento.

¿Cómo podría surgir este tipo particular de ambigüedad o disputa? Para eso, recurrimos al lenguaje asombrosamente desordenado de la Ley de Conteo Electoral de 1887.<sup>44</sup>

### 1. La Ley de Conteo Electoral

La sección clave de la Ley está codificada como 3 USC § 15. Esta sección es en sí misma una monstruosidad, que asciende a un laberinto prácticamente impenetrable de 807 palabras. Comienza de manera bastante inocua, requiriendo que la apertura y el conteo de los votos electorales de los estados, como lo requiere la Duodécima Enmienda, comience a la 1:00 pm del 6 de enero, con el Senado y la Cámara de Representantes presentes en “el Salón de la Cámara de Representantes” y el Presidente del Senado que actúa como “su presidente”.<sup>45</sup> La sección luego establece que la apertura y el conteo de los votos electorales de cada estado se llevarán a cabo estado por estado en orden alfabético. Si solo hay una presentación de votos electorales de un estado, el funcionamiento del estatuto es aceptablemente sencillo y comprensible:

Las dificultades interpretativas de la sección surgen solo si hay dos o más presentaciones contradictorias de votos electorales del mismo estado. Sin duda, no hay dificultad en la sección si ambas cámaras del Congreso acuerdan aceptar la misma presentación que la autorizada.

---

también estaría discutiendo esto, argumentando en cambio que o el compañero de fórmula de Warren había sido elegido o que aún no había un nuevo vicepresidente, por lo que se requiere que la responsabilidad del presidente en funciones recaiga sobre Nancy Pelosi.

44. Ver segundoASIGNAR segundoAtletas, supra nota 25, en 150–77 (analizando la génesis del estatuto y la historia legislativa).

45. 3 USC § 15 (2018).

46. Esta es la razón por la que Trump no puede prevalecer si solo hay una presentación de votos electorales de Pensilvania, y esos son para Warren, siempre que los demócratas mantengan el control de la Cámara (ya que será la nueva Cámara que tomará posesión el 3 de enero, 2021). Solo por Pence, como aún presidente del Senado el 6 de enero, dispuesto a declarar el claro funcionamiento de la Ley de Conteo Electoral, 3 USC

§ 15, totalmente irrelevante en esta situación, ¿podrían los votos electorales de Pensilvania no contar para Warren en esta situación? Pero, como se indicó anteriormente, eso parece tan descabellado que va más allá del alcance de la imaginación.

que contiene los votos válidos para ser contados. Como dice una parte de esta sección, “se contarán los votos, y solo aquellos, que las dos Cámaras decidan simultáneamente que fueron emitidos por electores legítimos designados de conformidad con las leyes del Estado” 47.

Así, en el escenario de 2020 que estamos contemplando, donde el presidente del Senado ha recibido dos presentaciones de Pensilvania, una con el certificado del gobernador y la otra basada en el supuesto nombramiento legislativo, si tanto el Senado como la Cámara aceptaban los votos electorales con el certificado del gobernador como los adecuados (porque fueron emitidos por electores debidamente designados de conformidad con un recuento preciso del voto popular del estado de acuerdo con el escrutinio y otras leyes electorales del estado), la controversia terminaría en términos de lo que establece el estatuto . Es cierto que, como cuestión política, la lucha puede permanecer sin resolver dependiendo exactamente de la naturaleza del voto del Senado. En la práctica, parecería imposible que Pence prevaleciera sobre su afirmación constitucional de que tiene derecho a invalidar esta determinación bicameral (y bipartidista) de qué votos electorales de Pensilvania contar. Por esta razón, hace toda la diferencia en el mundo cómo Mitch McConnell elige liderar la conferencia republicana en el Senado si ocurre este tipo de situación.

Pero, ¿y si el Senado y la Cámara no están de acuerdo? ¿Qué pasa si, en otras palabras, la Cámara liderada por Pelosi vota para aceptar los votos electorales de Warren, mientras que simultáneamente el Senado liderado por McConnell vota para aceptar los votos electorales de Trump? Aquí es donde el pantano legal de 3 USC § 15 se convierte en un pantano interpretativo. Como los eruditos han reconocido alguna vez

---

47. 3 USC § 15.

48. La sostenibilidad política de una pelea en esta circunstancia podría depender del estado de ánimo del país. Si los supuestos votantes "de base" de Trump son relativamente condescendientes con el resultado, entonces parecería políticamente inviable que Pence anule el juicio tanto de la Cámara como del Senado, incluso si el voto del Senado (como el de la Cámara) está compuesto principalmente por Demócratas. Pero si la base republicana está especialmente agitada, entonces podría animar a Pence a intentar hacer este tipo de movimiento, sabiendo que tendría el apoyo de Mitch McConnell y otros líderes republicanos, aunque carecería del apoyo institucional del Senado.



Desde la adopción de la Ley de Conteo Electoral en 1887, su texto opaco y retorcido es susceptible de dos entendimientos diferentes de lo que se supone que suceda en esta situación intrínsecamente tensa, una circunstancia para la cual se requiere urgentemente claridad estatutaria, en lugar de ambigüedad.<sup>49</sup> Este punto no quiere decir que las dos interpretaciones alternativas sean igualmente válidas, o que lo parezcan a un tribunal desinteresado que se esfuerza por ser genuinamente no partidista en la resolución de una disputa de este tipo. Es sólo para decir que las dos interpretaciones alternativas son al menos superficialmente defendibles, con defensores de cada una entre los eruditos y en el registro histórico. Por lo tanto, en una disputa real, cualquiera de las partes podría invocar una de estas interpretaciones alternativas para respaldar su posición en la controversia particular en cuestión.

Podemos ver fácilmente cómo los demócratas podrían aplicar enérgicamente este punto y argumentar que, una vez que el Senado y la Cámara han divergido sobre qué presentación de votos electorales de Pensilvania debe contarse, la operación de 3 USC § 15 requiere que la presentación que lleva el certificado del gobernador sea el que debe ser aceptado. Los demócratas citarían esta frase en el estatuto: “Pero si las dos Cámaras no están de acuerdo con respecto al cómputo de dichos votos, entonces, y en ese caso, los votos de los electores cuyo nombramiento habrá sido certificado por el ejecutivo de la Estado, bajo su sello, será contado”. Los demócratas también citarían un artículo exhaustivo de revisión de la ley posterior a 2000, *The Conscientious Congressman Guide to the Electoral Count Act de 1887*,

Es más difícil, pero no imposible, hacer el contraargumento de que la lectura adecuada del estatuto tal como se aplica a esta situación específica requiere el rechazo de ambas presentaciones de votos electorales de Pensilvania. Este contraargumento toma la posición de que un certificado de gobernador no actúa como un desempate cuando dos (o más) certificados de presentación de votos electorales del mismo estado reclaman el estatus de "puerto seguro" bajo otra sección de la Ley de Conteo Electoral de 1887.<sup>51</sup> , o haber estudiado, la saga de las elecciones presidenciales de 2000 recordará esta sección estatutaria descrita como la “disposición de puerto seguro”.

---

49. *Ver en general* ALI, nota supra 25 (identificando esta preocupación por el “debido proceso” como una que debería ser de suma importancia en todas las elecciones).

50. *Ver en general* Stephen A. Siegel, Guía del congresista consciente para la ley de conteo electoral de 1887, 56 FLA. L. REV. 541 (2004).

51. 3 USC § 5 (2018).

ley estatal anterior al día para la designación de electores mediante votación popular en el estado. Varios académicos, incluido uno del Servicio de Investigación del Congreso, afirman que cuando la presentación múltiple de votos electorales del mismo estado reclama protección de "puerto seguro", ninguno puede contarse, ni siquiera uno que tenga un certificado de gobernador, a menos que ambas cámaras del Congreso estén de acuerdo. sobre la cual la sumisión tiene derecho a este estado de "puerto seguro" .<sup>52</sup> Estos eruditos citan una porción separada del texto impenetrable de 3 USC § 15:

[En] caso de que se plantee la cuestión de cuál de dos o más de las autoridades estatales que determinan qué electores han sido nombrados, como se menciona en la sección 5 de este título, es el tribunal legítimo de dicho Estado, los votos emitidos regularmente por esos electores , y sólo se contabilizarán los de dicho Estado cuyo título de electores las dos Cámaras, actuando separadamente, decidan concurrentemente, se apoya en la decisión de dicho Estado así autorizado por su ley. . . .

Este lenguaje, sostienen estos académicos, significa que ambas Cámaras deben estar de acuerdo en contar los votos electorales que reclaman el estatus de puerto seguro cuando otros votos electorales del mismo estado también están haciendo el mismo reclamo de puerto seguro. En apoyo de su afirmación de que los votos electorales que llevan la firma del gobernador no pueden contarse en esta situación, siempre que una cámara del Congreso se oponga, estos académicos ofrecen este razonamiento:

Si las Cámaras no pueden ponerse de acuerdo sobre la determinación autorizada, no se cuenta el voto del estado en cuestión. Este resultado sigue independientemente de la acción del gobernador. En este caso, el Congreso considera el certificado del ejecutivo solo como evidencia de la decisión tomada por un tribunal autorizado por la legislatura estatal. Si no se puede emitir la decisión del tribunal autorizado, entonces el gobernador no puede certificar una declaración válida.<sup>53</sup>

Esta interpretación del lenguaje legal puede no ser especialmente convincente; los lectores pueden juzgar por sí mismos. El punto importante es que este razonamiento interpretativo existe, tanto en la literatura de revisión de leyes como en el análisis del Servicio de Investigación del Congreso. Está disponible para ser defendido cuando ello sirva a un propósito partidista. No se puede descartar como inexistente, por mucho que se desee que sea así.

En el contexto del escenario específico que se está considerando, se puede ver cómo los votos electorales que llevan la firma del gobernador reclamarían el estatus de puerto seguro. Esto sería especialmente cierto si la Corte Suprema de Pensilvania los afirmara como los votos electorales legales del estado y lo hiciera en una decisión emitida al menos seis días antes del lunes de diciembre.

---

52. Memorando de Jack Maskell, Abogado Legislativo, Am. L. Div., Cong. Research Serv. 9 (2 de enero de 2001) [en adelante Memorando del Servicio de Investigación del Congreso] (en el archivo del autor); L. Kinvin Wroth, Concursos electorales y voto electoral, 65 DICK. L. REV. 321, 343 (1961).

53. Memorando del Servicio de Investigación del Congreso, nota supra 52, en 8-9 (citando a Wroth, supra Nota 52).

14. Como parte de este reclamo de salvaguarda, la corte suprema del estado afirmarí que estaba actuando de conformidad con la autoridad estatutaria adoptada antes del martes 3 de noviembre, día para nombrar a los electores del estado mediante votación popular.

Es más difícil ver cómo se podría argumentar a favor del estatus de puerto seguro para los votos electorales emitidos por los electores supuestamente nombrados por la legislatura estatal directamente, en algún momento después del martes 3 de noviembre, en respuesta al cambio azul. Parecería que este tipo de movimiento legislativo retroactivo es precisamente el tipo de cambio en la ley que se supone que no debe recibir el estatus de puerto seguro.

Y, sin embargo, no es del todo imposible hacer el argumento contrario, especialmente si la legislatura estatal actúa para hacer su nombramiento directo de electores antes de la fecha límite de puerto seguro de seis días antes del lunes 14 de diciembre. Este argumento dependería, nuevamente, sobre la afirmación de que la legislatura estatal estaba respondiendo a una emergencia análoga a un ciberataque. Seguramente, si hubiera un ciberataque —este argumento iría—, un nombramiento legislativo directo de electores tendría derecho a un estatus de refugio seguro si se realiza dentro del plazo requerido, para evitar privar al estado de la oportunidad de participar en las elecciones presidenciales. Este nombramiento legislativo directo ocurriría de conformidad con la autoridad de emergencia residual que existía en la ley estatal antes del martes 3 de noviembre. Siempre existe tal autoridad legislativa residual en el contexto de una emergencia genuina, podría agregar este argumento. Debido a que la legislatura estatal consideró el cambio azul durante el escrutinio como un robo de la voluntad popular del estado, comparable a un ciberataque y, por lo tanto, una emergencia equivalente, el nombramiento legislativo directo de electores tiene derecho al estatus de puerto seguro en la única situación de emergencia como tanto como el otro.

Este argumento puede no parecer especialmente fuerte, pero es suficiente para afirmar que bajo 3 USC § 15 ninguna de las presentaciones de votos electorales de Pensilvania puede contarse cuando la Cámara ha votado para contar una y el Senado ha votado para contar la otra. Debido a que es un argumento que en este contexto apoya el reclamo de reelección de Trump, uno esperaría que los republicanos lo logran en el período previo al 6 de enero. El argumento depende de la proposición adicional de que, una vez que se determina que Pensilvania no ha designado cualquier elector capaz de ser reconocido como autorizado por el Congreso, entonces Trump tiene una mayoría de votos de todos los electores designados con autoridad: 260 de 518. Por lo tanto, uno esperaría que los republicanos también hicieran esa afirmación.<sup>54</sup> Por lo tanto, el 6 de enero se acerca en

---

54. Este tema también es discutible, como se ha reconocido al menos desde los debates en el Congreso sobre la Ley de Conteo Electoral. Ver BASIGNAR segundoAtletas, *supra* Nota 25, en 150–77 (discutiendo el

En este escenario hipotético, la charla especulativa en cable y Twitter es que si la Cámara y el Senado se dividen sobre qué votos electorales de Pensilvania aceptar, entonces Mike Pence, como presidente del Senado, proclamará que ninguno cuenta y usará esa proclamación como base para declarando a Trump reelegido por una mayoría de electores designados.

Anticipándose a este movimiento, los demócratas a su vez exploran formas de prevenirlo. Argumentan que si la Cámara se niega a continuar participando en el procedimiento especificado en 3 USC § 15 después de que Pence hace esta proclamación errónea e ilegal con respecto a Pensilvania, entonces la apertura de certificados y el conteo de votos electorales de todos los estados restantes no pueden continuar. Citan la última oración de 3 USC § 15: "No se tomará ninguna decisión sobre los votos o documentos de cualquier otro Estado hasta que las objeciones hechas anteriormente a los votos o documentos de cualquier Estado se hayan resuelto definitivamente".<sup>55</sup> Con el proceso atrapado en Pensilvania, y el conteo incompleto, no hay presidente electo, argumentan los demócratas. Tampoco hay un vicepresidente electo. Esto significa, dicen,

Tonterías, replican los republicanos. Los demócratas no pueden activar la Vigésima Enmienda simplemente saliendo del procedimiento para contar los votos electorales bajo 3 USC § 15, responden estos republicanos. Señalan la siguiente sección del estatuto: "Dicha reunión conjunta no se disolverá hasta que se complete el conteo de los votos electorales y se declare el resultado".<sup>56</sup> Mike Pence, como presidente del Senado, por lo tanto, puede

---

historia legislativa de la Ley de Conteo Electoral). El otro lado de este argumento es que el denominador no cambia, a pesar de que un estado no ha designado a electores que puedan ser reconocidos como autorizados por el Congreso. La propia Constitución no habla directamente sobre este punto, y la Ley de Conteo Electoral no intentó resolver este debate. Richard Posner abordó este tema en su libro sobre *Bush v. Gore*, 531 US 98 (2000) (per curiam), argumentando que fue una de las muchas razones que justificaron la participación de la Corte en esa disputada elección. Ver generalmente RICHARD A. POSNER, *BTOMANDO EL reEADLOCK: TÉL 2000 ELECCIÓN, LOS CONSTITUCIÓN, Y EL CNUESTROS* (2001).

Nota: si el denominador-no-cambia-lado del debate prevaleciera, significaría que ningún candidato recibe la mayoría de los votos electorales, y la elección va a la Cámara de Representantes de conformidad con el voto especial por -procedimiento estatal.

55. 3 USC § 15 (2018).

56. *Carné de identidad*. § 16. Demostrando la intención legislativa de que se complete el conteo electoral, esta sección continúa:

[N] o se tomará receso a menos que haya surgido una pregunta con respecto al cómputo de dichos votos, o de otra manera bajo este subcapítulo, en cuyo caso será competente para cualquiera de las Cámaras, actuando por separado, en la forma aquí prevista, para dirigir un receso de dicha Casa no más allá del siguiente día calendario, excepto el domingo, a las 10 de la mañana. Pero si el escrutinio de los votos electorales y la declaración del resultado no se hubieren completado antes del quinto día calendario siguiente a dicha primera reunión de las dos Cámaras, ninguna de las Cámaras tomará más receso ni ningún otro receso.

*Carné de identidad*.

simplemente reanude el proceso, con el siguiente estado (Rhode Island) y proceda hasta el final (Wyoming) incluso si los únicos miembros de la Cámara y el Senado que quedan para observar son los republicanos. De esta manera, el proceso de conteo de votos electorales bajo 3 USC § 15 podría terminar con esta disputa básica aún restante. Los republicanos afirmarían que Trump ha sido reelegido, en virtud de la afirmación de Mike Pence a este efecto de conformidad con su entendimiento del § 15 como presidente de su procedimiento. Mientras tanto, los demócratas afirmarían que el recuento de votos electorales sigue siendo incompleto debido al intento de usurpación de autoridad por parte de Pence al negarse a contar los votos electorales de Pensilvania que llevan el certificado del gobernador, como lo exige la interpretación y el funcionamiento adecuados de 3 USC § 15.57

¿Qué posición es la correcta bajo la Vigésima Enmienda? ¿Quién decide y cómo? Si la elección sigue sin resolverse en esta etapa, ¿entonces qué?

### III. JANUARIO 6 de octubre de 2021, THROUGH JANUARIO 20 de 2021

#### A. *Qué podría pasar*

A la 1:00 pm del 6 de enero de 2021, de conformidad con 3 USC § 15 y la Duodécima Enmienda, el Senado y la Cámara de Representantes se reúnen en la cámara de la Cámara para el conteo de los votos electorales de los estados. Mike Pence preside en su función de presidente del Senado, según lo especificado tanto por el estatuto como por la Constitución. Comenzando con Alabama y continuando alfabéticamente, el conteo avanza sin problemas hasta Pensilvania. Pence anuncia que está recibiendo dos presentaciones que pretenden ser los votos electorales del estado y, según 3 USC § 15, debe presentar tanto al Senado como a la Cámara para su consideración por separado. El Senado luego se retira de la Cámara y, como se esperaba, vota para aceptar la presentación de votos electorales de los electores designados por la legislatura del estado.

Cuando el Senado regresa a la cámara para reanudar la sesión conjunta, Pence anuncia que debido a que ninguna de las presentaciones ha

---

57. En esta postura, los demócratas analizarían analíticamente dos argumentos distintos, uno estatutario y otro constitucional. Su argumento legal vendría primero, y sería que la interpretación adecuada de 3 USC § 15 requiere que el presidente del Senado reconozca la presentación de Pensilvania que lleva la firma del gobernador como legalmente autorizada. Si el presidente del Senado se equivoca en este aspecto estatutario, entonces los demócratas recurrirían a su argumento constitucional como una línea de defensa secundaria: a saber, bajo las enmiendas duodécima y vigésima, interpretadas correctamente en conjunto, el conteo electoral no puede estar completo sin la participación institucional de la Cámara; por lo tanto, si la Cámara se niega a acceder al proceso, es una situación de “Presidente interino” bajo la Vigésima Enmienda.

ha sido aceptado como autorizado por ambas cámaras del Congreso, los votos electorales de ninguna de las presentaciones pueden contarse. Ante esto hay aullidos de protestas de los demócratas en la cámara, quienes claman su insistencia en que los votos electorales que lleven el certificado de gobernador deben contarse bajo los términos expresos de 3 USC § 15.58 Después de mucha conmoción, Pence logra llevar el proceso al orden y repite que su entendimiento del § 15, contrariamente a las opiniones expresadas por los demócratas, es que ninguna presentación de votos electorales de Pensilvania puede contarse debido a los votos divididos de las dos cámaras del Congreso. Esa es su decisión como presidente y está preparado para pasar al siguiente estado, Rhode Island.

Los demócratas estallan en protesta de nuevo y exigen una oportunidad para invalidar la interpretación claramente errónea de Pence del § 15. Pence vuelve a poner el procedimiento en orden y anuncia que no hay ningún método bajo el § 15 del 3 USC, o la Duodécima Enmienda, para invalidar sus fallos y anuncios como presidente. El Senado y la Cámara de Representantes no actúan conjuntamente como un organismo combinado unificado.<sup>59</sup> En virtud de 3 USC § 15 y la Duodécima Enmienda, su función conjunta es únicamente como observadores del proceso. Cada cámara ha tomado su determinación por separado con respecto a Pensilvania y, en consecuencia, es su papel —afirma Pence— anunciar las consecuencias de esa determinación separada. Sobre la base de su comprensión tanto del estatuto como de la Constitución, y según lo aconsejado por un abogado, había desempeñado esta función necesaria,

Luego, Nancy Pelosi se levanta y exige hablar. (Bajo 3 USC § 16, ella se sienta “inmediatamente a la izquierda [del presidente del Senado]”). Ella anuncia que la reunión conjunta de dos cámaras ha terminado, o al menos suspendida, a menos y hasta que Mike Pence esté preparado para cambiar su decisión y aceptar los votos electorales de Pensilvania con la firma del gobernador. Sin eso, los senadores ya no son bienvenidos en la cámara de la Cámara. Cuando Pence insiste en que Pelosi no tiene autoridad para suspender los procedimientos de esta manera, Pelosi declara que pedirá al sargento de armas de la Cámara de Representantes que saque por la fuerza a los senadores de la cámara de la Cámara a menos que los senadores se vayan voluntariamente. Para evitar ese espectáculo, y con la esperanza de que los republicanos

---

58. Para conocer un precedente histórico de aullidos comparables, véase *BASIGNAR segundo Atletas*, supra nota 25, en 117–49 (discutiendo la disputa sobre el proceso de conteo de votos electorales en la elección de 1876).

59. 3 USC § 18 (2018) (“Mientras las dos Cámaras se encuentren reunidas según lo dispuesto en este capítulo, el Presidente del Senado tendrá poder para preservar el orden; y no se permitirá ningún debate ni el presidente oficial excepto a cualquiera de las Cámaras en una moción para retirarse.”).

finalmente triunfen después de que se enfríen las cabezas, Pence acepta a regañadientes sacar a los senadores de la cámara de la Cámara.

Con la Cámara ahora sola en su propia cámara, y la Presidenta Pelosi presidiendo, la Cámara (en una votación de la línea del partido) aprueba una resolución que establece que el procedimiento conjunto bajo la Duodécima Enmienda y 3 USC § 15 queda suspendido a menos que y hasta que el Vicepresidente Pence anuncie públicamente que está preparado para contar los votos electorales de Pensilvania certificados por el gobernador. Hasta entonces, la Cámara ha ordenado a su sargento de armas que impida la reaparición de Pence o cualquier otro senador en la cámara de la Cámara. Pelosi, sin embargo, no llega al extremo de prohibir que los miembros republicanos de la Cámara de Representantes abandonen la cámara, y lo hacen.<sup>61</sup>

Con Pelosi y los demócratas negándose a ceder, Pence y los republicanos deciden que deben hacer lo que puedan para continuar con el conteo de votos electorales, incluso si no pueden regresar a la cámara de la Cámara. En consecuencia, Pence invita a senadores y representantes a acudir a la cámara del Senado con este propósito. Solo se presentan los senadores y representantes republicanos, a excepción de un senador demócrata designado para protestar por la supuesta continuación de los procedimientos como ilegal según 3 USC § 15 y la Duodécima Enmienda.

Entre otras objeciones, este senador demócrata señala que 3 USC § 15 requiere específicamente que haya dos “cajeros” de cada

---

60. *Carné de identidad*. El § 17 contempla la posibilidad de que la Cámara demande un “receso” del proceso de conteo electoral el 6 de enero, con base en una objeción a cómo se está manejando el proceso: “no se tomará receso a menos que haya surgido una duda con respecto al conteo cualquiera de esos votos”. Por lo tanto, aunque “el presidente del Senado tendrá poder para preservar el orden” durante la sesión conjunta en sí, ver 3 USC § 18, el presidente del Senado no puede insistir en que no ocurra tal “receso”, si la Cámara ha planteado una pregunta “en respecto al recuento de dichos votos”. En consecuencia, la presidenta Pelosi estaría en su derecho de insistir en la suspensión de la sesión conjunta, al menos por un breve período en el que la Cámara puede querer deliberar o “receso” mientras determina su posición institucional como cámara legislativa sobre la situación. En cualquier evento, Si el presidente de la Cámara de Representantes ordena al Sargento de Armas de la Cámara que despeje la cámara de la Cámara, parecería evidente que el Sargento de Armas obedecería esta orden directa del jefe de la Cámara, en lugar de tomar una dirección contraria del Senado. Presidente, cuya presencia en esa sala es por invitación de la Cámara. Ver también *BASIGNAR segundo Atletas*, supra nota 25, en 142 (discutiendo un ejemplo histórico del presidente de la Cámara de Representantes invocando al Sargento de Armas de la Cámara, aunque no durante las deliberaciones de la sesión conjunta).

61. En contra del argumento de que la Ley de Conteo Electoral excluye este tipo de retiro unilateral del proceso de conteo por parte de la Cámara, el presidente Pelosi afirma la autoridad constitucional inherente de la Cámara para gobernar su propia conducta. En apoyo de este argumento, el presidente Pelosi puede citar un artículo reciente de revisión de la ley: “Esta autoridad plenaria requiere que la Cámara y el Senado sean libres para debatir, hacer mociones y retirarse del conteo en cualquier momento que deseen, el [Conteo Electoral Actuar] no obstante, sujeto, por supuesto, a las mociones aprobadas por la mayoría requerida de esa cámara”. Chris Land y David Schultz, *Sobre la ineficacia de la ley de conteo electoral*, 13 *RUTGERS JL & PUB. PAGOLY* 340, 374 (2016).

Cámara para participar en la apertura y escrutinio de los votos electorales de los estados: “dichos escrutadores, habiendo leído [la presentación de los votos electorales de los estados] en presencia y audiencia de las dos Cámaras, harán una lista de los votos tal como aparecerán en dichos certificados”.<sup>62</sup> Debido a que la Cámara de Representantes ya no participa, según lo declarado en su resolución formal, ya no hay dos escrutadores de la Cámara para realizar esta función estatutaria. Debido a que los dos cajeros de la Cámara deben haber sido "previamente designados" por la Cámara, de acuerdo con los términos explícitos de 3 USC § 15, no hay autoridad conferida al Presidente del Senado o en otra parte para nombrar cajeros suplentes de la Cámara. En otras palabras, afirma este demócrata, no puede haber continuación del procedimiento conjunto bajo 3 USC § 15 sin la participación institucional de la Cámara, y la Cámara ha resuelto que institucionalmente no invitará al Senado a regresar a sus cámaras para la continuación del procedimiento conjunto a menos y hasta que el Presidente del Senado anuncie que los votos electorales que llevan el certificado del gobernador de Pensilvania se contará, según los términos de 3 USC § 15. A pesar de esta objeción del senador demócrata, Pence pretende proceder con el recuento de votos electorales desde Rhode Island hasta Wyoming. Al final, Pence anuncia que Trump ha sido reelegido presidente con una mayoría de votos, 260 de los 518 electores designados, porque Pensilvania no nombró a los electores de una manera que el Congreso podría reconocer como autoritaria dados los procedimientos establecidos en 3 USC § 15. Más tarde, prepararse para ser inaugurado para un segundo mandato el 20 de enero.

Mientras tanto, con Warren y otros demócratas a su lado, Pelosi afirma que está preparada para ser investida y juramentada como presidenta en funciones, prestando el juramento presidencial del cargo especificado en el artículo II, sirviendo como tal hasta que se complete el conteo de los votos electorales ( con los votos de Pensilvania contados como emitidos por los electores certificados por el gobernador del estado). Pelosi deja en claro su creencia de que Warren es el presidente debidamente elegido, basado en un recuento adecuado de los votos electorales. Pero ella está preparada para servir como presidenta interina y espera hacerlo a partir del mediodía del 20 de enero, a menos que Pence, durante el resto de su mandato como vicepresidente, que expira al mediodía del 20 de enero, anuncie su reconocimiento. de Warren como presidente electo.

---

62. 3 USC § 15 (2018).



A medida que el reloj avanza hacia el mediodía del 20 de enero, todo DC, de hecho, todo Estados Unidos, está en confusión sobre lo que sucederá. Ni Trump ni Pelosi retroceden. Ambos insisten en que al mediodía del 20 de enero prestarán juramento presidencial y comenzarán a hacer valer los poderes de comandante en jefe. Ambos exigen el pleno apoyo y obediencia de las fuerzas armadas estadounidenses al tomar el juramento presidencial.

El fiscal general William Barr anuncia que cree que la posición de Trump y Pence es legal y constitucionalmente sólida y que deben ser reconocidos como reelegidos para un segundo mandato. Pelosi descarta el anuncio de Barr como nada más que el abogado de Trump diciendo lo que Trump quiere que diga. Ella argumenta que es evidentemente evidente que Warren ganó el voto popular de Pensilvania y, por lo tanto, la elección, y no permitirá que Trump, Pence, Barr y el resto de los republicanos le roben esta elección a Warren y al pueblo estadounidense. Ella explica que está preparada para servir como presidenta interina únicamente para reivindicar la democracia y el recuento adecuado de los votos emitidos por el pueblo estadounidense. Mientras pide calma entre el público durante estos tiempos difíciles, Pelosi dice que si los militares, el FBI,

Ante esta situación, ¿qué van a hacer los militares a partir del mediodía del 20 de enero? ¿A quién deberían reconocer los militares como comandante en jefe? ¿Quién debería recibir el "fútbol nuclear" con los códigos de lanzamiento, Trump o Pelosi? ¿Sobre qué base deberían los militares tomar esta decisión? ¿Cómo sale la nación de esta situación? ¿Cómo puede la nación evitarlo en primer lugar?

#### *B. Análisis: la alternativa de Arizona*

Tan importante como es pensar en todas las ramificaciones del escenario anterior basado en Pensilvania, es igualmente importante reconocer que algo similar podría suceder con respecto a otro estado. Pero si es así, el escenario no necesariamente se desarrolla exactamente de la misma manera. De hecho, las diferencias podrían resultar significativas.

Supongamos, entonces, que el cambio al azul que determina el resultado no ocurre en Pensilvania, sino en Arizona. En otras palabras, en 2020 la elección presidencial en Arizona sufre el mismo fenómeno que la carrera por el Senado de 2018 en Arizona, cuando el cambio azul hizo que el liderazgo cambiara de McSally a Sinema. Para que todo el Colegio Electoral se vuelva contra Arizona, suponga que el demócrata (Warren nuevamente, por el bien de la ilustración) gana Pensilvania en la noche de las elecciones, y aparte de los votos electorales de Arizona, Trump tiene 259 y Warren 268. En este escenario alternativo, suponga

Trump gana Wisconsin en la noche de las elecciones. El escenario anterior se basó en que Warren ganara Wisconsin. Cualquiera de los dos resultados es posible, ya que Wisconsin es potencialmente el "estado de inflexión" del Colegio Electoral. Un punto clave aquí, sin embargo, es que debido a que el cambio azul varía en magnitud en diferentes estados (con Wisconsin históricamente pequeño), el resultado en Wisconsin podría resolverse en la noche de las elecciones, aunque matemáticamente termina siendo el "estado de inflexión" porque otro estado —Como Pensilvania o Arizona— termina superando el punto de inflexión durante el recuento de votos de "tiempo extra" en el escrutinio.

Con Arizona sustituida por Pensilvania de esta manera, podemos imaginar que el escenario se desarrolla de manera similar en muchos aspectos. Trump tuiteaba con apoplejía sobre el cambio azul que le robaba la victoria que ganó la noche de las elecciones. Los demócratas, a su vez, exigirían el recuento adecuado de los votos durante el escrutinio, tal como ocurrió en 2018, cuando Sinema superó a McSally.

Pero podemos imaginar una diferencia crucial. Implica al gobernador del estado. El gobernador de Pensilvania es demócrata. El gobernador de Arizona es republicano. ¿Por qué podría importar esto? Supongamos que el gobernador firma una nueva ley estatal que prevé el nombramiento directo de los electores del estado por la legislatura, y luego el gobernador certifica el nombramiento de estos electores como los de los estados con autoridad. Supongamos también que el gobernador se niega a certificar el nombramiento de electores como lo demuestra el conteo final del voto popular, después del cambio de azul durante el escrutinio.

Luego, el 6 de enero, los votos electorales de Arizona que llevan el certificado del gobernador son los de Trump, emitidos por los electores designados directamente por la legislatura estatal. La segunda presentación de votos electorales de Arizona, los de Warren emitidos por los electores supuestamente designados mediante el voto popular del estado, carecen de un certificado de gobernador.

Suponga que el Senado y la Cámara nuevamente no están de acuerdo sobre qué votos electorales de Arizona aceptar. El Senado acepta los que tienen el certificado de gobernador. La Cámara acepta las que reflejan el voto popular.

Ahora, bajo este escenario, Pence dictamina que se deben contar los votos con certificado de gobernador. Ahora, Pelosi y los demócratas adoptan la posición estatutaria más dudosa de que ninguna presentación de votos electorales de Arizona puede contarse (porque ambos reclaman el estatus de puerto seguro). Ahora, también, son Pelosi y los demócratas quienes afirman que, dado que Arizona no ha designado a electores que puedan ser reconocidos como autorizados por el Congreso, Warren tiene una mayoría de votos de los electores designados: 268 de 527 (538 menos los 11 de Arizona). .

Cuando llega este impasse, ¿qué sucede? ¿Pelosi echa a Pence y a los senadores de la cámara de la Cámara, insistiendo en que el conteo de votos electorales no puede continuar con el siguiente estado (Arkansas) hasta que Pence?

reconoce la exactitud de su interpretación de 3 USC § 15? ¿Hace la misma declaración de que está preparada para servir como presidenta interina a menos que y hasta que Pence y los republicanos estén dispuestos a aceptar a Warren como presidente electo sobre la base de la validez del voto popular de cambio azul en Arizona?

Desde la perspectiva de los militares, al intentar determinar qué hacer en este impasse, ¿hay alguna diferencia entre el escenario de Pensilvania o el de Arizona? En otras palabras, desde la perspectiva de los militares, ¿importa de qué lado —Trump o Pelosi, republicanos o demócratas— tiene el beneficio del certificado del gobernador del estado en disputa? O, dicho de otra manera, ¿es necesario que los militares hagan su propio juicio independiente sobre la interpretación correcta de 3 USC § 15? O, en cambio, ¿se supone que los militares deben juzgar la legitimidad democrática del voto popular desplazado hacia el azul en el estado en disputa? independientemente de si el gobernador del estado está del lado del voto popular (como en el escenario de Pensilvania) o con el nombramiento legislativo directo (como en el escenario de Arizona)? ¿O deben los militares tomar sus órdenes legales del fiscal general, por claramente partidistas que puedan parecer esas órdenes legales?

Dadas las incertidumbres involucradas y la precariedad de la situación si la nación se encontrara en esta posición, quizás el Congreso pueda comprometerse a aclarar 3 USC § 15 antes de las elecciones de 2020. Desde este punto de vista preelectoral en 2019, es igualmente incierto si podría ser Pensilvania o Arizona (o Florida, o tal vez incluso Carolina del Norte) quien experimente este cambio azul determinante de resultados. Por lo tanto, existe un ventajoso “velo de ignorancia” antes de que ocurran las elecciones. Quizás sobre una base bipartidista, el Congreso puede elaborar un nuevo procedimiento para operar si se descubre que hay múltiples presentaciones de votos electorales del mismo estado. Con un procedimiento nuevo y mejorado del Congreso para manejar esta situación,

Como demuestra la contemplación de estos escenarios, este tema es uno para el cual la ambigüedad es especialmente perjudicial — y peligrosa — para la nación.

#### IV. EL ROL DEL SUPREME COURT

Hasta ahora, he dejado en gran medida al poder judicial fuera de mi descripción de lo que podría suceder en Pensilvania o Arizona, ya que una disputa sobre las boletas de "cambio azul" contadas durante el escrutinio se desarrolla después de las elecciones.

Por la noche y hacia el 20 de enero de 2021. Quería describir los problemas tal como podrían parecerles a varios actores no judiciales, incluida la legislatura del estado, el gobernador del estado, el presidente del Senado, el presidente de la Cámara de Representantes de EE. UU., El militar, etc. Ya sea que el poder judicial estatal o federal se involucre o no en este tipo de disputa, cada uno de estos otros actores institucionales deberá considerar los asuntos constitucionales y estatutarios involucrados y deberá decidir qué acción tomar en el ejercicio de las responsabilidades oficiales. Las ambigüedades legales consideradas hasta ahora son potencialmente importantes y desconcertantes para todos estos actores no judiciales.

Aun así, vale la pena considerar de manera más sistemática qué papel potencial podrían desempeñar los tribunales, especialmente la Corte Suprema en la cúspide del sistema judicial de la nación, y cómo la participación judicial podría afectar a varios actores no judiciales. De hecho, a medida que una disputa sobre las papeletas de "cambio azul" se acerca cada vez más al mediodía del 20 de enero, mientras permanece sin resolver y, por lo tanto, cada vez más tensa, más y más ojos mirarán al poder judicial con la esperanza de que pueda sacar a la nación de esta situación. lío. Por lo tanto, ¿hay algún punto en el que la Corte Suprema se vea obligada a intervenir, por muy reacia que sea a hacerlo dada la percepción generalizada de que su intervención en *Bush v. Gore* no tuvo éxito en lograr una solución reconocida como arraigada en la ley? en lugar de política? En otras palabras, Incluso si la Corte Suprema se inclinara a mantenerse al margen de una disputa sobre las elecciones de 2020, por temor a politizarse nuevamente, ¿hay un punto en el que se vería obligada a aceptar la jurisdicción sobre un tema en disputa y a decidir lo mejor que pueda? ¿Podría hacerlo de acuerdo con su comprensión de la ley aplicable (incluso si algunos pudieran percibir su opinión como motivada políticamente)? Después de considerar lo que podría hacer la Corte en sí, se puede abordar cómo varios actores no judiciales, incluidos el vicepresidente Pence y la presidenta Pelosi, podrían reaccionar a la decisión de la Corte, incluyendo si obedecerían o no una orden judicial directa de la Corte. Pero primero es necesario considerar qué podría hacer la propia Corte. ¿Existe un punto en el que se vería obligado a aceptar la jurisdicción sobre un asunto en disputa y a decidir lo mejor que pueda de acuerdo con su comprensión de la ley aplicable (incluso si algunos podrían percibir su opinión como motivada políticamente)? Después de considerar lo que podría hacer la Corte en sí, se puede abordar cómo varios actores no judiciales, incluidos el vicepresidente Pence y la presidenta Pelosi, podrían reaccionar a la decisión de la Corte, incluyendo si obedecerían o no una orden judicial directa de la Corte. Pero primero es necesario considerar qué podría hacer la propia

2019] Preparación para una elección presidencial en 345  
Corte. Luego, se puede abordar cómo varios actores no judiciales, incluidos el vicepresidente Pence y la presidenta Pelosi, podrían reaccionar a la decisión de la Corte, incluso si obedecerían o no una orden judicial directa de la Corte. Pero primero es necesario considerar qué podría hacer la propia Corte. Luego, se puede abordar cómo varios actores no judiciales, incluidos el vicepresidente Pence y la presidenta Pelosi, podrían reaccionar a la decisión de la Corte, incluso si obedecerían o no una orden judicial directa de la Corte. Pero primero es necesario considerar qué podría hacer la propia Corte.

Para realizar este análisis, es mejor dividir el período de tiempo de una posible disputa en tres segmentos distintos. Primero, está el tiempo previo a la reunión del Colegio Electoral el lunes 14 de diciembre, que podemos caracterizar como la parte del proceso general dominado por la ley estatal y las instituciones del gobierno estatal. En segundo lugar, está el tiempo entre esta reunión del Colegio Electoral y la sesión conjunta del Congreso el 6 de enero, de conformidad con la Décimo Segunda Enmienda y la Ley de Conteo Electoral, para la recepción de los votos electorales de los estados. Este período intermedio es después de que se completa el papel del gobierno estatal, pero antes de que comience el proceso crucial del Congreso. En tercer lugar, está el tiempo entre la 1:00 pm del 6 de enero, cuando la apertura y el conteo de

Los votos electorales de los estados comienzan en la sesión conjunta del Congreso y al mediodía del 20 de enero, cuando la transferencia de poder de un período presidencial al siguiente ocurre automáticamente en virtud del lenguaje explícito de la Vigésima Enmienda.<sup>63</sup> Este período de dos semanas es uno en el que la ley federal domina y las instituciones del gobierno federal controlan lo que sucede. Sería posible considerar un cuarto período, el tiempo después del mediodía del 20 de enero; pero en la medida en que es de suma importancia resolver cualquier disputa antes de que el reloj marque el mediodía del 20 de enero, para que no haya duda de quién es constitucionalmente el comandante en jefe en ese momento y, por lo tanto, capaz de activar los códigos nucleares (entre otras potencias militares) —Merece la pena centrarse en la posibilidad de una intervención judicial, aunque sea reacia, antes de este momento crítico.

*A. Antes de la reunión del Colegio Electoral el lunes 14 de diciembre*

El Artículo II de la Constitución requiere que los electores presidenciales de cada estado se reúnan el mismo día para emitir sus votos para presidente.<sup>64</sup> El Congreso ha especificado esa fecha como el lunes 14 de diciembre, como el Congreso tiene derecho a hacerlo. Hasta ese momento, la ley estatal puede determinar el método para nombrar a los electores de un estado, como también establece el Artículo II.

Tanto los tribunales estatales como federales pueden participar en el proceso de determinar la identidad de los electores del estado antes de que se reúnan para emitir sus votos electorales. Los tribunales estatales pueden hacerlo de conformidad con las delegaciones expresas de poder de la legislatura del estado, o de conformidad con un supuesto ejercicio de autoridad derivado de la constitución del estado. En este sentido, la participación de los tribunales estatales sería similar a lo que ocurrió en Florida en 2000: como todos recordarán o pueden revisar la historia, el poder judicial de Florida se involucró activamente en la lucha sobre qué lista de electores presidenciales del partido político se convertirían en los titulares para emitir los votos electorales oficiales de su estado. Si estas decisiones de los tribunales estatales de Florida eran o no interpretaciones fieles de la ley estatal existente en ese momento era, y sigue siendo, discutible. No hay duda de que muchos observadores, incluidos algunos miembros de la Corte Suprema federal, vieron a la Corte Suprema de Florida como una institución sin ley y partidista, porque su supuesta "interpretación" de los estatutos estatales relevantes era muy aberrante de su texto. Pero no hay duda de que el poder judicial de Florida tenía jurisdicción para abordar las diversas cuestiones de leyes estatales que surgieron durante el recuento de votos en las elecciones de 2000. Por lo tanto, los tribunales de Florida emitieron decretos contra los funcionarios electorales de Florida, como el secretario de estado, que fueron Pero no hay duda de que el poder judicial de Florida tenía jurisdicción para abordar las diversas cuestiones de leyes estatales que surgieron durante el recuento de votos en las elecciones de 2000. Por lo tanto, los tribunales de Florida emitieron decretos contra los funcionarios electorales de Florida, como el secretario de estado, que fueron Pero no hay duda de que el poder judicial de Florida tenía jurisdicción para abordar las diversas cuestiones de leyes estatales que surgieron durante el recuento de votos

2019] Preparación para una elección presidencial en 347  
en las elecciones de 2000. Por lo tanto, los tribunales de Florida  
emitieron decretos contra los funcionarios electorales de Florida, como  
el secretario de estado, que fueron

---

63. US CONST. enmendar. XX (“Los mandatos del Presidente y el Vicepresidente finalizarán al mediodía del día 20 de enero ... y entonces comenzarán los mandatos de sus sucesores”).

64. US CONST. Arte. II, § 1, cl. 4 (énfasis agregado) (“El Congreso puede determinar el momento de la elección de los electores y el día en que darán sus votos; ese día será el mismo en todos los Estados Unidos”).

dentro de su autoridad judicial. De la misma manera, podemos prever que los tribunales estatales, en Pensilvania, Arizona o en cualquier otro lugar, emitan decretos judiciales de manera similar con respecto al recuento de votos del “cambio azul”. Estos tribunales podrían fallar a favor o en contra de la posición de cualquiera de los candidatos sobre estos temas, dependiendo de los temas específicos planteados y la evidencia presentada, y potencialmente dependiendo también del grado en que un tribunal estatal podría emitir fallos que para algunos podrían parecer sorprendentemente ilegales y partidistas.<sup>65</sup>

Asimismo, los tribunales federales podrían participar en el recuento de los votos emitidos por los ciudadanos en las elecciones presidenciales antes del día en que se reúnen los electores. La misma Corte Suprema puede involucrarse en la medida en que las cuestiones de la ley federal se planteen por la forma en que los tribunales estatales manejan su propia participación en estos casos. Una vez más, la elección presidencial de 2000 en Florida es ilustrativa: dos veces la Corte Suprema otorgó una revisión de certiorari sobre cuestiones constitucionales federales que surgen de cómo la Corte Suprema de Florida se condujo en apelación de demandas presentadas inicialmente en la corte estatal.<sup>66</sup> También se presentaron demandas separadas ante tribunales federales. en un esfuerzo por desafiar la conducta de conteo de votos emprendida por los funcionarios de Florida. Aunque estas demandas no se convirtieron en dispositivos en la Corte Suprema en 2000, En el futuro, este tipo de demanda podría convertirse en el vehículo por el cual la Corte Suprema se pronuncia sobre lo que exige la ley federal en términos del cómputo de las papeletas de voto popular por parte de los funcionarios estatales. Por lo tanto, las elecciones de 2020 podrían ver la participación de la corte federal, incluida la participación de la Corte Suprema, equivalente a lo que ocurrió en 2000.

Pero cualquiera que sea esa participación, suponiendo que ocurra, no resultará en medidas cautelares dirigidas contra el Presidente del Senado, o el Congreso en su conjunto, en relación con la conducta en la sesión conjunta del Congreso el 6 de enero. con toda probabilidad, las órdenes judiciales se dirigirían a los propios electores presidenciales o su reunión del 14 de diciembre. En cambio, las órdenes judiciales se dirigirían a los administradores electorales estatales y / o locales, ordenándoles que cuenten, o no, en particular " papeletas de cambio azul ". Estas órdenes judiciales podrían resultar cruciales para determinar qué grupo de electores presidenciales, republicano o demócrata, se certifica oficialmente como el ganador del voto popular en el estado. Potencialmente también

---

65. El proyecto ALI está diseñado, en parte, para reducir la probabilidad de que los tribunales estatales en este tipo de situación dicten fallos que parecen ilegales y partidistas.

66. Ver segundoASIGNAR segundoAtetas, supra nota 25, en 279-305 (revisando la elección presidencial de 2000 y la participación de la Corte Suprema).



Pero es difícil prever un decreto judicial, ya sea de un tribunal estatal o federal, que pretenda prohibir que la lista de electores presidenciales de un partido se reúnan el lunes 14 de diciembre. Quizás habría una sentencia declaratoria que ordenara que la reunión carecía de estatus oficial. Pero, ¿ordenaría el tribunal que estos individuos ni siquiera se reúnan para entablar un discurso? Aparte de plantear preguntas sobre si tal orden se inmiscuiría en las prerrogativas del Congreso bajo la Ley de Conteo Electoral (y la Duodécima Enmienda), plantearía tantas dificultades relacionadas con la Primera Enmienda que parecerían insondables. Por lo tanto, si bien los tribunales estatales y federales pueden desempeñar un papel importante en la configuración de la dinámica de una disputa que llega al Congreso, al declarar quién es el legítimo ganador del voto popular del estado y qué lista de electores presidenciales el gobernador del estado debe certificar como autoritario, en última instancia, ni el poder judicial estatal ni federal puede evitar que la lista de electores presidenciales de un partido pretenda reunirse el 14 de diciembre y actuar como si pudieran emitir los votos electorales del estado, incluso si esos individuos carecen de indicios de autoridad según la ley estatal. Mientras estas personas se reúnan y pretendan enviar sus votos electorales al presidente del Senado, ni siquiera la intervención de la Corte Suprema puede detener una disputa sobre los votos electorales de un estado. en última instancia, ni el poder judicial estatal ni federal pueden impedir que la lista de electores presidenciales de un partido pretenda reunirse el 14 de diciembre y actuar como si pudieran emitir los votos electorales del estado, incluso si esas personas carecen de indicios de autoridad según la ley estatal. Mientras estas personas se reúnan y pretendan enviar sus votos electorales al presidente del Senado, ni siquiera la intervención de la Corte Suprema puede detener una disputa sobre los votos electorales de un estado. en última instancia, ni el poder judicial estatal ni el federal pueden impedir que la lista de electores presidenciales de un partido pretenda reunirse el 14 de diciembre y actuar como si pudieran emitir los votos electorales del estado, incluso si esas personas carecen de indicios de autoridad según la ley estatal. Mientras estas personas se reúnan y pretendan enviar sus votos electorales al presidente del Senado, ni siquiera la intervención de la Corte Suprema puede detener una disputa sobre los votos electorales de un estado.

Congreso.

#### *B. Entre el 14 de diciembre y el 6 de enero*

Una vez que se sepa que tanto las listas de electores republicanos como demócratas en un estado en particular se reunieron el 14 de diciembre y pretendieron emitir sus votos electorales y enviarlos al presidente del Senado, entonces es posible imaginar una demanda que intente ordenar el Presidente del Senado, o el Congreso colectivamente, para aceptar una de estas dos presentaciones como válida. Esta demanda intentaría que el tribunal declare la interpretación legalmente correcta de la Ley de Conteo Electoral y la Duodécima Enmienda aplicada a la situación particular, y que el tribunal ordene al presidente del Senado (y al Congreso colectivamente) actuar de acuerdo con esta interpretación judicial. ¿Cuáles son las posibilidades de que una demanda de este tipo tenga éxito?

Primero, vale la pena mencionar brevemente que ningún tribunal estatal tendría autoridad para emitir tal orden judicial. Incluso si el tribunal estatal pretende tener una razón de ley estatal para declarar válida una presentación de votos electorales del estado y la otra presentación no válida, la corte estatal no tendría poder para obligar al presidente del Senado o Congreso a actuar. de acuerdo con esa declaración de ley estatal. Sin duda, el tribunal estatal podría emitir un fallo oficial, que podría (y sería) presentado

junto con los votos electorales convalida como cuestión de ley estatal. Pero si el Congreso decidiera repudiar esa sentencia de la corte estatal y contar la presentación alternativa de votos electorales del estado, la corte estatal sería impotente para ordenar al Congreso en desacato a su decreto judicial y ordenar que el Congreso lo cumpla. Para agudizar el punto: imagínense ambas cámaras del Congreso rechazando la posición de la Corte Suprema de Arizona y decidiendo contar los votos electorales de Arizona que la corte suprema del estado consideró inválidos. Es posible, por supuesto, que la corte suprema del estado tenga razón sobre cuál es la posición de la ley estatal al respecto, pero está dentro de la prerrogativa constitucional del Congreso llegar a la conclusión opuesta. La Corte Suprema de Arizona no puede emitir una orden judicial contra el Congreso exigiendo que el Congreso cumpla con su decreto judicial. Eso sería constitucionalmente absurdo incluso si la Corte Suprema de Arizona está en lo cierto y el Congreso se equivoca en los asuntos relevantes de la ley de Arizona.

¿Qué pasa con la Corte Suprema federal en esta situación? Supongamos, para usar el escenario de Pensilvania, que los electores demócratas de Pensilvania tienen el certificado del gobernador, así como un fallo de la Corte Suprema de Pensilvania de que son los electores autorizados del estado. Estos electores también fueron los ganadores del voto popular, según lo determinado por el escrutinio de las votaciones de conformidad con la ley estatal. La sumisión de estos electores llega al Congreso con un pedigrí en la ley estatal tan fuerte como se pueda imaginar. Mientras tanto, la sumisión conflictiva de los electores republicanos es especialmente débil, sin certificado de gobernador, sin imprimatur del poder judicial del estado, sin pedigrí de voto popular y teniendo solo la afirmación de nombramiento directo por parte de la legislatura estatal. Supongamos además que estos electores demócratas presentan una demanda en un tribunal federal, pidiendo una orden judicial para que el presidente del Senado y el Congreso acepten su presentación de votos electorales como válidos de Pensilvania. ¿Tiene el poder judicial federal la facultad de emitir esta orden judicial, dada la solidez de la presentación en nombre de estos votos electorales?

Esta pregunta es complicada. Existe un fuerte argumento de que esta medida cautelar estaría más allá de la jurisdicción de la corte federal, ya sea como una cuestión de ley estatutaria o constitucional. El juez Breyer adoptó esta posición en su disidencia *Bush v. Gore*, sobre la base de que el Congreso consideró, pero se negó a conferir autoridad a los tribunales federales al decidir los procedimientos de la Ley de Conteo Electoral.<sup>67</sup> El juez Breyer también consideró esta sentencia del Congreso como consistente con la delegación de autoridad en la propia Duodécima Enmienda:

---

67. *Ver en general* *Bush v. Gore*, 531 US 98, 144–58 (2000) (Breyer, J., disidente).

La decisión tanto de los redactores de la Constitución como del Congreso de 1886 de minimizar el papel de esta Corte en la resolución de elecciones presidenciales federales cerradas es tan sabia como clara. No importa cuán incómodo o difícil pueda ser para el Congreso resolver disputas electorales difíciles, el Congreso, al ser un cuerpo político, expresa la voluntad del pueblo con mucha más precisión que una Corte no elegida.<sup>68</sup>

El juez Breyer tiene ciertamente razón en que los autores parlamentarios de la Ley de Conteo Electoral consideraron pero rechazaron un papel de los tribunales federales en el proceso de realización del conteo electoral. Estaban decepcionados, o incluso enojados, por el papel que jugaron cinco jueces durante la disputa Hayes-Tilden, y no querían más participación judicial de ese tipo.<sup>69</sup> Tampoco hay ninguna razón para pensar que los autores de la Duodécima Enmienda previeron un papel para el poder judicial federal en la resolución de una disputa sobre el escrutinio de los votos electorales. Por lo tanto, a pesar de la fuerza del reclamo de los electores demócratas sobre los méritos subyacentes de su estatus de autoridad, sería exagerado decir que un tribunal federal les otorgaría el alivio judicial que (hipotéticamente) solicitan.

De manera similar, incluso si no existe una barrera absoluta para el alivio judicial federal en esta postura, es difícil imaginar al presidente del Tribunal Supremo Roberts queriendo llevar al poder judicial federal a intervenir en la disputa electoral. El problema es, en cierto sentido, inmaduro o prematuro. Hasta que ocurra la sesión conjunta del Congreso el 6 de enero, aún no ha habido ninguna acción en violación de la ley federal. Incluso si los expertos en noticias por cable y Twitter especulan sobre lo que puede suceder el 6 de enero, de hecho, incluso si el propio Mike Pence dice lo que va a hacer, hasta que suceda, no hay nada de qué quejarse. Cuando llegue el momento de contar los votos electorales de Pensilvania, tanto el Senado como la Cámara pueden acordar que son los electores demócratas los que deben contar, y Mike Pence, como presidente del Senado, puede aceptar ese resultado. en cuyo caso no hay base ni necesidad de una orden judicial federal. Dada esta posibilidad, y dada la inclinación a ejercitar lo que Bickel llamó las "virtudes pasivas",<sup>70</sup> parece inimaginable que una mayoría de la Corte Suprema bajo el liderazgo del presidente del Tribunal Supremo permita que un tribunal federal inferior ordene lo que debe suceder el 6 de enero. sesión conjunta antes de que esa sesión realmente ocurra.

---

68. Id. en 155.

69. Ver segundoASIGNAR segundoAtletas, supra nota 25, en 132–39 (discutiendo la historia que rodea a la disputa Hayes-Tilden).

70. Ver en general Alexander M. Bickel, Prólogo: Las virtudes pasivas, 75 HARV. L. REV. 40 (1961).

*C. Entre el 6 y el 20 de enero*

Las consideraciones se complican si el proceso del 6 de enero da un giro que a muchos les parece abusivamente ilegal. Para continuar con el mismo ejemplo, podemos imaginar que la Cámara de Representantes ha votado a favor de aceptar a los electores demócratas como autoritarios —a partir de la firma del gobernador, entre otros indicios— mientras que el Senado hace lo contrario. En lugar de fallar a favor de los demócratas, Pence como presidente del Senado invalida ambos certificados en conflicto. En este punto, los demócratas van directamente a la corte federal en busca de una orden judicial para revertir el fallo de Pence y declarar los votos de los electores demócratas como válidos de Pensilvania. ¿La Corte Suprema autoriza ahora este recurso judicial, aunque no lo haría antes del 6 de enero?

El caso de este decreto judicial es mucho más fuerte en esta postura, particularmente a medida que el calendario se acerca al 20 de enero con la situación sin resolver y tanto Trump como Pelosi anuncian que están preparados para asumir los poderes de comandante en jefe (en el caso de Pelosi) como presidente en funciones) al mediodía de ese día. Todavía queda la fuerza del disenso del juez Breyer en *Bush v. Gore*: que ni la Constitución ni la Ley de Conteo Electoral contemplan un papel para el poder judicial incluso en esta postura estancada. Pero el equilibrio de las acciones cambia cada vez más a favor de la intervención judicial a medida que continúa el conflicto, y la necesidad práctica de una respuesta se vuelve imperativa a medida que se acerca el 20 de enero.

Una forma de aumentar las probabilidades de una intervención judicial sería cambiar la naturaleza de la demanda. En lugar de un reclamo presentado por electores demócratas que buscan una orden judicial contra el presidente del Senado o el Congreso, imagine una demanda presentada por una persona cuyos derechos personales se verían afectados si Nancy Pelosi fuera la presidenta interina, en lugar de Donald Trump como presidente, a partir del mediodía el 20 de enero. Supongamos que Pelosi ha anunciado que justo al mediodía su primera orden ejecutiva como presidenta interina será permitir que las personas transgénero sirvan en el ejército, repudiando así la orden ejecutiva del presidente Trump en sentido contrario. Supongamos que una persona transgénero demanda, buscando el derecho a unirse al ejército con base en esta orden ejecutiva, asumiendo que Pelosi tendrá derecho a emitirla al mediodía.

Uno puede imaginar un tribunal federal adjudicando la validez de esta orden ejecutiva, a fin de decidir si concede al demandante la medida cautelar solicitada contra el Departamento de Defensa. Por lo general, este tipo de caso sería un ejercicio de rutina del poder judicial federal.

poderes bajo *Marbury v. Madison*.<sup>71</sup> En este caso, el caso se complica por el hecho de que la determinación de la validez de la orden ejecutiva requiere un pronunciamiento judicial sobre la cuestión federal de si Pelosi es, o será, presidente en funciones a partir del mediodía del 20 de enero. Pero se trata de una cuestión de derecho federal que la Corte debe considerar como parte del ejercicio de su jurisdicción ordinaria. No requiere que la Corte dicte una orden judicial directamente contra el presidente del Senado o Congreso, con respecto a la función específica de contar los votos electorales. Por lo tanto, es más fácil imaginar que la Corte emitirá este tipo de decreto judicial, que al menos instruiría a los militares sobre a quién obedecer como comandante en jefe a partir del mediodía del 20 de enero: Pelosi como presidente interino, o Trump como reinaugurada. .

Sin embargo, es importante señalar que este tipo de decreto judicial no es lo mismo que decirle a Pence y al Congreso qué hacer en virtud de la Ley de Conteo Electoral y / o la Duodécima Enmienda. Esto es potencialmente significativo. Si la demanda hipotética presentada por los electores demócratas tuviera éxito, tendría como consecuencia que la candidata demócrata (en este hipotético, Elizabeth Warren) fuera declarada presidenta electa. En otras palabras, si el Tribunal ordenó al presidente del Senado que aceptara los votos electorales de Pensilvania que llevaran el certificado del gobernador, entonces, asumiendo que esos 20 votos electorales están a favor de Warren y marcan la diferencia en el resultado del Colegio Electoral, este El decreto daría lugar a que Warren preste juramento como presidente en virtud de la Duodécima Enmienda.

Por el contrario, si la Corte adopta el punto de vista del Juez Breyer y se niega a emitir una orden judicial sobre el escrutinio electoral directamente, pero la Corte acepta la propuesta de que Nancy Pelosi se convierta en presidenta interina mientras el escrutinio electoral permanezca inconcluso sin la participación institucional de la Cámara de Representantes en el procedimiento de la Duodécima Enmienda, la consecuencia es que Pelosi se convierta en presidente interino, en lugar de que Warren se convierta en presidente. Esa distinción podría llegar a ser significativa de muchas maneras, no sólo en las superficiales iniciales.

Además, dependiendo de cómo la Corte considere su papel, su participación podría no estar relacionada con los “méritos” de la elección presidencial en sí. Este punto surge si comparamos las versiones de Pennsylvania y Arizona del hipotético que hemos estado considerando. La distinción entre los dos escenarios puede ser extremadamente significativa para determinar la correcta

---

71. *Ver en general* *Marbury contra Madison*, 5 US 137 (1803) (que establece el concepto ahora ampliamente aceptado de revisión judicial).

aplicación de la Ley de Conteo Electoral, especialmente si se considera que el certificado del gobernador es determinante bajo la interpretación correcta del estatuto. Pero ese punto sobre el significado apropiado de la Ley de Conteo Electoral puede ser irrelevante si la Corte está decidiendo, no lo que Pence o el Congreso deben hacer bajo la interpretación adecuada de ese estatuto, sino si hay o no un presidente en funciones que se dé únicamente el valor bruto. hecho de que el conteo de votos electorales bajo la Duodécima Enmienda permanece incompleto debido a la no participación institucional de la Cámara de Representantes. La Cámara puede estar completamente injustificada bajo la Ley de Conteo Electoral por la posición que toma, pero si el Tribunal no tiene poder para controlar el procedimiento de la Duodécima Enmienda y solo tiene el poder para declarar la consecuencia de que esté incompleto,

La contemplación de esta posibilidad solo subraya lo señalado anteriormente: sería mucho mejor si el Congreso, antes de las elecciones, eliminara, en la medida de lo posible, las ambigüedades que existen en el proceso de la Ley de Conteo Electoral para disminuir la probabilidad de que surjan algunos de estos escenarios difíciles.

#### CONCLUSIÓN

Debemos esperar que nada de lo que se describe en este artículo se cumpla. En cambio, la nación estará bien servida si el resultado de las elecciones presidenciales de 2020 es tan desigual que sea imposible disputarlo. Incluso si el presidente Trump se inclinara a resistir un resultado que todos los demás, incluidos todos los senadores republicanos aceptan, le sería imposible aferrarse al poder mientras el Congreso concluya de manera concluyente que su oponente es el ganador. El ejército de Estados Unidos reconocerá al oponente de Trump como el nuevo comandante en jefe una vez que el Congreso declare con autoridad este resultado electoral, y cualquier protesta de Trump en sentido contrario será completamente ineficaz.

El problema ocurriría, si lo hace, cuando las dos cámaras del Congreso no se pongan de acuerdo sobre qué candidato ganó las elecciones presidenciales. Es poco probable que este tipo de desacuerdo se desarrolle a menos que suceda algo que dé a los republicanos y demócratas en el Congreso una base plausible para disputar el resultado. Pero una premisa clave de este artículo es que no se necesitaría una calamidad extraordinaria, como un ciberataque extranjero, para que existan condiciones que permitan a los partidarios disputar el resultado. En cambio, una disputa que envuelva al Congreso podría surgir de una situación tan rutinaria como el tipo de “cambio azul” descrito al principio.

Dada esta posibilidad, es verdaderamente irresponsable que el Congreso no haya intentado eliminar, antes de las elecciones de 2020, la

ambigüedades que plagan la Ley de Conteo Electoral. El propósito del estatuto es manejar la circunstancia en la que el Congreso está dividido sobre el resultado de una elección presidencial. Pero el estatuto es lamentablemente inadecuado para su propósito previsto. Si el Congreso no soluciona esta insuficiencia antes de que se emitan las boletas, entonces la nación tendrá que hacer frente lo mejor que pueda si las dos cámaras del Congreso no están de acuerdo cuando se reúnan el 6 de enero de 2021 para declarar oficialmente el resultado de las elecciones de 2020. Y cuanto más parezca que el Congreso es incapaz de resolver este desacuerdo antes del mediodía del 20 de enero, cuando el nuevo presidente será investido, más será necesario que la Corte Suprema resuelva el asunto nuevamente, a pesar de las reticencias que pueda tener. para una repetición de su papel en 2000.

#### APÉNDICE

*Debido a que el cuerpo de este artículo está escrito en forma de escenarios narrativos, este Apéndice se incluye para proporcionar un análisis más convencional de las disposiciones legales relevantes.*

##### *A. Texto de la Ley de Conteo Electoral*

3 USC § 15 es muy extenso y es mejor considerarlo en trozos. Empieza de forma sencilla:

El Congreso se reunirá el seis de enero después de cada reunión de electores. El Senado y la Cámara de Representantes se reunirán en el Salón de la Cámara de Representantes a la 1 de la tarde de ese día, y el Presidente del Senado será su presidente.

También reconoce el hecho de que el Congreso puede recibir presentaciones de "supuestos" votos electorales de dudoso estatus, y que esta sesión conjunta especial considerará a cada estado en orden alfabético:

Previamente se nombrarán dos escrutadores por parte del Senado y dos por parte de la Cámara de Representantes, a quienes se entregarán, a medida que sean abiertos por el Presidente del Senado, todos los certificados y papeles que pretendan ser certificados de los votos electorales, cuyos certificados y papeles se abrirán, presentarán y actuarán en el orden alfabético de los Estados, comenzando por la letra A; y dichos escrutadores, habiendo leído lo mismo en presencia y audiencia de las dos Cámaras, harán una lista de los votos tal como resulten de dichos certificados. . . .

En este punto, el lenguaje del estatuto comienza a volverse un poco opaco: [Y] ndo los votos comprobados y contados de acuerdo con las reglas de este subcapítulo dispuesto, el resultado de los mismos será entregado al Presidente del Senado, quien a continuación anunciará el estado de la votación, cuyo anuncio se considerará una declaración suficiente de las personas, si las hubiera, presidente y vicepresidente electos



de los Estados Unidos y, junto con una lista de los votos, se inscribirá en los Diarios de las dos Casas.

Supongo que el pasaje inmediatamente anterior es bastante sencillo cuando no hay disputa: se contarán los votos y se anunciará el resultado. Pero cuando hay una disputa, el resto de este estatuto prevé un trineo bastante rudo. Por supuesto, la existencia de una disputa será evidente si se plantea en la sesión conjunta:

Tras la lectura de dicho certificado o documento, el Presidente del Senado solicitará objeciones, si las hubiera. Toda objeción se hará por escrito, y se hará constar de forma clara, concisa y sin argumento el fundamento de la misma, y será firmada por al menos un Senador y un Diputado antes de recibir la misma.

Una vez que existe este tipo de objeción, la característica estructural clave del proceso es que se supone que las dos cámaras del Congreso, el Senado y la Cámara, deliberan sobre la objeción por separado; no se tomará ninguna decisión en la sesión conjunta conjunta de los dos órganos:

Cuando todas las objeciones así hechas a cualquier voto o documento de un Estado hayan sido recibidas y leídas, el Senado se retirará inmediatamente y dichas objeciones serán sometidas al Senado para su decisión; y el Portavoz de la Cámara de Representantes deberá, de igual manera, someter tales objeciones a la Cámara de Representantes para su decisión. . . .

Es la consecuencia de decisiones potencialmente divergentes del Senado y la Cámara que podrían causar problemas, porque es necesario saber qué sucede si el Senado y la Cámara no están de acuerdo sobre una objeción de esta naturaleza y cuándo.

En este punto, el estatuto bifurca su consideración de la situación dependiendo de si hay una o más “devolución” de votos electorales presentados para un estado. Si solo hay una declaración de este tipo, el estatuto establece:

No se rechazará ningún voto electoral o votos de cualquier Estado que hayan sido regularmente emitidos por electores cuyo nombramiento haya sido legalmente certificado de acuerdo con el artículo 6 de este título del que se haya recibido una sola respuesta, pero las dos Cámaras podrán simultáneamente rechazar la Voto o votos cuando acuerden que dicho voto o votos no han sido emitidos con tanta regularidad por electores cuyo nombramiento así se certifica.

Este pasaje suscita inmediatamente algunas preguntas: por ejemplo, ¿qué significa “dado regularmente”? ¿Qué hace la referencia cruzada a 3 USC

§ 6 implica? Resulta que esta última cuestión puede manejarse con bastante facilidad. La Sección 6 establece que el "ejecutivo" de cada estado, presumiblemente el gobernador, debe entregar a los electores del estado, así como al "Archivero de los Estados Unidos", copias oficiales "bajo el sello del Estado" de un documento, llamado "certificado de verificación", que muestra que esos electores son las personas debidamente designadas como electores del estado "bajo

y de conformidad con las leyes de dicho Estado ". Este certificado de verificación debe incluir, en la medida en que sea aplicable, "el número de votos [populares] dados o emitidos por cada persona para cuyo nombramiento se hayan dado o emitido todos y cada uno de los votos". La sección 6 incluso establece que, en caso de disputa sobre el nombramiento de los electores de un estado, el "ejecutivo" del estado debe enviar al archivero un certificado adicional que muestre la "determinación final" de la "controversia o concurso" de acuerdo con las leyes del Estado. Por lo tanto, esta aprobación del estatuto contempla que podría haber disputa sobre una sola "devolución" de votos electorales de un estado, pero parece bastante claro que esta única devolución debe ser aceptada como válida: "sin voto electoral". . . será rechazada ", a menos que ambas cámaras del Congreso acuerden rechazar esa declaración (y sus votos electorales) por inválida. Si bien ninguna de las cámaras debería rechazar los votos electorales de esta única vuelta a menos que "no se hayan dado con tanta regularidad", en la práctica no parece que hubiera una diferencia si hubiera confusión o desacuerdo sobre lo que "se da regularmente" medio. Si ambas cámaras determinan independientemente que no se otorgan con regularidad, entonces esos votos electorales son rechazados. Si una cámara piensa que se otorgan regularmente, mientras que la otra no, entonces esos votos electorales deben ser aceptados y contados cuando se reanude la sesión conjunta. "En la práctica, no parece que hubiera una diferencia si hubiera confusión o desacuerdo sobre lo que significa" dado regularmente ". Si ambas cámaras determinan independientemente que no se otorgan con regularidad, entonces esos votos electorales son rechazados. Si una cámara piensa que se otorgan regularmente, mientras que la otra no, entonces esos votos electorales deben ser aceptados y contados cuando se reanude la sesión conjunta. "En la práctica, no parece que hubiera una diferencia si hubiera confusión o desacuerdo sobre lo que significa" dado regularmente ". Si ambas cámaras determinan independientemente que no se otorgan con regularidad, entonces esos votos electorales son rechazados. Si una cámara piensa que se otorgan regularmente, mientras que la otra no, entonces esos votos electorales deben ser aceptados y contados cuando se reanude la sesión conjunta.

Es ahora, cuando el estatuto comienza a abordar la posibilidad de que el Congreso reciba múltiples devoluciones de votos electorales del mismo estado, cuando realmente comienza el difícil terreno interpretativo:

Si el Presidente del Senado hubiera recibido más de una planilla o documento que pretenda ser una planilla de un Estado, se contabilizarán aquellos votos, y únicamente aquellos que hayan sido entregados regularmente por los electores que sean presentados por el determinación mencionada en el apartado 5 de este título de haber sido nombrado, si se hubiere hecho la determinación en dicho apartado previsto, o por tales sucesores o sustitutos, en caso de que se constate una vacante en la junta de electores, según hubiere sido designado para cubrir dicha vacante en la modalidad prevista por las leyes del Estado. . . .

Esta parte del estatuto, por su referencia cruzada a 3 USC § 5 (que es la llamada disposición de "puerto seguro"), parece requerir el recuento de cualquier devolución, y solo esa única devolución, que cumpla con Safe

2019] Preparación para una elección presidencial en 359  
Estado portuario, como se define en 3 USC § 5. La última cláusula de esta parte reconoce la posibilidad de que los electores que emitan los votos electorales de un estado puedan ser "sucesores o sustitutos" de aquellos cuyo nombramiento cumplió con el estado de puerto seguro; pero podemos dejar de lado esta calificación de "sucesores o sustitutos". El punto clave es la identificación de qué "retorno" de votos electorales, entre múltiples del mismo estado, es el único que cumple (si lo hace) con el estatus de Puerto Seguro.

Para recordar (como muchos pueden recordar estos puntos de *Bush v. Gore*), hay dos componentes clave para cumplir con el estado de Safe Harbor de acuerdo con 3 USC § 5. El primero es un prerequisite de tiempo que ha sido denominado el "Safe Harbor Deadline": la "determinación final de cualquier controversia o contienda relativa al nombramiento de todos o cualquiera de los electores de dicho Estado" debe ocurrir "al menos seis días antes de la hora fijada para la reunión de los electores". En 2020, la fecha límite de Safe Harbor es el martes 8 de diciembre. Dada la forma en que el Congreso ha estructurado la relación entre el día de las elecciones en noviembre y la reunión de los electores en diciembre, la fecha límite de Safe Harbor cae exactamente cinco semanas después del día de las elecciones, que en 2020 es el martes 3 de noviembre.

El segundo prerequisite crucial para el estatus de puerto seguro bajo 3 USC § 5 es que esta "determinación final" de cualquier disputa sobre el nombramiento de los electores de un estado debe hacerse "de conformidad" con las "leyes promulgadas antes del día fijado para el nombramiento de los electores", es decir, promulgadas antes del día de las elecciones (en 2020, 3 de noviembre). No es suficiente cumplir con el plazo de puerto seguro con la resolución de la disputa. Si la base de la resolución es una nueva ley adoptada después del día de las elecciones, entonces la resolución no logra el estado de puerto seguro incluso si la resolución ocurre antes del 8 de diciembre.

Pero si se satisfacen ambos prerequisites clave, parece deducirse que la devolución de los votos electorales del estado que encarna este cumplimiento de dos partes es la devolución controladora del estado, que debe ser contada por el Congreso con exclusión de cualquier otra devolución contradictoria del mismo estado. Esta consecuencia parece estar impuesta por el lenguaje explícito de 3 USC § 5 y 3 USC § 15. La Sección 5 establece que una "determinación final" que cumpla con los dos requisitos previos de Safe Harbor "será concluyente y regirá en el recuento de los votos electorales en los términos previstos en la Constitución y en lo que en adelante se reglamenta, en lo que se refiere a la constatación de los electores nombrados por dicho Estado". Y El § 15, como se establece anteriormente, dice que "se contarán aquellos votos, y sólo aquellos, que hayan sido entregados regularmente por" aquellos electores cuyo nombramiento cumpla con el estatus de Puerto Seguro. Por lo tanto, ambas cámaras del Congreso parecen obligadas a contar la única declaración (si hay más de una presentada) que cumple con Safe Harbor.

El problema surge, sin embargo, si las dos cámaras del Congreso pretenden estar en desacuerdo sobre qué retorno (si lo hay), entre múltiples retornos, ha alcanzado el estatus de Puerto Seguro. Este desacuerdo puede ser sincero o puede ser un pretexto basado en posturas partidistas de un lado o del otro. Cualquiera que sea el caso, existe la pregunta aguda: ¿qué hacer si las dos cámaras del Congreso anuncian institucionalmente un desacuerdo sobre cuál, si alguno de los resultados múltiples, cumple con Safe Harbor? Es en esto

punto crucial en el que la ambigüedad del estatuto se vuelve especialmente irritante y angustiante:

[P] ero en caso de que surja la cuestión de cuál de dos o más de las autoridades estatales que determinan qué electores han sido nombrados, como se menciona en la sección 5 de este título, es el tribunal legítimo de dicho Estado, los votos emitidos regularmente por aquellos. Se contarán los electores, y sólo aquellos, de dicho Estado cuyo título de electores las dos Cámaras, actuando separadamente, decidan concurrentemente, está respaldado por la decisión de dicho Estado así autorizado por su ley. . . .

Esta parte del estatuto parece estipular que, si más de una declaración de un estado reclama el estado de Safe Harbor, ninguna puede contar a menos que ambas cámaras del Congreso acuerden cuál es la declaración única que realmente tiene derecho al estado de Safe Harbor. Las palabras dicen "sólo" los votos electorales "serán contados" que fueron emitidos por los electores "las dos Cámaras, actuando por separado, al mismo tiempo decidirán que está respaldada por la decisión de dicho Estado autorizado por su ley", es decir, en cumplimiento con la Caja Fuerte Requisitos previos del puerto.

Sin embargo, hay más en el estatuto y complica horriblemente el asunto. La siguiente cláusula proporciona:

[Y] en tal caso de más de una declaración o documento que pretenda ser una declaración de un Estado, si no ha habido tal determinación de la cuestión en el Estado antes mencionado, entonces esos votos, y solo esos, serán contados. que las dos Cámaras decidirán concurrentemente fueron emitidas por electores legítimos designados de conformidad con las leyes del Estado, a menos que las dos Cámaras, actuando por separado, decidan al mismo tiempo que tales votos no son votos legítimos de los electores legalmente designados de dicho Estado.

Esta cláusula parece abordar la circunstancia en la que ninguna devolución de un estado reclama el estado de puerto seguro, pero aún queda la pregunta de cuál de las múltiples declaraciones, si es que hay alguna, debería contarse en el Congreso. La cláusula parece decir que en esta circunstancia la única devolución que puede contarse es la aceptada como válida por ambas cámaras del Congreso. La cláusula, de manera bastante confusa, parece distinguir entre el nombramiento válido de electores y los votos válidos emitidos por electores nombrados válidamente, reconociendo que las dos cámaras del Congreso (al menos en teoría) podrían estar de acuerdo en que los electores debidamente nombrados podrían, por alguna razón, emitir votos ilegales (tal vez sobornado), o que los supuestos retornos de electores indiscutiblemente válidos eran brebajes fraudulentos. Pero una vez que se aclara ese poco de confusión,

Pero, espera, hay más (para invocar el espíritu de la interpretación inmortal de Marisa Tomei en "My Cousin Vinny"). Inmediatamente después de la cláusula recién considerada, 3 USC § 15 comienza una nueva oración:

Pero si las dos Cámaras discreparan en el cómputo de dichos votos, entonces, y en tal caso, se computarán los votos de los electores cuyo nombramiento haya sido certificado por el ejecutivo del Estado, bajo su sello.

La pregunta problemática es cómo se relaciona esta nueva oración con lo que la precedió. Parece contradecir todo lo que viene antes en la medida en que esas cláusulas anteriores parecían requerir que ambas cámaras del Congreso estuvieran de acuerdo para que uno de los varios resultados en disputa cuente. Ahora parece que, si las dos cámaras del Congreso no están de acuerdo, entonces se contará la devolución de los votos electorales de un estado (si los hubiera) emitidos por electores "cuyo nombramiento habrá sido certificado por el ejecutivo del estado", es decir gobernador.

Una posibilidad conceptual es que esta nueva oración opere sobre la cláusula inmediatamente anterior, la que se refiere a qué hacer cuando se afirma que ninguna de las declaraciones múltiples tiene el estado de puerto seguro. La otra posibilidad conceptual es que esta nueva oración opere sobre todas las cláusulas anteriores que involucran múltiples declaraciones, tanto cuando ninguna reclama el estatus de Puerto Seguro como cuando más de uno así lo reclama. Dada la separación de esta nueva oración de la que la precede por un punto en lugar de un punto y coma, se puede argumentar, como ha sido, que esta puntuación es motivo para favorecer la última interpretación más amplia, a saber, que la nueva oración afecta a ambas circunstancias, y no solo la situación en la que ninguna de las múltiples devoluciones reclama el estado de puerto seguro. Pero cualquiera que sea la fuerza de este argumento interpretativo basado solo en el texto del estatuto, el hecho es que el texto no es lo suficientemente claro como para descartar la posibilidad de interpretaciones alternativas. Y, lo que es especialmente problemático, es que la literatura existente sobre este punto contiene defensores de interpretaciones contradictorias.

### *B. Interpretaciones existentes de 3 USC § 15*

En 1961, un profesor de derecho llamado Kinvin Wroth (que luego fue decano de dos facultades de derecho diferentes, la Universidad de Maine y la Universidad de Vermont) escribió un artículo de revisión de leyes sobre la interpretación de la Ley de Conteo Electoral. En este artículo, Wroth asumió la posición de que, según la interpretación adecuada de 3 USC § 15, la certificación del gobernador no controlaba la situación específica en la que dos retornos pretenden reclamar el estado de puerto seguro.<sup>72</sup> En cambio, según Wroth, en esta situación "no el voto del estado se cuenta".<sup>73</sup> El razonamiento de Wroth era que el

---

72. Ver Wroth, *supra* nota 52, en 343 ("Si las Cámaras no pueden ponerse de acuerdo sobre la determinación autorizada, o, si, como en el caso de Louisiana en 1873, están de acuerdo en que ninguna determinación fue autorizada, se aplica el principio de la Vigésima Segunda Regla Conjunta y no hay voto de el estado en cuestión se cuenta. Este resultado sigue sin importar la acción del gobernador. ").

73. *Carné de identidad*.

la certificación solo puede ser "prueba" de que una devolución tiene el estado de puerto seguro; la certificación del gobernador no puede otorgar a la devolución el estado de puerto seguro. Por lo tanto, si dos (o más) declaraciones pretenden tener el estado de Puerto Seguro, pero las dos Cámaras del Congreso no pueden ponerse de acuerdo sobre cuál, entonces ninguna declaración (o ninguna de ellas) es capaz de tener un estado superior y cada declaración debe ser rechazada. En las propias palabras de Wroth: "Si la decisión del tribunal autorizado no puede ser emitida, entonces no hay declaración válida para que el gobierno la certifique".<sup>74</sup> Por el contrario (según la interpretación de Wroth del estatuto), si ninguna declaración reclama el estado de puerto seguro, entonces el certificado del gobernador está en condiciones de transmitir qué retorno del estado es autorizado.

En 2001, mientras el Congreso se preparaba para recibir los votos electorales en las elecciones presidenciales de 2000, un informe del Servicio de Investigación del Congreso (CRS) adoptó la visión de Wroth sobre el estatuto, citando y citando extensamente el artículo de Wroth.<sup>75</sup> El informe de CRS agregó más argumentos de propia, alegando que la historia legislativa de la Ley de Conteo Electoral apoyaba la interpretación de Wroth. Los informes de CRS citan a un senador que jugó un papel particularmente influyente en la redacción del estatuto: "En los debates y el informe final del Comité de la Conferencia, está claro que la disposición para el certificado del gobernador para controlar en el desacuerdo de las Cámaras fue aplicar sólo en el caso de declaraciones dobles sin una determinación estatal".<sup>76</sup> El informe de CRS agrega su propia glosa a este punto: "parece que la intención [legislativa] fue. . .

Sin embargo, en 2004, un profesor de derecho diferente, Stephen Siegel, escribió un extenso artículo de revisión de leyes que contradecía la interpretación de Wroth-CRS y en su lugar argumentó que el certificado del gobernador controla siempre que las dos Cámaras del Congreso no estén de acuerdo sobre múltiples declaraciones del mismo estado, incluyendo cuando las dos cámaras no se ponen de acuerdo sobre cuál de las declaraciones múltiples que reclaman el estado de puerto seguro es el que tiene derecho a ese estado.<sup>78</sup> Siegel basó su interpretación alternativa tanto en la puntuación del texto del estatuto: el punto, en lugar del punto y coma, era una fuerte indicación (en su opinión) que la nueva oración relativa a la

---

74. *Carné de identidad*.

75. *Ver en general* Memorando del Servicio de Investigación del Congreso, nota supra 52, a las 9; Wroth, supra nota 52, en 344-45 (afirmando que cuando múltiples presentaciones de votos electorales del mismo estado reclaman protección de "puerto seguro", ninguna puede contarse a menos que ambas cámaras del Congreso acuerden qué presentación tiene derecho a este estado de "puerto seguro").

76. Memorando del Servicio de Investigación del Congreso, nota supra 52, en 10 n. 32.

77. *Carné de identidad*, a las 11.

78. *Ver en general* Siegel, supra nota 50.

El certificado del gobernador se aplicó a toda la oración anterior, y no solo a su cláusula final, así como a su propia visión diferente de la historia legislativa del estatuto. Basado en su análisis exhaustivo de lo que reconoció como un expediente legislativo extenso y complicado, que involucró una década de debate entre la disputada elección de Hayes-Tilden de 1876 y la eventual promulgación del estatuto en 1887, Siegel argumentó que el compromiso final se esforzó por minimizar las circunstancias en las que un estado no tendría los votos electorales contados debido a un desacuerdo entre las dos cámaras del Congreso sobre las cuales, de múltiples resultados, deberían contarse. Dada esta preferencia del Congreso por contar al menos algo de un estado siempre que sea posible, el compromiso del Congreso se resolvió en convertir el certificado del gobernador en el desempate en todas las circunstancias en las que las dos cámaras del Congreso no estuvieran de acuerdo sobre cuál de las múltiples declaraciones del mismo estado contar. En las propias palabras de Siegel: “[E]l certificado del gobernador como un seguro a prueba de fallas para evitar la privación del derecho al voto del estado fue una elección muy consciente, aunque controvertida. Sin él, el ECA no habría sido aprobado. . . .

[G] despotricar al gobernador del estado sobre su autoridad de desempate fue claramente la elección que tomó el Congreso”.<sup>79</sup> Una pregunta a considerar es si es posible desarrollar un consenso académico no partidista antes de noviembre de 2020 sobre si Siegel o Wroth-CRS tiene el mejor de este debate interpretativo y, por tanto, si al menos esta fuente potencial de disputa puede dejarse de lado.

### C. Otras ambigüedades con respecto a 3 USC § 15

Incluso si el debate entre Siegel y Wroth-CRS pudiera resolverse, aún existen otras incertidumbres con respecto a la aplicación del 3 USC 15. Aquí hay dos que vale la pena considerar:

Primero, la corte suprema de un estado resuelve definitivamente una disputa sobre el nombramiento de los electores de un estado antes de la fecha límite de Safe Harbor, lo que aparentemente les da a estos electores el estatus de Safe Harbor, pero el gobernador del estado no certifica este nombramiento. En cambio, la legislatura del estado pretende invalidar la corte suprema del estado y nombrar un grupo diferente de electores, y el gobernador certifica este grupo designado por el legislativo. No hay pretensión de que los electores nombrados legislativamente tengan el estatus de puerto seguro, pero existe la duda de si el acto legislativo priva a la decisión de la corte suprema del estado de su autoridad bajo la ley estatal. ¿Qué requiere 3 USC § 15 en este caso? ¿Qué pasa si la Cámara quiere contar un conjunto de votos electorales (los respaldados por la decisión judicial),

---

79. Id. en 633.



No obstante el debate entre Siegel y Wroth-CRS, ¿se trata de una instancia en la que controla el certificado del gobernador, o en cambio que no se puede contabilizar ninguna devolución (o que debe contarse la que respalda la decisión judicial, sin perjuicio del desacuerdo entre las dos cámaras, porque es la única devolución con capacidad para el estado de puerto seguro)?

En segundo lugar, antes de la fecha límite de Safe Harbor, el gobernador certifica el nombramiento de los electores del estado después de completar los procedimientos estatales para contar el voto popular del estado, pero después de que haya pasado la fecha límite de Safe Harbor (pero antes de la reunión de los electores del estado), evidencia se descubre que el resultado certificado previamente es incorrecto (tal vez fue un fraude de voto ausente, como en el distrito del Congreso de Carolina del Norte en 2018, o alguna forma de ciberataque extranjero, o alguna otra causa). La corte suprema del estado anula la certificación anterior y declara al grupo opositor de electores como el verdadero ganador del voto popular del estado, y el gobernador certifica este nuevo resultado. Pero el Congreso ha recibido ambos certificados de gobernador, y el partido favorecido por el primero argumenta que es el único válido porque es el único con estatus de puerto seguro. ¿Qué requiere 3 USC § 15 en esta situación? Y si la Cámara y el Senado no están de acuerdo, ¿qué pasa dado que ambas declaraciones tienen el certificado de gobernador?

*D. ¿La consecuencia de no contar los votos electorales de un estado?*

Supongamos que, debido a un ciberataque o de otro modo, se determina de conformidad con 3 USC § 15, que un estado no ha designado a ningún elector y, por lo tanto, no tiene votos electorales válidos para contar. ¿Cómo se debe considerar ese estado en el cálculo de si algún candidato ha ganado una “mayoría” de votos electorales, como lo requiere la Duodécima Enmienda? La enmienda establece: "la persona que tenga el mayor número de votos para presidente será el presidente, si dicho número es la mayoría del número total de electores nombrados". Normalmente, el número necesario para una mayoría es 270 porque 538 es el número total de electores a nivel nacional. Pero si un estado opta por no participar, entonces presumiblemente su número se restará del denominador de 538. ¿Ocurre lo mismo si el Estado quisiera participar pero se le impidió hacerlo debido a un ciberataque? ¿Y si el estado pensara que nombró electores, pero hubo una disputa sobre este nombramiento, con la consecuencia de que el Congreso se negó a contar los votos electorales del estado? ¿Esta última situación es igual a un ciberataque que impide el nombramiento, o diferente a los efectos de calcular el denominador de la Duodécima Enmienda? En otras palabras, ¿este tema del denominador es unitario o es variable dependiendo de las circunstancias particulares que causan problemas con el nombramiento de los electores de un estado? Y, de manera relacionada, ¿y si el con la consecuencia de que el Congreso se negó a contar los votos electorales del estado? ¿Esta última situación es igual a un ciberataque que impide el nombramiento, o diferente a los efectos de calcular el denominador de la Duodécima Enmienda? En otras palabras, ¿este tema del denominador es unitario o es variable dependiendo de las

circunstancias particulares que causan problemas con el nombramiento de los electores de un estado? Y, de manera relacionada, ¿y si el con la consecuencia de que el Congreso se negó a contar los votos electorales del estado? ¿Esta última situación es igual a un ciberataque que impide el nombramiento, o diferente a los efectos de calcular el denominador de la Duodécima Enmienda? En otras palabras, ¿este tema del denominador es unitario o es variable dependiendo de las circunstancias particulares que causan problemas con el nombramiento de los electores de un estado? Y, de manera relacionada, ¿y si el

El Senado y la Cámara discrepan sobre cómo manejar este tema; ¿Existe algún mecanismo para determinar una respuesta en caso de divergencia bicameral en este punto?

*E. ¿Finalización o no finalización del conteo electoral?*

Dado que 3 USC § 15 requiere que el proceso de conteo considere un estado a la vez en orden alfabético, ¿qué sucede si el Congreso parece estar estancado en un estado en particular (antes de que cualquier candidato haya alcanzado una mayoría indiscutible de todos los votos electorales en el conteo)? ¿Tiene el vicepresidente de los Estados Unidos, como presidente del Senado y, por lo tanto, como funcionario que preside el procedimiento especial de conteo electoral en virtud de la Duodécima Enmienda y 3 USC § 15, la autoridad constitucional o estatutaria para insistir en que se complete el conteo de manera oportuna? (antes del mediodía del 20 de enero), ¿si las dos cámaras del Congreso permanecieran envueltas en una disputa sobre un estado en particular?

Hay varias disposiciones de la Ley de Conteo Electoral que tratan de hacer avanzar el conteo, para que no se atasque ni se atasque. 3 USC § 15 en sí mismo establece: "Cuando las dos Cámaras hayan votado, se reunirán de nuevo inmediatamente, y el oficial que preside anunciará la decisión de las preguntas presentadas". Esta disposición parece autorizar al vicepresidente a hacer algunos pronunciamientos definitivos a la luz del desacuerdo entre las dos cámaras. Pero el alcance de la autoridad del vicepresidente no está claro a este respecto. Y la siguiente (y última) oración de 3 USC § 15 podría decirse que se opone a permitir que el vicepresidente tome el siguiente estado si hay asuntos sin resolver relacionados con el estado bajo consideración inmediata:

La siguiente sección del Código de los Estados Unidos, 3 USC § 16, contiene disposiciones adicionales diseñadas para lograr una finalización oportuna del conteo electoral:

Dicha reunión conjunta no se disolverá hasta que se complete el conteo de los votos electorales y se declare el resultado; y no se tomará ningún receso a menos que haya surgido una cuestión con respecto al recuento de dichos votos, o de otra manera en virtud de este subcapítulo, en cuyo caso será competente para cualquiera de las Cámaras, actuando por separado, de la manera aquí prevista, para dirigir un receso. de dicha Casa no más allá del siguiente día calendario, excepto el domingo, a las 10 de la mañana. Pero si el escrutinio de los votos electorales y la declaración del resultado no se hubieren completado antes del quinto día calendario siguiente a dicha primera reunión de las dos Cámaras, ninguna de las Cámaras tomará más receso ni ningún otro receso.

Y, en la misma línea, la siguiente sección, 3 USC § 17, establece:

Cuando las dos Cámaras se separen para decidir sobre una objeción que se haya hecho al escrutinio de cualquier voto o votos electorales de cualquier Estado, u otra cuestión que surja en el asunto, cada Senador y Representante podrá hablar sobre dicha objeción o cuestión durante cinco minutos, y no más de una vez; pero después de que dicho debate haya durado dos horas, será deber del presidente de cada Cámara plantear la cuestión principal sin más debate.

Quizás lo más significativo es que la siguiente sección, 3 USC § 19, establece: Mientras las dos Cámaras estén reunidas según lo dispuesto en este capítulo, el Presidente del Senado tendrá poder para preservar el orden; y no se permitirá ningún debate y el oficial que preside no planteará ninguna pregunta, excepto a cualquiera de las Cámaras sobre una moción para retirarse.

Esta disposición, más que cualquier otra, parecería facultar al vicepresidente para hacer avanzar los procedimientos si se estancan debido a un desacuerdo entre el Senado y la Cámara. Aun así, “el poder de preservar el orden” no es exactamente lo mismo que el poder de emitir un juicio final y definitivo sobre una disputa consecuente de interpretación legal; y si la Cámara de Representantes insiste en que los votos electorales de un estado deben contarse, mientras que el Senado insiste en que deben ser rechazados, y si 3 USC § 15 no está claro en sí mismo sobre las consecuencias de esta disputa bajo las circunstancias particulares (tal vez sea la situación en la que ambos retornos tienen el certificado del gobernador); entonces está claro que el vicepresidente puede anunciar unilateralmente una posición sobre el asunto e insistir en mudarse en el siguiente estado? Si la Cámara de Representantes se niega a pasar al siguiente estado, porque no considera resuelto el estado anterior (a pesar del pronunciamiento del vicepresidente), ¿es parte de la autoridad del vicepresidente "preservar el orden" insistir en que el conteo continúe? con el próximo estado?

#### *F. ¿La relevancia de la vigésima enmienda?*

La Vigésima Enmienda parece contemplar la posibilidad de que el escrutinio de los votos electorales sea incompleto y por lo tanto no haya un presidente electo ni un vicepresidente electo al mediodía del 20 de enero, cuando vencen los mandatos del anterior presidente y vicepresidente. y, por lo tanto, se necesitaría un presidente en funciones para ser identificado en un estatuto promulgado por el Congreso:

Si un presidente no ha sido elegido antes del tiempo fijado para el comienzo de su mandato, o si el presidente electo no ha cumplido los requisitos, entonces el vicepresidente electo actuará como presidente hasta que un presidente haya calificado; y el Congreso podrá por ley prever el caso en el que ni un Presidente electo ni un Vicepresidente electo hayan calificado, declarando quién actuará entonces como Presidente, o la manera en que se seleccionará uno que actuará, y dicha persona

actuará en consecuencia hasta que un presidente o vicepresidente haya calificado.

Pero, ¿qué pasa si hay un debate sobre si existe o no la situación en la que “no se habrá elegido un presidente”? Supongamos que la Cámara de Representantes piensa que el conteo electoral permanece incompleto debido a una disputa insoluble y, por lo tanto, en su opinión, la situación requiere un presidente en funciones hasta que se resuelva la disputa, mientras que el vicepresidente saliente (antes del mediodía del 20 de enero) cree que el El escrutinio electoral ha concluido a pesar de la objeción de la Cámara, por lo que el presidente electo declarado tiene derecho a todos los poderes del cargo a partir del inicio del nuevo mandato. ¿La Constitución, debidamente interpretada, proporciona una respuesta sobre si la situación involucra a un presidente en funciones, como sostiene la Cámara, o un presidente electo, como sostiene el vicepresidente saliente?

Relacionado, si existiera la situación al mediodía del 20 de enero de dos reclamos simultáneos al estatus de comandante en jefe, uno del presidente anteriormente en ejercicio que afirma haber sido declarado reelegido por el vicepresidente saliente, y el otro del Presidente de la Cámara que afirma asumir el estatus de presidente interino dada la declaración de la Cámara de que no hay presidente electo porque el conteo electoral permanece en disputa e incompleto: ¿los oficiales militares, incluidos los responsables del control de armas nucleares, desean obedecer el comandante en jefe legítimo sabe cómo decidir quién es el comandante en jefe legítimo?