

**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA**
FACULTAD DE DERECHO
POSGRADO EN DERECHO



EL JUICIO DE IGUALDAD.
UNA HERRAMIENTA AUSENTE
EN LA ARGUMENTACION DEL
TRIBUNAL ELECTORAL DEL
PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION

TESIS
PARA OBTENER EL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

PRESENTA
JOEL REYES MARTÍNEZ

MÉXICO, D.F. 2011

Agradecimientos.

Este trabajo es el fruto de varios años de experiencia, que iniciaron con la inquietud por cursar la maestría y que continúan con mi desarrollo en el ámbito electoral, primero desde la función jurisdiccional y ahora como consultor independiente. Durante ese periodo, aproximadamente siete años, he tenido la fortuna de disfrutar y enriquecerme del apoyo de muchos amigos, lo cual, como es natural, supone un cúmulo de agradecimientos.

De manera muy especial y, como se suele decir, honor a quien honor merece, deseo expresar el mayor de mis agradecimientos a Laura, mi compañera de vida, por su amor, incansable paciencia, enorme disposición a escuchar y por sus puntuales consejos que, sin duda, han sido determinantes en mi formación personal y profesional. Me atrevo a afirmar que, sin su apoyo, difícilmente habría culminado los estudios de maestría y, menos aún, esta investigación habría llegado a su fin. Gracias de todo corazón.

Por supuesto, agradezco a la Universidad Panamericana y al claustro de profesores de la maestría, con quienes durante dos años conviví en las aulas del posgrado en derecho y, gracias a la riqueza académica que ahí se gestó, despertaron en mí el deseo de seguir incursionando en temas vinculados con esa compleja disciplina.

A Lorenzo Córdova mi más sincero agradecimiento, en principio, por aceptar dirigir esta tesis de maestría y, en segundo lugar, por dedicarle gran parte de su tiempo al estudio y reflexión de cada uno de los temas. Este trabajo era uno antes de su revisión y hoy es otro gracias a sus sugerencias, desde luego, de mayor profundidad y calidad académica.

A los miembros del sínodo encargado de la revisión, los profesores Eduardo Ferrer, Juan Manuel Acuña, Marcos del Rosario y Guillermo Tenorio les agradezco sus amables recomendaciones que permitieron mejorar esta investigación.

Quiero agradecer, también de manera muy especial, a Iván Castillo, por el apoyo y las largas charlas para discutir cada una de las conclusiones de este trabajo. Gracias por el tiempo, reflexión y disposición para intercambiar puntos de vista de estos complejos, pero apasionantes temas de la teoría del derecho.

Deseo también agradecer a quienes han sido determinantes en mi incursión y desarrollo en la materia electoral, porque la experiencia adquirida en ese ámbito es lo que permitió encauzar esta investigación. A Juan García, por despertar la inquietud en temas jurídicos que entonces me eran ajenos y por haber influido para que pudiera laborar en la Sala Superior del TEPJF al lado de Leonel Castillo, a quien, por supuesto, agradezco enormemente la oportunidad de formar parte de su gran equipo de trabajo, por ser un ejemplo de lo que implica ser juez constitucional, cuando esa tarea se asume con responsabilidad, y por haber influido de modo sustancial en mi visión del derecho.

A todos los integrantes de la generación. Me siento agradecido de haberlos tenido como compañeros de aula, los debates siempre fueron muy nutridos y, sin duda, dejaron una huella imborrable en mi persona.

Especialmente quisiera agradecer a Ramón, Ricardo, Rogelio, Eduardo, Carlos, Juan José, Enrique, Edgar, por privilegiarme con su amistad durante y en los años siguientes a la conclusión de la maestría, y por esas charlas profesionales que siguen siendo igual o más constructivas y las que, por cierto, espero se prolonguen por muchos años.

Agradezco a Andrés Vázquez, por dedicar parte de su tiempo libre, que sé que es muy poco, para apoyarme en la traducción de la sentencia del Tribunal Alemán. Gracias también por sus comentarios frescos y actuales sobre la doctrina constitucional alemana.

A Belén Mingramm, Roberto Allende y Fernando España, por su apoyo incondicional en las múltiples tareas que les encargué relacionadas con esta investigación.

No puedo dejar pasar a mis señores padres, Raquel y Juan, a quienes sencillamente les debo lo que ahora soy. Simplemente gracias papás. A mis hermanos, Gabriel y Daniel, por su solidaridad en todos los sentidos.

México, D.F., 2011

ÍNDICE.

<u>Abreviaturas</u>	9
<u>Introducción</u>	11
<u>Capítulo I</u>	
Las implicaciones del neo constitucionalismo en la práctica de los jueces.....	17
<u>Capítulo II</u>	
El principio de igualdad en la aplicación judicial.....	24
<u>Capítulo III</u>	
El juicio de igualdad	32
III. 1. El uso del precedente	33
III.1.1. La carga de transparencia	34
III.1.2. La carga de argumentación	34
III. 2. El principio de proporcionalidad	35
III.2.1. Idoneidad	39
III.2.2. Necesidad	39
III.2.3. Proporcionalidad en sentido estricto	40
III.2.3.1. La ley de ponderación	41
III.2.3.2. La fórmula del peso	43
III.2.3.3. Las cargas de la argumentación	44

III.3. El test de igualdad con distintos niveles de escrutinio	45
III.3.1. Escrutinio débil	46
III.3.2. Escrutinio intermedio	47
III.3.3. Escrutinio estricto	48

Capítulo IV

El juicio de igualdad en la argumentación en la justicia constitucional mexicana	55
IV.1. La argumentación de la SCJN	56
IV.2. La indeterminación argumentativa del TEPJF	64

Capítulo V

Análisis de casos	78
V.1. El uso del precedente judicial y la elección de candidato a Jefe delegacional del PRD en Iztapalapa	78
V.1.1. Antecedentes	78
V.1.2. La argumentación del TEPJF	81
V.1.3. Comentarios a la sentencia	83
V.2. El derecho a ocupar cargos públicos y la revocación del nombramiento de consejero electoral	85
V.2.1. El caso Tamaulipas	87
V.2.1.1. Antecedentes	87
V.2.1.2. La argumentación del TEPJF	87

V.2.1.3 Comentarios a la sentencia	88
V.2.2. El caso Quintana Roo	94
V.2.2.1. Antecedentes	94
V.2.2.2. La argumentación del TEPJF	96
V.2.2.3 Comentarios a la sentencia	97
V.3. El derecho de asociación y la negativa de registro, como partido político nacional, a la Asociación Nacional Sinarquista	102
V.3.1. Antecedentes	103
V.3.2. La argumentación del TEPJF	104
V.3.3. Comentarios a la sentencia	105
V.4. El derecho a ser votado y la negativa a reconocer el carácter de diputado a Julio César Godoy Toscano	109
V.4.1. Antecedentes	109
V.4.2. La argumentación del TEPJF	110
V.4.3. Comentarios a la sentencia	112
V.5. El derecho a ser votado y la suspensión de derechos político-electorales derivada de un auto de formal prisión	119
V.6. A manera de recapitulación	125

Capítulo VI

Reflexiones conclusivas	129
-------------------------------	-----

VII. Bibliografía y otras fuentes de consulta

136

Abreviaturas.

IFE	Instituto Federal Electoral.
PAN	Partido Acción Nacional.
PRD	Partido de la Revolución Democrática.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación.
TEDF	Tribunal Electoral del Distrito Federal.
TEPJF	Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

“Quienes no tienen conciencia de su responsabilidad, quienes ciegamente practican su profesión de intérpretes del derecho, constituyen una amenaza para el desarrollo sensato de la sociedad.”

Aulis Arnio.

Introducción.

La realidad de nuestro país da muestra de un creciente debate sobre la pertinencia de una reforma política fundamental. En esta dinámica, la materia electoral, como parece ser ya una constante, representa una de las áreas torales de la discusión. La intensidad se incrementó a partir de la iniciativa de reformas presentada por el Presidente de la República la cual, según la exposición de motivos, pretende la creación e implementación de nuevos mecanismos para fortalecer a la ciudadanía frente al poder político y para garantizar la efectividad de los derechos político-electorales.¹

La iniciativa presidencial, al margen de sus posibles debilidades, tiene el mérito de haber sido el punto de partida para un intercambio de ideas de fondo. En este contexto, no sólo es necesario sino inevitable tener en cuenta la evolución democrática del país, la cual enseña que, en el proceso de consolidación de los derechos, los esfuerzos se han concentrado en la búsqueda de diseños legislativos para fortalecer a las instituciones y en la inclusión de garantías jurisdiccionales de defensa

¹ Iniciativa presentada el pasado 15 de diciembre de 2009, ante el poder legislativo, en la cual se plantean varios ejes fundamentales, en los que destacan las reformas en materia electoral. Según la exposición de motivos, el paquete de reformas tiene como finalidad “...darle más poder al ciudadano, darle mayor capacidad para determinar el destino de la vida pública y fortalecer así nuestra democracia.”

constitucional, pero poco o casi nada se ha dicho sobre el papel que deben desempeñar los órganos aplicadores de la normas.

La forma en que los operadores jurídicos en materia electoral, principalmente el TEPJF, interpretan y aplican los principios constitucionales, constituye un aspecto sustancial que no debe ser ajeno al proceso de transición democrática, ya que, por su carácter de órgano terminal, sus decisiones tienen un efecto expansivo y marcan la pauta a seguir en todo el territorio nacional.

La importancia del Tribunal Electoral, en tanto órgano límite, demanda una actitud responsable y de vanguardia en la adjudicación judicial. La forma de evaluar su función es a través del análisis de las razones que fundan sus sentencias, con el objeto de determinar si su actuar responde a la realidad de un Estado Constitucional.

Es cierto que la justicia constitucional electoral, pese a su joven experiencia, iniciada apenas en 1996,² ha marcado una clara diferencia con las restantes jurisdicciones, debido a sus avances en materia de interpretación, los cuales han sido advertidos y elogiados por la comunidad académica,³ hasta el punto que algunos lo identificaron como un tribunal progresista y garantista.⁴

² En este año se creó el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el cual se integró con los magistrados José Luis de la Peza Muñoz Cano, Leonel Castillo González, Eloy Fuentes Cerda, Alfonsina Bertha Navarro Hidalgo, Fernando Ojesto Martínez Porcayo, José de Jesús Orozco Henríquez y Mauro Miguel Reyes Zapata.

³ Únicamente a manera de ejemplo, *Vid.*, Carbonell, Miguel, “Libertad de expresión, partidos políticos y democracia. Comentario a la sentencia JDC-393/2005 del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* Número 123.

⁴ *Vid.*, Orozco Henríquez, José de Jesús, “Jurisprudencia electoral y reforma constitucional y legal” en *Constitución, democracia y elecciones: la reforma que viene*.

Sin embargo, su actuación en la calificación de la elección presidencial de 2006, la renovación del órgano en noviembre de ese mismo año,⁵ y en gran medida por la solución de diversos asuntos polémicos, ha llevado a la opinión pública y a la comunidad académica a externar diversas críticas por la argumentación de sus decisiones,⁶ a las cuales se han sumado cuestionamientos a los altos salarios de los magistrados.⁷

Que la doctrina y la opinión pública se interesen por la actividad de los jueces, parece ser un acercamiento a una cultura jurídica que podría inscribirse en los estudios críticos del derecho, lo cuales, como ha señalado Duncan Kennedy, tienen por objeto *poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que crean el derecho mientras se ven a sí mismos como meros instrumentos del mismo*⁸.

La situación descrita conduce, desde una perspectiva personal, a la obligada necesidad de crear un contexto de exigencia mayor para evaluar la actuación del TEPJF, porque, de la racionalidad de sus sentencias, depende directamente su legitimidad institucional.

Es por esto que el presente trabajo, a partir de una visión crítica, pretende examinar la forma de razonar de la Sala Superior del TEPJF. En dicho análisis se observa, con preocupación, que en la doctrina judicial no es

⁵ Con excepción del Magistrado José Alejandro Luna Ramos, quien fue designado magistrado de la Sala Superior del TEPJF, el 21 de abril de 2005.

⁶ *Vid.*, Cruz Parceró, Juan Antonio, “Los errores y las omisiones del Tribunal Electoral. Análisis argumentativo del Dictamen de la elección presidencial”, así como Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.) “Democracia sin garantes. Las autoridades VS. la reforma electoral”, así como Salazar Ugarte, Pedro, “Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana”, en *Garantismo espurio*.

⁷ Por citar sólo un ejemplo, *Vid.*, Magaloni Kerpel, Ana Laura, “Dinero y Poder (Judicial)”.

⁸ Duncan, Kennedy, “Notas sobre la historia del CLS...”, p. 284.

dable identificar una línea jurisprudencial con criterios objetivos para estructurar las sentencias cuando entran en colisión normas constitucionales, y esa indeterminación ha redundado, en algunos casos polémicos, en la adopción de sentencias que podrían considerarse como malas decisiones.

Para tratar de demostrar esa tesis, los primeros tres capítulos buscan establecer un leguaje común sobre las exigencias que en la actualidad plantea el nuevo paradigma de argumentación constitucional, para lo cual se recurre a los modelos desarrollados en otras latitudes de gran prestigio, como en Alemania o en Estados Unidos de América, donde se han establecido reglas para el uso del precedente judicial y se han acuñado el principio de proporcionalidad y el test de igualdad con distintos niveles de escrutinio, como herramientas para aplicar normas de derechos fundamentales.

En el capítulo IV se trata de identificar si, en la jurisdicción constitucional en México, es posible advertir rasgos característicos de algún instrumento de naturaleza como la descrita. El resultado de este ejercicio, que abarca hasta finales de 2010, revela un rezago en la jurisdicción electoral, incluso con relación al desempeño de la SCJN. De los precedentes del TEPJF no es dable elaborar una teoría respecto al derecho fundamental de igualdad o al principio de proporcionalidad, que permita justificar racionalmente sus decisiones cuando involucra derechos fundamentales y, lo que sobresale, es que la autoridad de las sentencias se sustenta en la naturaleza terminal del tribunal y en el uso reiterado de la noción de tribunal constitucional.

A partir de esta conclusión, en el capítulo V se pretende evidenciar que la indeterminación argumentativa ha generado, en algunos casos, la

adopción de decisiones que podrían calificarse contrarias a los derechos fundamentales.

Para demostrar esta última afirmación, se analiza un conjunto de resoluciones, de los denominados “*casos difíciles*”,⁹ a partir de las reglas para la aplicación del precedente judicial y del principio de proporcionalidad. Cabe hacer notar que, para la selección de los precedentes, se tomó como criterio el grado de afectación en áreas que, desde un punto de vista particular, resultan clave para el fortalecimiento democrático, como: el derecho a ocupar cargos públicos, la eficacia del derecho de asociación en materia político-electoral, la vida interna de los partidos políticos o el derecho a ser votado.

La pretensión final, a partir de la demostración de la ausencia de una teoría constitucional y que dicha indeterminación puede llevar, en algunos casos, a adoptar soluciones contrarias a los derechos fundamentales, consiste en lograr un cambio de dirección en el debate actual sobre la consolidación de los derechos político-electorales en México, para dirigirlo a otras áreas importantes, como la discusión sobre qué modelo de juez requiere la jurisdicción electoral, que pueda contribuir en mayor medida al fortalecimiento de nuestra inacabada democracia.

Cabe advertir que el presente trabajo parte de la idea del derecho planteada en el neo constitucionalismo, y es a partir de ahí donde encuentran sustento las conclusiones que habrán de exponerse. Asimismo, esta investigación se sustenta en un lenguaje común sobre determinados conceptos, por lo que no tiene por objeto brindar un

⁹ Se utiliza la expresión como la define Neil MacCormick, esto es, que los casos difíciles son aquellos que plantean dudas en la formulación de las premisas normativas o fácticas.

panorama teórico exhaustivo, sino que se basa, fundamentalmente, en una metodología del estudio del caso, la cual permite identificar aquellos precedentes que constituyen herramientas clave para evidenciar la tesis principal.

Capítulo I. Las implicaciones del neo constitucionalismo en la práctica de los jueces.

El panorama jurídico actual da muestra de un proceso de transición del derecho constitucional que, en opinión de los especialistas, supone un distanciamiento de las tesis tradicionales del positivismo y da lugar a una nueva teoría contemporánea. Esta ideología, que en gran medida surge a partir de las aportaciones teóricas de autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky, entre otros, se ha identificado mayoritariamente como neo constitucionalismo.¹⁰

Tratar de definir su contenido y alcance representa una tarea difícil, por no decir imposible, dada la extensa literatura al respecto que, por lo mismo, resulta inabarcable, menos para las pretensiones de este trabajo. Con todo, se coincide con la reflexión de Luis Prieto Sanchís, en el sentido de que el nuevo paradigma plantea, como eje principal, redefinir tres tesis torales del positivismo: la teoría de las fuentes, que ahora gira en torno a la Constitución; la teoría de la norma, que da cuenta de la existencia de principios sustantivos y derechos fundamentales, así como las teorías de la interpretación y argumentación jurídicas, que dejan de responder a la tesis mecanicista de la subsunción, para dar paso a la ponderación.¹¹

Lo verdaderamente importante es que esta reconstrucción ideológica no se limita a la reflexión académica, sino que tiene repercusiones trascendentes en la práctica judicial. Reconocer a la Constitución como una norma, integrada por derechos fundamentales y principios, implica que los jueces deben utilizarla como parámetro primario en la solución

¹⁰ *Vid.*, sobre el concepto de (neo) constitucionalismo, Comanducci, Paolo, p. 75 y ss.

¹¹ Prieto Sanchís, Luis, p. 28.

de los litigios de su competencia.¹² Esta situación conduce, a su vez, a dos distintos escenarios: una nueva función del operador jurídico y una mayor exigencia de justificación y argumentación de las sentencias, antes inexploradas en el modelo legalista tradicional.

En efecto, la aplicación de la Constitución en toda clase de conflictos jurídicos supone, como es evidente, una modificación en la forma de entender la actividad del juzgador, porque deja de considerarse, como quería Montesquieu, simple boca de la ley y mero formulador del silogismo judicial, para convertirse en el intérprete último de las normas y, por tanto, como quien a la postre define su alcance y función en una comunidad.¹³

Esta nueva visión representa una empresa de grandes exigencias, porque la abstracción y vaguedad, que suele caracterizar a las normas fundamentales, demanda un ejercicio responsable de hermenéutica capaz de aplicarlas a los casos concretos de forma justificada y racional. Se parte de la idea de que la Constitución es incompleta sin el caso que regula y, por ende, el juez, con el material jurídico a su alcance, debe construir una norma que le permita resolver cada situación.¹⁴

El amplio margen a la actividad interpretativa supone, como es natural, mayor precisión en la forma de aplicar el derecho, con el objeto de evitar

¹² Sobre este punto coinciden autores como Alexy, Robert, “El concepto y la validez del Derecho”, p. 159 y ss.; Zagrebelsky, Gustavo, “El Derecho dúctil...” p. 109 y ss., así como Guastini, Ricardo, p. 153 y ss.

¹³ Vega García, Pedro de, p. 825.

¹⁴ Por norma se entiende el significado de los enunciados normativos, esto es, la conducta prohibida, permitida u obligada, a diferencia de enunciado normativo, que son los signos lingüísticos en los que se formulan las primeras, *Vid.*, Bulygin, Eugenio y Mendonca, Daniel, pp. 16 y 17.

toda arbitrariedad o exceso en el ejercicio del poder público y con ello caer en el grave decisionismo judicial.¹⁵

Es por estos nuevos escenarios que la doctrina neo constitucional se ocupa, en gran medida, de la metodología en el razonamiento jurídico, especialmente del judicial. Por ejemplo, Gustavo Zagrebelsky ha llegado a afirmar que la idea de derecho sólo se puede conocer desde el interior, participando en la práctica en la que junto a las normas aparecen los hechos y los valores.¹⁶

Como consecuencia lógica, la necesidad de justificación ha generado una intensa actividad, tanto de la jurisprudencia como de la doctrina, en la búsqueda de criterios que permitan cumplir con ese mandato. Hasta ahora, la argumentación jurídica ha sido la respuesta más elocuente. En algunos sistemas constitucionales se ha llegado a la construcción de técnicas, a partir de los problemas derivados de la aplicación del principio de igualdad, como criterio para valorar las decisiones donde se interpretan principios constitucionales.

Además de las reglas para la aplicación del precedente judicial, dos han sido los procedimientos de mayor consolidación y difusión. En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal acuñó el principio de proporcionalidad para aplicar el principio de igualdad, mientras que en Estados Unidos, la Corte Suprema diseñó el test de igualdad con distintos niveles de intensidad en los escrutinios (estrictos, intermedios o débiles), para la aplicación de la cláusula *equal protection*.

¹⁵ Se utiliza la expresión como la definió Ronald Dworkin, esto es, que el operador jurídico asume irreflexivamente una posición jurídica y ya sólo debe justificarla, cualquiera que ésta sea.

¹⁶ Zagrebelsky, Gustavo, “Dos tradiciones de derechos...”, p. 371.

En términos generales, los discursos sobre el principio de proporcionalidad y el test de igualdad tienen por objeto determinar de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos fundamentales, sobre todo en casos concretos, a fin de que el ejercicio del poder se funde en criterios de racionalidad.

Estos instrumentos no se constriñen al enjuiciamiento de leyes o normas, por el contrario, poseen un espectro de cobertura mucho más amplio que, incluso, alcanza su mayor extensión en la solución de casos concretos, a partir del reconocimiento de las particularidades de cada supuesto, para establecer si las diferencias fácticas sirven de base para fundar un trato distinto. De este modo, se constituyen en referentes que pueden y deben emplear todos los operadores jurídicos de normas de derechos fundamentales.¹⁷

La finalidad última de estos mecanismos consiste en la corrección de las decisiones de la jurisdicción constitucional, porque buscan alcanzar su justificación jurídica, ante escenarios donde se abre un abanico importante a la subjetividad del operador.¹⁸

Los beneficios y bondades de adoptar un modelo estructurado de argumentación no se limitan a la búsqueda de racionalidad en la decisión judicial, sino que constituyen una de las respuestas más sólidas al dilema del órgano límite y sus fronteras de actuación, porque, como se sabe, esta clase de entes no se encuentran sujetos a instrumento jurídico de control alguno, por el cual puedan revisarse sus decisiones, sino que su autoridad se sustenta en la aceptación social y en el prestigio que adquieran como instancia técnica, imparcial y neutral.

¹⁷ Bernal Pulido, Carlos, “El derecho de los derechos...”, p. 49.

¹⁸ *Íd.*

Con la exigencia de justificación racional se busca dejar de lado los riesgos de un activismo judicial desmesurado, que genere sospechas sobre las razones que motivan las decisiones de los órganos terminales y, por el contrario, permite afirmar que, en casos concretos, la decisión adoptada sí es atribuible a la Constitución. Al respecto, cabe tener presente lo que Otto Bachof advertía sobre el tribunal alemán: *"La Corte ha necesitado conquistar su actual posición con mucho trabajo y contra muchas resistencias. Que lo haya logrado radica, y no es la menor de las razones, en que con sabia autolimitación haya entendido correctamente cómo trazar las fronteras entre derecho y política"*.¹⁹

Es por esto que, ante la ausencia de controles de tipo jurídico sobre el órgano límite se hace indispensable, como ocurre en todas las democracias modernas, que la opinión pública y especialmente la comunidad jurídica, analice, debata y critique constructivamente sus decisiones.

Debe tenerse presente que, en la interpretación y aplicación del derecho, también participan otros miembros de la comunidad jurídica. El operador no puede pretender un resultado que sólo le satisfaga a él. Por el contrario, debe buscar un nivel de aceptabilidad general al asignar un sentido determinado a cualquier elemento de un texto jurídico. Un proceso de comunicación siempre conlleva una interacción social: del legislador al intérprete, después a la audiencia de interpretación y viceversa. El flujo del proceso de comunicación se basa en que el derecho es un medio con autoridad del poder social, por lo que el resultado de la interpretación determina su ejercicio en una sociedad

¹⁹ Bachof, Otto, p. 844.

concreta. Por lo tanto, el control de los resultados de la interpretación es muy importante en el campo del derecho.²⁰

Y es que, como señala García de Enterría, “...ni los parlamentos, ni los partidos políticos, ni el pueblo, en definitiva, aceptarían jamás a un tribunal constitucional que decidiese las graves cuestiones constitucionales que le están sometidas sobre la base de criterios simplemente personales, de simpatía o de opción política de los jueces. Estos sólo en cuanto acierten a aparecer como intérpretes de la Constitución, en cuanto puedan imputar razonablemente a la norma suprema sus decisiones singulares, tendrán autoridad para seguir siendo aceptados por la comunidad en el ejercicio de su formidable poder. Es, justamente, la enorme trascendencia de su función la que fuerza al juez constitucional a renunciar a criterios simplemente políticos para motivar sus sentencias, la que le obliga a buscar en la Constitución como norma jurídica las soluciones de los casos, búsqueda de la que sólo el método jurídico más riguroso garantiza la objetividad y el acierto.”²¹

El principio de proporcionalidad y el test de igualdad pretenden ser esos métodos rigurosos a los que se refería García de Enterría y, por tanto, se erigen como la mejor respuesta al dilema de racionalidad y autocontrol de la justicia constitucional.²²

²⁰ Aarnio, Aulis, “Derecho, Racionalidad...”, pp. 27 y 28.

²¹ García de Enterría, Eduardo, p. 184.

²² La exigencia de argumentar racionalmente las decisiones judiciales es de tal importancia, en especial en la jurisdicción constitucional, que ha llevado a autores como Manuel Atienza a elaborar su teoría a partir de considerar al derecho como argumentación. Desde su perspectiva, todos los operadores jurídicos participan activamente en la construcción del derecho y, por lo mismo, deben comprometerse racionalmente con la tarea que desempeñan a través de la utilización de buenos argumentos. *Vid.*, Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, p. 1 y ss.

En el siguiente capítulo se tratarán de explicar brevemente los problemas que derivan de la aplicación del principio de igualdad, el cual, como se dijo, ha servido de base para el desarrollo de los procedimientos argumentativos señalados en este apartado.

Capítulo II. El principio de igualdad en la aplicación judicial.

La igualdad, junto a la libertad, constituye uno de los principios estructurales de cualquier sociedad bien organizada y ambos representan el núcleo esencial del Estado Constitucional, pues, como señalara Norberto Bobbio: *“Los valores últimos en los cuales se inspira la democracia, con base en los cuales distinguimos a los gobiernos democráticos de los que no lo son, son la libertad y la igualdad”*.²³ En este trabajo no se busca profundizar en el estudio de las numerosas y muy variadas manifestaciones del principio de igualdad porque, además de ser muy extensas, lo que aquí se pudiera decir se limitaría a reiterar parte de las muchas obras escritas al respecto. Por el contrario, se trata de proporcionar un breve marco conceptual que permita servir de base para explicar el procedimiento de adjudicación judicial fundado en dicho principio.

La igualdad ha sido objeto de diversas transformaciones, según el modelo de Estado, pero es a partir de la segunda mitad del siglo XX, principalmente por la experiencia que dejaron los hechos lamentables de la segunda guerra mundial, cuando adquirió una connotación mucho más amplia y una importancia hasta antes inusitada. Se puede decir que la igualdad no significa hoy lo mismo que en las declaraciones del siglo XVIII, su contenido se ha proyectado y se ha hecho cada vez más rico, a tal grado que, incluso, en la Declaración Universal de Derechos Humanos se le dio especial énfasis, al establecerse, en el artículo 1º, *que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*. Desde entonces, dicho principio se ha convertido en un componente indispensable del Estado Constitucional, y paulatinamente se ha ido recogiendo en las normas fundamentales de diversos países.

²³ Bobbio, Norberto, p. 455.

Su importancia ha servido como referente para que, autores como John Rawls, desarrollaran su teoría a partir de sus implicaciones. Este autor señaló que la idea de justicia supone la existencia de dos de las manifestaciones de la igualdad, a partir de las cuales debe iniciarse la edificación de una sociedad más justa: a) Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas, que sea compatible con el de los demás. b) Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que, a la vez que se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, se vinculen con ejemplos y cargos asequibles para todos.²⁴

Es, finalmente, como el propio Bobbio apunta: “*La libertad y la igualdad no son un punto de partida, sino un punto de llegada*”,²⁵ lo cual implica que se trata de un proceso, que puede ser lento, pero que busca llegar a su punto ideal. Se puede decir que el objeto ya no reside en la igualdad formal sino también en la igualdad material entre las personas. Se trata de garantizar cierta calidad de vida y, consecuentemente, proteger a la parte más débil en las relaciones sociales. Es por esto que la racionalidad y la igualdad se convierten en los conceptos claves del sistema del Estado Constitucional y, por ello, son necesarios como referentes para normar las decisiones judiciales.

En la actualidad se puede afirmar que el principio de igualdad, en términos generales, se manifiesta en dos planos: en la aplicación y en la formulación del derecho.²⁶ En la primera, que es la que sirve de base para este trabajo, supone un mandato de vinculación tanto a la administración

²⁴ *Vid.*, Rawls, John, p. 80 y ss., así como p. 187 y ss.

²⁵ Bobbio, Norberto, p. 455.

²⁶ Alexy, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, p. 381 y ss.

como al juez a no diferenciar o equiparar, en sus resoluciones, a supuestos de hecho de forma arbitraria.

Para determinar la aplicación de este principio, debe tenerse en cuenta que se concreta en cuatro mandatos correlativos: a. Trato idéntico a destinatarios ubicados en circunstancias idénticas. b. Trato diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común. c. Trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las primeras sean más relevantes que las segundas (trato igual a pesar de la diferencia). d. Trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).²⁷

El primero y el segundo no suelen originar problemas interpretativos, en tanto se relacionan con los casos fáciles. Los dos restantes se sitúan en el centro de la problemática, porque es el operador jurídico quien define si las similitudes deben prevalecer frente a las diferencias o si debe ocurrir lo contrario.

La dificultad se presenta, ya que, en los denominados *casos difíciles*, surge la necesidad de que los tribunales determinen el contenido concreto del principio de igualdad, de acuerdo a las circunstancias particulares de cada situación, con el objeto de establecer si los actos de los órganos del poder público se ajustan o no al mandato constitucional porque, como señala Francisco Rubio Llorente, la igualdad siempre es el resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos.²⁸

²⁷ Bernal Pulido, Carlos, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia...”, pp. 51 y 52.

²⁸ Rubio Llorente, Francisco, p. 640.

De esta forma, se puede afirmar que la determinación del principio de igualdad se efectúa mediante la concreción y la fundamentación de una norma para cada caso, de acuerdo con sus circunstancias específicas. Como resultado de dicho ejercicio, el tribunal establecerá si un determinado trato diferente está prohibido, ordenado o permitido, a través del empleo de criterios de racionalidad que permitan justificar cada decisión.

El problema, como señala Bernal Pulido, consiste en precisar ¿de qué manera deben concretarse y fundarse correctamente las normas, mediante las cuales se determina el contenido normativo del principio de igualdad? o ¿Cómo es posible establecer, de manera correcta, si un criterio de diferenciación, utilizado por el órgano aplicador del derecho, es constitucionalmente admisible?²⁹

Este es uno de los puntos clave, y la necesidad de solucionarlo, como se ha dicho, ha llevado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a tratar de proporcionar criterios para tratar de responder a esas interrogantes.

Las reglas para el uso del precedente judicial, el principio de proporcionalidad y el test de igualdad con distintos niveles de escrutinio constituyen, hasta ahora, los criterios de mayor difusión y auge en la jurisdicción constitucional. Estos instrumentos han servido de base para que Tribunales Constitucionales, como el alemán, español, estadounidense, colombiano, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puedan desempeñar su labor de concreción del principio de igualdad, sobre bases sólidas con pretensiones de objetividad.

²⁹ Bernal Pulido, Carlos, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia...”, p. 56.

El uso de referentes de racionalidad es ya un imperativo en la jurisdicción constitucional, porque, como se ha apuntado, el neo constitucionalismo rechaza por completo la idea de que la concreción de una norma responda a una decisión de autoridad del máximo órgano constitucional, cuyo carácter vinculante derive de la sola imposibilidad de ser cuestionada ante una instancia superior.

Por el contrario, la visión ideológica planteada en esta tendencia busca en la Constitución una función jurídica y política, que dote de contenido al resto de las normas jurídicas, para hacer de los derechos fundamentales una realidad social. Se puede decir que, de la visión donde dichos derechos valían en la medida en que fueran reconocidos en las leyes, se pasa a que las leyes y su aplicación valen en la medida en que respeten sus contenidos esenciales.

Esta nueva realidad, como se dijo al inicio, trae aparejado un crecimiento en el rol que los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional. Zagrebelsky lo ha apuntado de manera muy esquemática, al afirmar que el derecho se transforma en una realidad “*dúctil*” en manos de esos operadores, con lo cual se abandonan las rigideces legalistas. Se adopta una actitud antiformalista orientada a la aplicación real de los derechos fundamentales.

Esta postura ideológica no es cosa menor pues, como se ha insistido, reclama una postura institucional acorde a la realidad, de tal forma que sólo el dictado de fallos con pretensiones de racionalidad sea el único camino a través del cual los tribunales puedan legitimarse y prestigiarse ante la sociedad. Se trata de un rol político para adecuar y optimizar el sistema jurídico a la realidad, pero sólo una actuación prudente, decidida y comprometida podrá asegurar esas condiciones.

Es cierto que, como se mencionó, frente al amplio margen de actuación surgen algunos riesgos, como la extralimitación judicial, y es precisamente que, para evitarlos, y vale la pena insistir, la argumentación jurídica se erige como la herramienta imprescindible para garantizar la racionalidad de la decisión y el autocontrol del poder judicial.

Luis Prieto Sanchís lo ha expresado de manera muy clara, al señalar que, “...la rematerialización de la Constitución supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial; bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia debe o debería ser esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, justificada en el mejor de los casos en su legitimidad democrática, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional.”³⁰

No está por demás recalcar que la fuerza de una decisión, donde se involucren derechos fundamentales, descansa en la racionalidad de los argumentos, de tal modo que se pueda sostener que la concreción de la norma efectivamente es atribuible a la Constitución, porque, como señala Aulis Arnio, “...el decisor ya no puede apoyarse, en una mera autoridad formal. En una sociedad moderna, la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener. En este sentido, la responsabilidad de ofrecer justificación es, específicamente, una responsabilidad de maximizar el control público de la decisión. Así pues, la presentación de la justificación es siempre también un medio

³⁰ Prieto Sanchís, Luis, p. 115.

*para asegurar, sobre una base racional, la existencia de la certeza jurídica en la sociedad.”*³¹

En efecto, la aceptación social, o como diría Weber la “*racionalidad formal*” y, por ende, la legitimidad de una sentencia judicial depende, en gran medida, de cómo sea fundamentada. La motivación es un instrumento esencial para la racionalidad de los fallos, pero también un importante mecanismo para ejercer la crítica sobre la actividad de los jueces.

Pero la exigencia de razones en la decisión judicial va mucho más allá pues, como apunta Gunnar Bergholtz³², dicha condición es paralela al desarrollo de la democracia, en tanto la idea de esta última se funda en el principio de apertura. Sólo una sociedad abierta hace posible el control del uso del poder. Sin ningún control, la gente no tiene medios para influir en la toma de decisiones jurídicas.

La naturaleza de órgano terminal y la independencia de los tribunales no pueden equipararse a una sustracción de control democrático. La división de poderes sólo garantiza su independencia con otros centros de poder, especialmente del ejecutivo, pero finalmente los tribunales son elementos de la sociedad y del orden democrático, por lo que deben ser objeto de control por medios democráticos. El único medio es que realmente argumenten sus decisiones.³³

Las motivaciones forman parte también de la democracia de la toma de decisión judicial. Los jueces tienen el deber de justificar su uso del

³¹ Aarnio, Aulis, “Lo racional como razonable...”, p. 29.

³² Vid, Bergholtz, Gunnar, pp. 80 - 82.

³³ Vid, Aarnio, Aulis, “Derecho, Racionalidad...”, p. 53.

poder, y la obligación de declarar las razones es un límite, porque sólo las decisiones razonadas abonan a la crítica y al control de los medios de comunicación y del público en general, como vehículo de cambio y progreso.

En suma, y de manera muy enfática, vale la pena resaltar que el único medio de control es abrir la decisión a un razonamiento coherente y bien fundamentado. Es por esto que las sentencias deben argumentarse en forma racional y pública.

Capítulo III. El juicio de igualdad.

Por juicio de igualdad, en términos generales, se puede entender el ejercicio que realizan los tribunales con competencia constitucional, a partir del cual concretan una norma para la solución de un caso, con la finalidad de hacer compatibles dos o más principios que se hallen en tensión o conflicto.

La apelación a este esquema implica un esfuerzo de justificación racional, el cual toma, como punto de partida, el reconocimiento de igualdades y desigualdades fácticas que postulan tratamientos contradictorios, en los cuales se puede alegar uno de los subprincipios: tratar igual lo que es igual, y siempre habrá alguna razón para la igualdad, pues todos los seres humanos tienen algo en común, y desigual lo que es desigual, y siempre habrá también alguna razón para la desigualdad, pues no existen dos situaciones idénticas. Luego, si hay razones en favor y razones en contra, será preciso ponderarlas o sopesarlas y ver cuál de ellas resulta proporcionalmente más fuerte.³⁴

Es importante hacer notar que este modo de proceder no resulta aplicable a todos los casos. En la cultura jurídica contemporánea, ya es un lugar común aceptar que en la aplicación de las normas el procedimiento de subsunción lógica resulta, en muchos casos, un instrumento insuficiente, ya que la adjudicación judicial no se sigue de las formulaciones de las normas jurídicas. Para esto, como señala Alexy, existen, al menos, cuatro razones: 1. La vaguedad del lenguaje jurídico. 2. La posibilidad de conflictos de normas. 3. La existencia de supuestos que, a pesar de su trascendencia, no se encuentran regulados jurídicamente. 4. La posibilidad de decidir incluso contra el texto literal de una norma.

³⁴ Prieto Sanchís, Luis, p. 182.

En estos casos, la decisión no se sigue de las premisas normativas y, por ende, no puede justificarse racionalmente con ayuda de las reglas de la lógica, por el contrario, en supuestos como los descritos, al decisor le queda un campo de acción donde tiene que elegir entre varias soluciones, a partir de normas jurídicas, reglas metodológicas y enunciados de sistemas jurídicos no determinados.³⁵

Se trata de los llamados casos *difíciles*, donde adquiere relevancia el juicio de igualdad, porque abren un abanico importante a la actividad de los jueces, y por ello resulta de mayor relevancia el uso de métodos con pretensiones de racionalidad para justificar la decisión.

En la aplicación fundada en este esquema se pueden identificar, al menos, dos manifestaciones: el uso del precedente y los procedimientos para la solución de casos concretos. La jurisprudencia y la doctrina, por un lado, han proporcionado bases objetivas y requisitos para la utilización de los criterios judiciales previos y, por otro, han acuñado dos herramientas argumentativas: el principio de proporcionalidad y el test de igualdad.

III.1. El uso del precedente. Para Robert Alexy, el uso correcto del precedente judicial supone una exigencia de justicia, que descansa en la idea de tratar de igual manera a lo igual, de donde deriva una regla de coherencia que vincula al operador jurídico a aplicar su doctrina anterior a casos sustancialmente iguales.³⁶

La regla de coherencia no constituye una prohibición absoluta para decidir en otro sentido a partir de una valoración distinta de las

³⁵ Alexy, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica...”, pp. 23 y 27.

³⁶ Alexy, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica...”, pp. 262 y 263.

circunstancias relevantes del caso, sin embargo, en estos supuestos, el operador jurídico tiene la obligación de justificar la modificación del criterio.

La combinación de estos elementos da pauta a un mandato dirigido a todo juzgador, para que, una vez adoptado un criterio interpretativo, lo aplique a los casos sustancialmente iguales, y sólo puede modificarlo cuando exprese razones suficientes para el abandono.

El cambio de criterio también debe cumplir con otros requisitos. En ese sentido, como señala Diego Eduardo López Medina,³⁷ el juez debe cumplir con dos cargas argumentativas:

III.1.1 La Carga de transparencia: Se debe mostrar que existe una doctrina que va a ser cambiada en el nuevo fallo, para lo cual es necesario citar las sentencias donde se adoptó determinado criterio, y hacer una reconstrucción poderosa de las razones que llevaron a su asunción. Con esta regla se busca evitar las variaciones ocultas o inadvertidas de la doctrina judicial.

III.1.2. La Carga de argumentación: Una vez transparentada la doctrina por abandonar, los jueces deben exponer los argumentos que justifiquen el cambio. Para Alexy, que un operador jurídico se aparte de sus precedentes supone, incluso, una pretensión de corrección que finalmente resulta acorde con el principio de universalidad, siempre que se aduzcan razones suficientes para ello.³⁸ Pero ¿de qué tipo deben ser estos argumentos?

³⁷ López Medina, Diego Eduardo, pp. 92 y 93.

³⁸ Alexy, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica...”, p. 264.

Para López Medina, la experiencia jurisdiccional permite identificar algunos referentes, en el sentido de que las *justificaciones suficientes y adecuadas* se traducen, usualmente, en modificaciones legislativa o en cambios sociales, económicos y políticos que generan obsolescencia o injusticia en la aplicación de la doctrina vigente o, finalmente, el tribunal puede considerar que la jurisprudencia resulta errónea, por ser contraria a los valores, objetivos, principios y derechos de determinado orden jurídico.³⁹

Con esta carga de argumentación se busca asegurar, en principio, la estabilidad de la doctrina judicial, con miras a la consecución de certeza jurídica y confianza en la aplicación del derecho. Pero, lo realmente importante es que, con la satisfacción total de estos requisitos, se logrará cumplir con los parámetros del principio de igualdad.

III.2. El principio de proporcionalidad. Este concepto jurídico cada vez se observa con mayor frecuencia en las decisiones de Tribunales Constitucionales, y su finalidad consiste en proporcionar elementos mínimos que puedan servir de base para justificar racionalmente la aplicación de normas constitucionales a casos concretos.

A grandes rasgos, el escrutinio fundado en este criterio estriba en que todo acto de autoridad, que restrinja el alcance de un derecho o principio fundamental, lo haga en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito. Se trata de un criterio para determinar si la intervención de un poder público es racionalmente aceptable.⁴⁰

³⁹ López Medina, Diego Eduardo, p. 93.

⁴⁰ Sánchez Gil, Rubén, p. 20.

Este modelo, como se ha anticipado, responde a un procedimiento desarrollado por el Tribunal Constitucional Alemán, que paulatinamente ha ido permeando en los tribunales más representativos de Europa, como el Francés, el Italiano o el Español.⁴¹ Un ejemplo de cómo se utiliza esta herramienta, en una decisión concreta, se puede observar en la sentencia BverfGE 16, 194,⁴² relativa a la toma de muestras de líquido cefalorraquídeo. La cuestión consistió en determinar si el acuerdo de un juez, que obligó a un procesado a practicarse esa muestra para determinar su imputabilidad, se ajustó o no al principio de proporcionalidad.

El promovente era administrador y socio mayoritario de una empresa. El resto correspondía a su madre, de 89 años. Por adeudos fiscales, se le inició procedimiento por el delito de administración desleal, y en el juicio se ordenó su revisión médica para determinar su imputabilidad, debido a que existía sospecha de una enfermedad del sistema nervioso central, para lo cual el juez consideró necesario exámenes de sangre y de líquido cefalorraquídeo.

Cuando la controversia llegó a instancias del Tribunal Constitucional Alemán, en la sentencia se consideró que la determinación del juez constituyó una afectación indebida al derecho fundamental de integridad física. Al respecto, argumentó lo siguiente:

a) Conforme a una interpretación funcional, una intervención en la libertad de inculcado únicamente resultaba procedente cuando la misma se encontrara en una relación de *proporcionalidad* con la gravedad de la acusación, la *intensidad* de la presunta responsabilidad, la posibilidad de un resultado positivo y la *idoneidad* de la medida adoptada para acreditar el hecho.

⁴¹ Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...”, pp. 49-51.

⁴² Sentencia de 10 de junio de 1963.

b) Si bien las alegaciones encaminadas a demostrar la inconstitucionalidad de la norma que establecía la facultad del juez para ordenar esos exámenes eran infundadas, esto no excluía que la medida adoptada en el caso particular no debía considerarse como inconstitucional.

c) Cuando se decide sobre la procedencia de la extracción de líquido cefalorraquídeo, al igual que en las medidas que afecten la libertad del individuo, el juez también debe tomar en cuenta **el principio de proporcionalidad entre el medio elegido y el fin perseguido**. Si bien para el interés público resulta relevante el esclarecimiento de delitos, lo cual tiene su base en el principio de legalidad como elemento esencial del Estado de Derecho, principios que por sí generalmente justifican actos que afecten la libertad del inculpado, el sustento en este interés general se diluye en la medida en que la afectación a la libertad se torna más grave.

d) Para evaluar la proporcionalidad entre el fin perseguido y la medida adoptada, por tanto se debe tomar en cuenta la gravedad del delito por el cual se instruye el proceso. En este caso, para que la aplicación de la ley resulte conforme a los derechos fundamentales mencionados, la medida adoptada debe guardar una relación de proporcionalidad con la gravedad del delito, de forma tal que no resulte en una afectación mayor para el inculpado, que la pena correspondiente si resultara culpable. Por tanto, cuando el juez emita determinaciones sustentadas en las disposiciones referidas, debe igualmente observar el principio constitucional que le prohíbe emitir determinaciones que resulten excesivas.

e) En el caso concreto, los tribunales no observaron el principio mencionado. En la sociedad de responsabilidad limitada respecto de la cual el demandante era el administrador único, además de él era socia su anciana madre con una pequeña fracción del capital social. Es posible suponer que ella aprobaba su comportamiento frente a la cámara de comercio o que, por lo menos, el ahora demandante podría contar con su aceptación. Sin embargo, conforme a la interpretación judicial del artículo 81a de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, la aprobación de todos los socios no excluye la actualización del ilícito consistente en una administración desleal por parte de los órganos societarios frente a la sociedad, pues los activos de la compañía responden ante los acreedores y eventualmente deben entregarse en pago. En la especie debe tomarse en cuenta que las multas fueron anuladas, nadie resultó afectado económicamente, ni la propia compañía ni algún acreedor. Por tanto, se

trata de un asunto sin importancia que, en todo caso, ameritaría una sanción ínfima, y bajo ciertas condiciones podría decretarse el sobreseimiento debido a la mínima responsabilidad del inculpado.

En cambio, la extracción de líquido cefalorraquídeo en sus dos formas es una medida que afecta la integridad corporal de forma relevante, de modo que obligar al inculpado a sujetarse a tal medida contra su voluntad, a pesar de la irrelevancia del caso, no se justifica. Por tanto, la medida fue desproporcionada.⁴³

Esta decisión es interesante por dos aspectos: El primero, porque reconoce que el principio de proporcionalidad se integra por tres subprincipios y, el segundo, porque el Tribunal es explícito en señalar que dicho principio extiende su ámbito de aplicación no sólo para evaluar una norma, sino para analizar el caso concreto, aun cuando la ley en que se fundó sea constitucional.

La doctrina contenida en casos como el citado ha sido reiterada en numerosos fallos del Tribunal Constitucional Alemán y, de acuerdo con esta línea jurisprudencial, toda intervención estatal, que no cumpla las exigencias de los subprincipios de la proporcionalidad, debe declararse inconstitucional.

La jurisprudencia alemana sobre el principio de proporcionalidad ha sido objeto de constantes estudios para tratar de complementarla, entre los académicos, quizá sea Robert Alexy quien la haya analizado con mayor profundidad, por lo que se tomará como base la teoría de este autor, para tratar de explicar brevemente cómo se estructura el modelo argumentativo fundado en ese principio.

⁴³ Traducción del maestro Andrés Carlos Vázquez Murillo.

Según Alexy, el escrutinio que deriva de la aplicación del principio de proporcionalidad implica la realización de un conjunto articulado y escalonado de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. A partir de este proceso sucesivo y escalonado, el Tribunal Constitucional debe, en primer lugar, verificar que la medida enjuiciada sea idónea. Si cumple con esa exigencia, debe someterla al análisis de necesidad y, si también supera ese examen, debe analizarla a partir de un escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. En caso de que la medida no supere alguna de las exigencias apuntadas debe considerarse inconstitucional. Es importante explicar cada uno de estos pasos.

III.2.1. Idoneidad. Este subprincipio supone que toda intervención sea adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Para ello, el operador jurídico debe verificar si el fin que se pretende favorecer es legítimo desde el punto de vista constitucional y si la medida tiene la capacidad para fomentar su consecución.

La legitimidad de los fines se concibe desde un punto de vista negativo, en el sentido de que cualquiera es legítimo, a menos que esté prohibido expresa o implícitamente por la Constitución.⁴⁴ Es decir, el marco referencial, donde se mueve la actividad del operador jurídico, es la propia normativa Constitucional.

III.2.2. Necesidad. Este criterio exige que la medida sea la única o la más benigna con el derecho fundamental intervenido. Para evaluar esa circunstancia, el juez debe realizar una comparación con otros medios

⁴⁴ *Vid.*, Alexy, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, pp. 130 a 133, así como Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...”, pp. 687 y 688.

alternativos que también resulten idóneos para alcanzar el fin constitucional. Hay que valorar si alguno de ellos cumple con dos exigencias: 1) si tiene, por lo menos, el mismo grado de idoneidad que la medida examinada para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato de esta última y 2) si afecta al derecho fundamental en un grado menor.⁴⁵

En términos generales, el análisis de la idoneidad y de la necesidad tiene por objeto determinar si la intervención en los derechos fundamentales podría evitarse sin costo para otros principios. No se trata propiamente de medir el peso de los principios, por lo que en ellos la ponderación no juega papel alguno.

III.2.3. Proporcionalidad en sentido estricto. Este elemento busca solucionar las colisiones entre principios, las cuales, según Alexy, se resuelven de modo distinto a las de las reglas. Cuando dos principios entran en tensión uno de los dos ha de ceder frente al otro. Esto no significa que sea inválido ni que sea necesario introducir alguna excepción. Lo que sucede es que, en determinadas circunstancias, un principio precede al otro. Es por esta razón por la que se afirma que, en los casos concretos, los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión de peso no según la dimensión de validez.

Este es el campo de la ponderación, la cual constituye la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas se caracterizan porque no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan

⁴⁵ Vid., Alexy, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, p. 447, así como Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...”, pp. 735 y 736.

*“que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.*⁴⁶

Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos. Para establecer esa *“mayor medida posible”* en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas y tener en cuenta las circunstancias fácticas de cada caso concreto.

La estructura del supprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, a su vez, se divide en tres pasos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación, que es necesario explicar para entender con mayor claridad el procedimiento en examen.

III.2.3.1. La ley de la ponderación. Es el núcleo del procedimiento argumentativo, la cual es definida por Alexy⁴⁷ de la siguiente manera: *“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”.*

A partir de esta definición, la ponderación se divide en otros tres pasos. En el primero, se define el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. En el segundo, se establece la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. En el tercero, se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.⁴⁸

⁴⁶ Alexy, Robert, “La fórmula del peso” p. 12.

⁴⁷ Alexy, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, p. 161 y ss.

⁴⁸ Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, p. 49.

El primero y el segundo paso de la ley de ponderación son análogos. En ambos casos, la operación consiste en establecer un grado de afectación o no satisfacción tanto del primero como del segundo principio, y se le puede entender como la determinación del grado de afectación de los principios en el caso concreto. Para establecer ese grado, Alexy sostiene que puede determinarse mediante el uso de una escala triádica o de tres intensidades, que puede ser “*leve*”, “*medio*” o “*intenso*”.

Conviene establecer que el grado de afectación de los principios en el caso concreto no es la única variable relevante para determinar, en el tercer paso, si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero, sino que también resulta importante el denominado “*peso abstracto*” de los principios relevantes. Esta variable se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios tienen la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominantes en la sociedad.

A los anteriores factores se agrega un tercero, que se refiere a la seguridad de las apreciaciones empíricas, donde se verifica la afectación concreta sobre los principios relevantes. La existencia de esta variable surge del reconocimiento de que las apreciaciones empíricas relativas a la afectación de los principios en colisión pueden tener un distinto grado de certeza y, dependiendo de ello, mayor o menor deberá ser el peso que se reconozca al respectivo principio.

Las tres variables apuntadas corresponden al primero y segundo pasos de la ponderación y, con base en estos, la pregunta a responder es ¿cómo se relacionan los pesos concretos y abstractos de los principios que

concurren a la ponderación, más la seguridad de las premisas empíricas, para determinar, en el tercer paso, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro? De acuerdo con Alexy, esto es posible mediante la denominada *fórmula del peso*.

III.2.3.2. La fórmula del peso. Esta operación tiene por objeto establecer si la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro. La fórmula tiene la estructura siguiente:

$$G_{Pi,JC} = \frac{I_{PiC} \times G_{PiA} \times S_{PiC}}{W_{PjC} \times G_{PjA} \times S_{PjC}}$$

(IPiC) expresa la intensidad de la intervención del principio en el caso concreto.

(WPjC) expresa la importancia de la satisfacción del principio en el caso concreto.

(GPiA) expresa el grado del principio en abstracto.

(GPjA) expresa el grado del principio en abstracto.

(SPiC) expresa la seguridad de la afectación en el caso concreto.

(SPjC) expresa la seguridad de la satisfacción en el caso concreto.

La fórmula expresa que el peso del principio P_i , en relación con el principio P_j , en las circunstancias del caso concreto, resulta del cociente entre el producto de la afectación del principio P_i en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas de su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio P_j en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra.

Para establecer la importancia de las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala triádica: leve=1; medio= 2; intenso= 4. En cambio, a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de seguro=1; plausible= $\frac{1}{2}$; y no evidentemente falso= $\frac{1}{4}$.

III.2.3.3. Las cargas de la argumentación. Este criterio opera cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos.

En este aspecto, Alexy defiende la existencia de una carga argumentativa a favor de la libertad jurídica y de la igualdad jurídica. De acuerdo con este referente, ningún principio opuesto podría prevalecer, a menos que se invocaran “razones más fuertes”. Esto podría interpretarse en el sentido de que, en caso de empate, la regla de precedencia debería ser a favor de los principios de libertad jurídica o de igualdad jurídica. La precedencia a favor de los principios citados obedece a que, como se dijo en apartados anteriores, constituyen la base de cualquier sociedad democrática y, por ende, del Estado Constitucional.

El concepto de ponderación es objeto de variadas discusiones teóricas y prácticas. Uno de los problemas principales se ha centrado en determinar si es un procedimiento racional para aplicar normas jurídicas o un mero instrumento retórico, útil para justificar toda clase de decisiones judiciales. Por ejemplo, Habermas ha sostenido que la ponderación no es nada más que un juicio arbitrario y salomónico y que, por lo tanto, ni los jueces ni el Tribunal Constitucional están revestidos de suficiente legitimidad para aplicar los principios mediante este procedimiento. Si ellos lo hacen, sin lugar a dudas restringen, e incluso usurpan, las competencias atribuidas por la Constitución a otros poderes del Estado.⁴⁹

Con todo y críticas como la anterior, es importante destacar que la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los Tribunales Constitucionales, donde fundamentalmente se aplican normas con la estructura de principios y, por lo mismo, resulta un criterio útil para evaluar la racionalidad de las decisiones de esa clase de órganos.⁵⁰

III.3. El test de igualdad con distintas clases de escrutinio. La Corte Suprema de Estados Unidos también ha hecho un aporte significativo en la tarea de definición y aplicación del principio de igualdad, a través de la interpretación de la cláusula *equal protection*, prevista por la decimocuarta enmienda de la Constitución de dicho país. La línea jurisprudencial se funda en el reconocimiento de un *sistema de escrutinios*, que pueden ser estrictos, intermedios o débiles.

⁴⁹ Habermas, Jürgen, pp. 327 y ss. Otras críticas se pueden ver en Moresso, José Juan, p. 63 y ss.

⁵⁰ Para un análisis detenido del concepto de ponderación: *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales...”, p. 757 y ss.

En este sistema desarrollado, la intensidad del *test de igualdad* depende de distintos factores. No todo tipo de diferenciación es evaluada con el mismo criterio.

La determinación del nivel de escrutinio implica someter el caso a ciertas reglas. La Corte Suprema se ha preocupado por explicar qué factores influyen en la elección del nivel de escrutinio a aplicar. No obstante, no existen estándares exactos al respecto, ya que, en última instancia, siempre existirá un considerable grado de discrecionalidad en la asignación de un tipo de escrutinio a una determinada clasificación, y depende de los factores del caso concreto.

Es de fundamental importancia el establecimiento del nivel de escrutinio, ya que un acto sometido a uno estricto será observado con suma desconfianza por el juez, quien presumirá su inconstitucionalidad ante la mera impugnación, y queda al Estado demostrar y argumentar para justificar el fin legítimo de la medida. En el otro extremo, las medidas sometidas al escrutinio débil no encuentran gran problema para superarlo. El escrutinio intermedio surge como un nivel de análisis no tan severo como el estricto pero tampoco tan laxo como el débil.

III.3.1. Escrutinio débil. Este nivel se presenta como el menos rígido y se aplica, por regla general, en ámbitos donde el legislador se mueve con mayor frecuencia y, por lo mismo, donde dispone de amplios márgenes de apreciación o de decisión, como en la economía. Al igual que en los demás niveles de escrutinio, el análisis a partir de una intensidad débil se concentra en el fin de la norma y en los medios dispuestos para alcanzarlo, pero basta con que el fin sea legítimo, sin que sea necesario juzgar su relevancia social, como se hace en los restantes tipos de escrutinio.

Una vez establecido el fin, el Tribunal analiza si la distinción establecida posee eficacia para alcanzar esa finalidad, para lo cual basta que la clasificación guarde una relación racional con el fin de la norma. Cabe aclarar que este vínculo, entre medios y fines, se presume, por lo que, en todo caso, corresponderá al impugnante demostrar la ineficacia de la medida. Con base en esta escala de intensidad, un acto es constitucional siempre que sea una medida potencialmente adecuada para alcanzar un propósito no prohibido por el orden jurídico. El escrutinio débil, entonces, consta de dos exigencias: *a)* que el trato diferente tenga un objetivo legítimo y *b)* que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo.

En este sentido, una diferenciación es inconstitucional, si su objetivo está prohibido por la Constitución o si ella es manifiestamente inadecuada para alcanzarlo.

III.3.2. Escrutinio intermedio. Como punto de partida, en este nivel debe tenerse en cuenta que la carga de acreditar la racionalidad de la medida recae en el Estado, así como la exigencia no ya tan sólo de un fin legítimo, sino importante. Este nivel de intensidad se utiliza generalmente para analizar los casos en que se emiten actos donde se utilizan diferencias con criterios *sospechosos*, pero no para perjudicar a los grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos, sino todo lo contrario: para intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real.

En algunos de estos supuestos, por ejemplo, se utiliza el criterio sospechoso del género, pero no para perjudicar a las mujeres, sino para obtener la igualdad real con el género masculino. Se trata principalmente de los casos de acciones afirmativas. Este tipo de acciones implican la utilización de protección especial sobre determinados sectores sociales

históricamente discriminados, con miras a procurar una solución transitoria que permita garantizar la igualdad de oportunidades.

Así, las acciones afirmativas se pueden definir como el uso de instrumentos jurídicos para eliminar una discriminación existente y continuada, para eliminar efectos de discriminaciones pasadas, y para crear sistemas y procedimientos para prevenir futuras discriminaciones.⁵¹ En la práctica constituyen la instrumentación de programas basados en clasificaciones que tienen en consideración, por ejemplo, la raza o el sexo, pero con la finalidad de beneficiar minorías históricamente discriminadas.

El escrutinio intermedio también implica el cumplimiento de dos exigencias: a) que el objetivo del trato diferente sea constitucionalmente importante y b) que entre el trato y el objetivo exista una relación de idoneidad sustantiva.

III.3.3. *Escrutinio estricto.* Este tipo de referente es uno de los elementos donde más se ha centrado la actividad de la jurisprudencia norteamericana sobre el principio de igualdad. Se utiliza para enjuiciar las medidas de diferenciación que se vinculan con grupos o intereses discriminados tradicionalmente y que, por tal causa, merecen una protección especial del Estado.

Esta regla se aplica cuando una diferenciación se fundamenta en criterios *sospechosos* como la raza, la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía, entre otros. Para estimar que la medida enjuiciada es constitucional, debe analizarse si es necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso.

⁵¹ Black's Law Dictionary, p. 38.

Para evaluar esta condición, la medida debe cumplir dos exigencias: a) que persiga un objetivo constitucionalmente imperioso o un objetivo imperioso para la sociedad y para el Estado y b) que sea necesaria o indispensable para alcanzarlo. En lo que concierne a esta última exigencia, la medida no debe ser sólo potencialmente adecuada, sino necesaria para alcanzar el fin: la única o la más idónea.

En el examen de constitucionalidad con un escrutinio estricto, la carga de la prueba y de la argumentación recae justamente en quien invoca la medida, pues mientras no se justifique razonablemente, prevalece la presunción de trato desigual injustificado.⁵²

El escrutinio que deriva de la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos se puede ejemplificar con la argumentación de la sentencia 388 US 1 *Loving v. Virginia*, de 1967. Como antecedentes de este caso, se encuentran que el Sr. Loving era blanco, y su novia de raza negra. Ambos vivían en Virginia y, ante la imposibilidad jurídica de contraer matrimonio en su Estado, decidieron hacerlo en uno vecino. Al volver fueron detenidos, juzgados y condenados a un año de cárcel por haber quebrantado la ley del siglo XIX que prohibía los matrimonios interraciales. Se les dio la oportunidad de dejar en suspenso la condena durante 25 años si se iban de Virginia y no regresaban durante ese lapso. El señor Loving impugnó y finalmente el caso llegó a la Corte Suprema. En la sentencia, se razonó lo siguiente:

“...Virginia es uno de los 16 Estados que prohíben y castigan según el tipo de matrimonios, por razón de la raza de las personas. En este Estado las condenas por casarse con alguien de distinta raza han sido habituales desde

⁵² Sobre el desarrollo y contenido del *test de igualdad* se tomó como referencia la obra de Wolfe, Christopher, “Transformación de la Interpretación Constitucional”, p. 169 y ss, así como el artículo de Giardelli, Lucas, Toller, Fernando y Cianciardo, Juan, pp. 301 y ss.

la época colonial. Para avalar su constitucionalidad, el Tribunal Supremo de Virginia se apoya en nuestra sentencia *Naim v. Naim*, de 1955. Efectivamente, en la sentencia frente a la que se ha interpuesto el recurso este Tribunal dijo que la finalidad, legítima, del Estado era [preservar la integridad racial de los ciudadanos] e impedir la [degeneración de la especie] y [la pérdida del orgullo de la raza], que obviamente son afirmaciones que se fundamentan en la supremacía de los blancos. El Estado de Virginia no pretende afirmar que sus competencias para regular el matrimonio son ilimitadas, en el marco de la 14ª enmienda, sino que el significado de la cláusula de protección equitativa, tal y como la diseñaron los constituyentes, es que las tipificaciones penales que incluyan distinciones racionales deben aplicarse por igual a blancos y a negros, siendo el castigo también el mismo. De este modo, el Estado alega que si su ley de prohibición del matrimonio interracial castiga tanto a blancos como a negros, entonces, y pese a que su razón de ser es una distinción racial, no es discriminatoria (...).

Debemos rechazar el argumento del Estado de que la ley es constitucional si existe un posible fundamento racional que la ampare y a cuya finalidad atienda. Y ello porque no podemos admitir que la [aplicación igualitaria] de una ley que contenga distinciones raciales la sitúe al margen de la aplicación de las prohibiciones y limitaciones que para los poderes públicos entraña la 14ª enmienda en el sentido de vedar cualquier discriminación racial odiosa. Se trata de una ley que contiene en sí misma una distinción racial, y el hecho cierto de que se aplique por igual a todas las personas de todas las razas no libra al Estado de la severa carga justificativa que le impone la 14ª enmienda en lo relativo a la raza.

El Estado alega que la 39ª Legislatura del Congreso que aprobó la 14ª enmienda no tenía en mente considerar inconstitucionales las leyes sobre matrimonios mixtos. En relación con un problema similar hemos dicho que pese a que estas fuentes históricas [aportan algún criterio] no son suficientes para resolver la cuestión (...). Y hemos rechazado que los debates parlamentarios en la 39ª Legislatura o en los Parlamentos de los Estados que ratificaron la 14ª Enmienda permitan afirmar que los derechos a la igualdad que ésta garantiza se ven satisfechos mediante leyes penales basadas en distinciones raciales –aunque los delitos se tipifiquen y se apliquen por igual a unas personas o a otras-.

El Estado de Virginia fundamenta su teoría de la [aplicación igualitaria] en nuestra sentencia *Pace v. Alabama* (1883). Entonces mantuvimos la constitucionalidad de una ley de Alabama que castigaba con mayor dureza el adulterio o acceso carnal entre blancos y negros que otra ley distinta referida a la misma conducta pero entre personas de la misma raza. Dijimos que no podíamos considerar la ley discriminatoria contra los negros porque el castigo para cualquiera de las personas implicadas era el mismo. Sin embargo, en 1964 rechazamos ese razonamiento: [*Pace contiene una concepción muy restrictiva de la cláusula de protección equitativa que no ha tenido continuidad en nuestra jurisprudencia*] (...). La verdadera razón de ser de la 14ª Enmienda fue acabar con cualquier rastro odioso de discriminación racial por parte de los Estados. Y no hay duda de que la ley sobre matrimonios mixtos de Virginia tiene como único fundamento la diferenciación racial. La ley castiga penalmente una conducta que está ya generalmente aceptada si la llevan a cabo personas de distinta raza. Además, la cláusula de protección equitativa exige que las distinciones raciales, particularmente sospechosas en el ámbito penal estén sometidas [**al más estricto control judicial**] (...) y sólo se podrán considerar constitucionales si acreditan ser necesarias para la consecución de una finalidad legítima de los poderes públicos, al margen de la discriminación racial proscrita por la 14ª Enmienda.

Resulta evidente que, independientemente de la segregación de las personas por razón de la raza, no existe una finalidad o un interés relevante que justifique la discriminación racial de la ley de Virginia. El hecho de que sólo castigue los matrimonios interraciales en los que uno de los cónyuges sea blanco pone de manifiesto que en este caso la discriminación racial es el único fundamento de la ley impugnada, con el fin de perpetuar la supremacía de los blancos. Siempre hemos afirmado la inconstitucionalidad de las medidas que limiten los derechos de los ciudadanos por la simple circunstancia racial. Restringir el derecho al matrimonio sólo por pertenecer a una o a otra raza es incompatible con la esencia de la cláusula de protección equitativa. Es indudable que bajo nuestra Constitución casarse o no casarse con una persona de distinta raza es un derecho fundamental de las personas y no puede ser menoscabado por los poderes públicos...”⁵³

⁵³ Beltrán de Felipe, Miguel y González García Julio V., p. 353 y ss.

Esta decisión judicial resulta ilustrativa para advertir el test de igualdad utilizado por la Corte Suprema. En principio, resalta el empleo del precedente judicial, donde la Corte busca la mayor transparencia y realiza una reconstrucción de su doctrina judicial, para finalmente concluir que el criterio, en el cual el Estado pretendió fundar la constitucionalidad de la norma, había sido abandonado en decisiones anteriores.

Por otro lado, como se puede observar, la decisión descansó en la premisa fundamental de considerar el *escrutinio estricto*, como parámetro de enjuiciamiento de la ley impugnada. A partir de esa elección valorativa, en la sentencia se consideró que correspondía al estado justificar que la medida adoptada, al vincularse con un criterio sospechoso como la raza, tenía un fin legítimo del poder público.

La Corte estimó que el estado no justificó la finalidad o interés relevante más allá de la segregación de las personas, con la única intención de preservar la supremacía de la raza blanca. Por tanto, concluyó que la norma era incompatible con la cláusula de protección equitativa.

Esta conclusión muestra cómo se estructura el escrutinio o test de igualdad. En principio, se determinó que el nivel de escrutinio que serviría de parámetro para contrastar la ley sería el estricto. A partir de esta elección, la carga de justificar la racionalidad de la medida recaía en el estado, quien debía demostrar la satisfacción de un fin público legítimo o interés relevante. Al no cumplir con dicha carga, pesaba la presunción de inconstitucionalidad de la ley y, por tanto, correspondía su invalidez.

Al igual que el principio de proporcionalidad, el llamado sistema de escrutinios de la Corte Suprema de Estados Unidos está lejos de ser un procedimiento concluyente que elimine todo margen de discrecionalidad, pero con todo y esas limitaciones, cumple con el objetivo de aportar ciertos elementos que, a la vez que tienden a la ansiada complementación de las exigencias del principio de igualdad con el control de racionalidad, conforman un conjunto de reglas que brindan un marco de certeza y previsibilidad, por lo que representa una herramienta plausible para justificar las decisiones que involucran la aplicación de normas constitucionales.

Ahora bien, en comparación con el juicio de proporcionalidad de índole europea, al que se hizo referencia en el apartado anterior, la escala de intensidades de origen norteamericano, desde un punto de vista personal, podría verse con algunas ventajas y desventajas. En principio, genera mayor certeza la necesidad de diferenciar en tres escenarios el ámbito de actuación o libertad que se reconoce a los poderes públicos, con lo cual las autoridades, antes de emitir cualquier acto, tienen un marco referencial mínimo que les genera cierta previsibilidad sobre qué parámetro será utilizado, en su caso, para analizar la constitucionalidad de una medida que intervenga algún derecho fundamental.

No obstante, la misma determinación de los escrutinios genera un alto grado de discrecionalidad en el operador jurídico, ya que no siempre es tan clara la correspondencia del nivel de escrutinio por aplicar y, como se dijo, no existe un criterio concluyente que delimite la frontera de los criterios *sospechosos*, sino que dicha calificación se encuentra estrechamente ligada a los ámbitos donde la actuación del poder se vincula con la intervención de algún derecho fundamental.

Pero, en un ejercicio de reflexión, se podría advertir que toda norma, con cierto grado de racionalidad, se puede vincular con algún derecho fundamental, incluso en aspectos como el económico, de manera que la determinación del escrutinio estricto es un tanto cuanto ambigua, y quizá la forma de hacerlo más operativo sería delimitar y concretar los criterios sospechosos a un catálogo.

A diferencia del sistema de escrutinios, el principio de proporcionalidad se presenta como un procedimiento más desarrollado y con bases más claras, que finalmente busca restringir en mayor medida el grado de discrecionalidad del operador jurídico, sin embargo, en ambos instrumentos sigue pesando esa carga de discrecionalidad, que finalmente es donde se han centrado las críticas de sus detractores.

Carlos Bernal Pulido, por ejemplo, propone un procedimiento integrado de juicio de igualdad, a partir de las ventajas del principio de proporcionalidad y del sistema de escrutinios, para lo cual proporciona 23 reglas, pero él mismo destaca que la creación de un sistema coherente para la aplicación del principio de igualdad, es uno de los retos más importantes para la jurisprudencia y la dogmática constitucional.⁵⁴

Como quiera que sea, ambos procedimientos, tanto el principio de proporcionalidad como el test de igualdad representan herramientas que buscan dotar de racionalidad a la adjudicación judicial, y ahí radica su beneficio y reconocimiento como técnicas de argumentación constitucional.

⁵⁴ Bernal Pulido, Carlos, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia...”, pp. 69 y ss.

Capítulo IV. El juicio de igualdad en la argumentación de la justicia constitucional mexicana.

En México, la transición hacia el Estado Constitucional de derecho ha sido lenta, si se le compara con otros Estados, sobre todo de Europa, ya que, hasta hace relativamente poco, las garantías jurisdiccionales de sujeción de las normas y actos a la Constitución eran prácticamente inexistentes, y fue hasta la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994,⁵⁵ que reestructuró al Poder Judicial de la Federación y a su máximo órgano, cuando se dio respuesta a la creciente trascendencia de dos grandes necesidades sociales del Estado: limitar y controlar el poder, y proteger la igualdad y la libertad de los individuos y los grupos sociales.

El ámbito electoral también formó parte de ese proceso de cambio, en tanto que, para garantizar la constitucionalidad de los actos y resoluciones en esa materia, en 1996 se incluyó un sistema integral de medios de impugnación,⁵⁶ que adoptó una distribución competencial entre la SCJN y el TEPJF. La primera a través de la acción de inconstitucionalidad contra normas generales y el segundo al resolver las impugnaciones en casos concretos.

El modelo de control de constitucionalidad en materia electoral acabó de delinearse con las últimas reformas constitucionales y legales, donde expresamente se consignó, en el artículo 99, párrafo sexto de la Constitución,⁵⁷ la competencia de las Salas del TEPJF para resolver la no

⁵⁵ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el mismo día.

⁵⁶ A raíz de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de agosto de 1996.

⁵⁷ Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2007.

aplicación de leyes contrarias a la Constitución⁵⁸ y, en el artículo 47, apartado 3, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, la competencia para analizar la conformidad con la Constitución de la normativa interna de los partidos políticos.⁵⁹

De esta forma, el actual modelo constitucional otorga, tanto a la SCJN como al TEPJF, facultades propias de verdaderos Tribunales Constitucionales, las cuales, si bien no sirven de base para atribuirles ese calificativo,⁶⁰ lo cierto es que sí les exige la adopción de argumentos propios de la justicia constitucional.

IV.1. La argumentación constitucional de la SCJN. En la doctrina judicial de la SCJN se pueden identificar rasgos característicos de los métodos argumentativos propios de la justicia constitucional. Si bien no puede afirmarse un desarrollo similar al de otras jurisdicciones, lo cierto es que sí sirven de base para sostener que dicho tribunal ha dado pasos importantes en ese camino, por ejemplo, ha acogido la doctrina relacionada con el principio de igualdad, el principio de proporcionalidad y el test con distintas clases de escrutinio, como criterios para la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales.

En efecto, en cuanto al principio de igualdad, la SCJN comparte la idea de que se trata de uno de los principios estructurales del Estado Constitucional y, a partir de esa concepción, lo considera como el

⁵⁸ La previsión expresa de la facultad para conocer sobre la inconstitucionalidad de leyes respondió, en gran medida, a un criterio de la SCJN, donde había considerado que el TEPJF carecía de competencia para realizar ese control de constitucionalidad.

⁵⁹ Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de enero de 2008.

⁶⁰ Para abundar sobre la naturaleza y competencias de los Tribunales Constitucionales, *Vid.*, Favoreu, Louis, “Los Tribunales Constitucionales”.

parámetro para enjuiciar la validez de normas jurídicas. Esta afirmación se puede identificar en la tesis de jurisprudencia siguiente:

“IGUALDAD. LÍMITES A ESTE PRINCIPIO. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todos los hombres son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor. **Así, el principio de igualdad se configura como uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación,** y si bien es cierto que el verdadero sentido de la igualdad es colocar a los particulares en condiciones de poder acceder a derechos reconocidos constitucionalmente, lo que implica eliminar situaciones de desigualdad manifiesta, ello no significa que todos los individuos deban ser iguales en todo, ya que si la propia Constitución protege la propiedad privada, la libertad económica y otros derechos patrimoniales, está aceptando implícitamente la existencia de desigualdades materiales y económicas; es decir, el principio de igualdad no implica que todos los sujetos de la norma se encuentren siempre, en todo momento y ante cualquier circunstancia, en condiciones de absoluta igualdad, sino que dicho principio se refiere a la igualdad jurídica, que debe traducirse en la seguridad de no tener que soportar un perjuicio (o privarse de un beneficio) desigual e injustificado. En estas condiciones, el valor superior que persigue este principio consiste en evitar que existan normas que, llamadas a proyectarse sobre situaciones de igualdad de hecho, produzcan como efecto de su aplicación la ruptura de esa igualdad al generar un trato discriminatorio entre situaciones análogas, o bien, propicien efectos semejantes sobre personas que se encuentran en situaciones dispares, lo que se traduce en desigualdad jurídica”.⁶¹

⁶¹ Tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XX, materia constitucional, octubre de 2004, p. 99. El resaltado en negrita es propio.

Asimismo, la SCJN ha destacado la importancia de que, en la determinación del principio de igualdad, se cumpla con parámetros mínimos de razonabilidad en la determinación de las normas relevantes para cada caso concreto. Esta exigencia se advierte de la tesis de jurisprudencia siguiente:

“PRINCIPIO GENERAL DE IGUALDAD. SU CONTENIDO Y ALCANCE. El principio de igualdad tiene un carácter complejo en tanto subyace a toda la estructura constitucional y se encuentra positivizado en múltiples preceptos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que constituyen sus aplicaciones concretas, tales como los artículos 1o., primer y tercer párrafos, 2o., apartado B, 4o., 13, 14, 17, 31, fracción IV, y 123, apartado A, fracción VII. Esto es, los preceptos constitucionales referidos constituyen normas particulares de igualdad que imponen obligaciones o deberes específicos a los poderes públicos en relación con el principio indicado; sin embargo, tales poderes, en particular el legislador, están vinculados al principio general de igualdad, establecido, entre otros, en el artículo 16 constitucional, en tanto que éste prohíbe actuar con exceso de poder o arbitrariamente. Ahora bien, este principio, como límite a la actividad del legislador, no postula la paridad entre todos los individuos, ni implica necesariamente una igualdad material o económica real, **sino que exige razonabilidad en la diferencia de trato, como criterio básico para la producción normativa.** Así, del referido principio derivan dos normas que vinculan específicamente al legislador ordinario: por un lado, un mandamiento de trato igual en supuestos de hecho equivalentes, salvo que exista un fundamento objetivo y razonable que permita darles uno desigual y, por el otro, un mandato de tratamiento desigual, que obliga al legislador a establecer diferencias entre supuestos de hecho distintos cuando la propia Constitución las imponga. De esta forma, para que las diferencias normativas puedan considerarse apegadas al principio de igualdad es indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con estándares y juicios de valor generalmente aceptados, cuya pertinencia debe apreciarse en relación con la finalidad y

efectos de la medida considerada, debiendo concurrir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.⁶²

El reconocimiento de la igualdad y de la razonabilidad, como principios estructurales del moderno Estado Constitucional, ha propiciado una transición argumentativa de las sentencias de la SCJN, hasta el punto que actualmente ha adoptado técnicas argumentativas propias de la jurisdicción constitucional.

Ciertamente, la articulación del principio de proporcionalidad, en los términos definidos por Alexy, parece haber sido adoptada por la SCJN y por algunos tribunales con competencia constitucional en nuestro país, como se puede observar de las tesis de jurisprudencia siguientes:

“IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA. La igualdad normativa presupone necesariamente una comparación entre dos o más regímenes jurídicos, ya que un régimen jurídico no es discriminatorio en sí mismo, sino únicamente en relación con otro. Por ello, el control de la constitucionalidad de normas que se estiman violatorias de la garantía de igualdad no se reduce a un juicio abstracto de adecuación entre la norma impugnada y el precepto constitucional que sirve de parámetro, sino que incluye otro régimen jurídico que funciona como punto de referencia a la luz de un término de comparación relevante para el caso concreto. Por tanto, el primer criterio necesario para analizar una norma a la luz de la garantía de igualdad consiste en elegir el término de comparación apropiado, que permita comparar a los sujetos desde un determinado punto de vista y, con base en éste, establecer si se encuentran o no en una situación de igualdad respecto de otros individuos sujetos a diverso régimen y si el trato que se les da, con base en el propio término de comparación, es diferente. En caso de que los sujetos comparados no sean

⁶² Tesis de jurisprudencia de la Segunda Sala de la SCJN, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVII, materia constitucional, junio de 2008, p. 448. El resaltado en negrita es propio.

iguales o no sean tratados de manera desigual, no habrá violación a la garantía individual en cuestión. Así, una vez establecida la situación de igualdad y la diferencia de trato, **debe determinarse si la diferenciación persigue una finalidad constitucionalmente válida.** Al respecto, debe considerarse que la posición constitucional del legislador no exige que toda diferenciación normativa esté amparada en permisos de diferenciación derivados del propio texto constitucional, sino que es suficiente que la finalidad perseguida sea constitucionalmente aceptable, salvo que se trate de una de las prohibiciones específicas de discriminación contenidas en el artículo 1o., primer y tercer párrafos, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues respecto de éstas no basta que el fin buscado sea constitucionalmente aceptable, sino imperativo. **La siguiente exigencia de la garantía de igualdad es que la diferenciación cuestionada sea adecuada para el logro del fin legítimo buscado;** es decir, que la medida sea capaz de causar su objetivo, bastando para ello una aptitud o posibilidad de cumplimiento, sin que quepa exigir que los medios se adecuen estrechamente o estén diseñados exactamente para lograr el fin en comento. En este sentido, no se cumplirá el requisito de adecuación cuando la medida legislativa no contribuya de modo alguno a la obtención de su fin inmediato. Tratándose de las prohibiciones concretas de discriminación, en cambio, será necesario analizar con mayor intensidad la adecuación, siendo exigible que la medida esté directamente conectada con el fin perseguido. **Finalmente, debe determinarse si la medida legislativa de que se trate resulta proporcional, es decir, si guarda una relación razonable con el fin que se procura alcanzar, lo que supone una ponderación entre sus ventajas y desventajas,** a efecto de comprobar que los perjuicios ocasionados por el trato diferenciado no sean desproporcionados con respecto a los objetivos perseguidos. De ahí que el juicio de proporcionalidad exija comprobar si el trato desigual resulta tolerable, teniendo en cuenta la importancia del fin perseguido, en el entendido de que mientras más alta sea la jerarquía del interés tutelado, mayor puede ser la diferencia.”⁶³

“PROPORCIONALIDAD EN LA PONDERACIÓN. PRINCIPIOS DEL MÉTODO RELATIVO QUE DEBEN ATENDERSE PARA EVALUAR LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS

⁶³ Tesis de jurisprudencia de la Segunda Sala de la SCJN, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVII, materia constitucional, junio de 2008, p. 440. El resultado en negrita es propio.

POR EL LEGISLADOR, EN EL JUICIO DE AMPARO EN QUE LA LITIS IMPLICA LA CONCURRENCIA Y TENSIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE COMERCIO Y LOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, AL PLANTEARSE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA DE OBSERVANCIA GENERAL QUE PROHÍBE LA VENTA DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL TABACO. La litis en el juicio de amparo cuando se plantea la inconstitucionalidad de una norma de observancia general que prohíbe la venta de productos derivados del tabaco y tiene como objetivo la protección de la salud de los no fumadores, implica la concurrencia y tensión entre derechos fundamentales, como son el de libertad de comercio y los relativos a la protección de la salud y a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar, lo que amerita utilizar el método de proporcionalidad en la ponderación para resolver la controversia. Lo anterior es así, porque la libertad de comercio no es absoluta y, en ese sentido, admite restricciones e incluso la concurrencia de otros derechos como los mencionados. En ese contexto, atendiendo al señalado método, para evaluar la legitimidad de las medidas adoptadas por el legislador ordinario, es pertinente corroborar que se atiendan los principios siguientes: a) Admisibilidad. **En primer lugar, la restricción creada por el legislador debe ser admisible** conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e idónea para regir en el caso concreto donde se actualiza la medida; es decir, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de los derechos fundamentales en los casos y en las condiciones que el propio Ordenamiento Supremo establece, como lo prescribe su artículo 1o. Por tanto, es claro que el legislador no tiene facultades para fijar limitaciones a derechos fundamentales, adicionales a las que derivan de la Norma Fundamental, y sus atribuciones de producción normativa sólo deben desplegarse para dar contenido exacto a aquéllas, que deben ser idóneas y adecuadas para el caso concreto o la necesidad social que determina una regulación; b) Necesidad. **La medida legislativa de carácter restrictivo debe ser necesaria** para asegurar la obtención de los fines que la fundamentan, porque no basta que la restricción sea en términos amplios, útil para la obtención de ese fin, sino que, de hecho, esa medida debe ser la idónea, óptima e indispensable para su realización. Por ello, el Juez constitucional debe asegurarse de que el fin buscado por el legislador no pueda alcanzarse razonablemente por otros medios menos restrictivos o intrusivos de derechos fundamentales, dado que las restricciones constitucionalmente previstas a éstos tienen un carácter excepcional, lo cual implica que el

legislador debe echar mano de ellas sólo cuando sea estrictamente necesario; y, c) **Proporcionalidad. La medida legislativa debe ser proporcional, lo que implica respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efectos perjudiciales** que produce en otros derechos e intereses constitucionales. Así, el objetivo es que el resultado del balance entre ventajas y desventajas o entre beneficios y costos, siempre derive en un resultado o cociente positivo, si se quiere superavitario, entendiendo que el beneficio supere al daño, a partir de un equilibrio entre las razones pertinentes y que se atiendan en la medida del óptimo posible para casos concretos. De ahí que los anteriores principios deben contemplarse cuando se trate de restricciones suficientes u oponibles al disfrute de derechos fundamentales, como en el caso, la libertad de comercio.⁶⁴

Como se advierte, la SCJN, para analizar la constitucionalidad de una norma, realiza un escrutinio a través de tres subprincipios, que derivan del principio de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, lo cual, como se dijo, se identifica con la teoría del principio de proporcionalidad, utilizado por Tribunales Constitucionales europeos, y que ha sido ampliamente estudiado por Robert Alexy.

En cambio, en otros precedentes, la doctrina judicial de la SCJN se identifica con el juicio de igualdad con distintos niveles de escrutinio, que practica la Corte Suprema de Estados Unidos, tal como se advierte de la tesis de jurisprudencia siguiente:

“ANÁLISIS CONSTITUCIONAL. SU INTENSIDAD A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICO Y DE DIVISIÓN DE PODERES. Acorde con las consideraciones sustentadas por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 1a.

⁶⁴ Tesis de jurisprudencia del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIX, materia administrativa, enero de 2009, p. 2788. El resaltado en negrita es propio.

CXXXIII/2004, de rubro: "IGUALDAD. CASOS EN LOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE HACER UN ESCRUTINIO ESTRICTO DE LAS CLASIFICACIONES LEGISLATIVAS (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS).", **siempre que la acción clasificadora del legislador incida en los derechos fundamentales garantizados por la Constitución, será necesario aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación. De igual manera, en aquellos asuntos en que el texto constitucional limita la discrecionalidad del Congreso o del Ejecutivo, la intervención y control del tribunal constitucional debe ser mayor, a fin de respetar el diseño establecido por ella.** Para este Alto Tribunal es claro que la fuerza normativa del principio democrático y del principio de separación de poderes tiene como consecuencia obvia que los otros órganos del Estado -y entre ellos, el juzgador constitucional- deben respetar la libertad de configuración con que cuentan el Congreso y el Ejecutivo, en el marco de sus atribuciones. Conforme a lo anterior, **la severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad de configuración por parte de los autores de la norma.** De esta manera, resulta evidente que la Constitución Federal exige una modulación del juicio de igualdad, sin que eso implique ninguna renuncia de la Corte al estricto ejercicio de sus competencias de control. Por el contrario, **en el caso de normatividad con efectos económicos o tributarios, por regla general, la intensidad del análisis constitucional debe ser poco estricta,** con el fin de no vulnerar la libertad política del legislador, en campos como el económico, en donde la propia Constitución establece una amplia capacidad de intervención y regulación diferenciada del Estado, considerando que, cuando el texto constitucional establece un margen de discrecionalidad en ciertas materias, eso significa que las posibilidades de injerencia del Juez constitucional son menores y, por ende, la intensidad de su control se ve limitada. En tales esferas, un control muy estricto llevaría al Juez constitucional a sustituir la competencia legislativa del Congreso -o la extraordinaria que puede corresponder al Ejecutivo-, pues no es función del Poder Judicial Federal, sino de los órganos políticos, entrar a analizar si esas clasificaciones económicas son las mejores o si éstas resultan necesarias.⁶⁵

⁶⁵ Tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXIV, materia constitucional, noviembre de 2006, p. 29. El resaltado en negrita es propio.

Lo transcrito evidencia que la SCJN, al enjuiciar la constitucionalidad de normas, también reconoce que el juicio de igualdad se estructura sobre distintos niveles o intensidades en el escrutinio de validez. Así, tratándose de aspectos vinculados con los derechos fundamentales, el escrutinio debe ser estricto, mientras que en temas como el económico, la intensidad del escrutinio debe ser débil, para respetar el principio de división de poderes y permitir la actividad tanto del poder ejecutivo como del legislativo. Esta estructura del juicio de igualdad permite identificar semejanzas sustanciales con el test de razonabilidad o juicio de igualdad, diseñado y estructurado por la Corte Suprema de Estados Unidos.

Los anteriores ejemplos dan muestra de la apertura de la SCJN, para adoptar los métodos argumentativos más modernos desarrollados en la jurisdicción constitucional, lo cual, con independencia del modelo que se decida utilizar, resulta una postura plausible. En todo caso, dependerá del análisis de cada caso determinar si dichos métodos se aplican con el rigor que amerita.

IV.2. La indeterminación argumentativa del TEPJF. En la doctrina del TEPJF se puede advertir una penetración, por lo menos, de dos tesis torales del neo constitucionalismo, como es el reconocimiento del principio de supremacía constitucional y que el sistema jurídico se conforma por principios y reglas,⁶⁶ sin embargo, a diferencia de la SCJN, no se advierten criterios jurisprudenciales en torno al principio de igualdad, al principio de proporcionalidad o al test de razonabilidad con distintas intensidades de escrutinio, que permitan afirmar una tendencia argumentativa en dicho órgano jurisdiccional.

⁶⁶ La adopción de estos postulados se señaló, de forma expresa, al resolver, por ejemplo, el expediente SUP-JRC-118/2002.

En efecto, en los precedentes del TEPJF lo único que se observa son algunos criterios aislados y dispersos en torno al principio de proporcionalidad, los cuales no presentan un modo articulado, y que se refieren, en gran medida, a la proporcionalidad de las sanciones. Tampoco se observa que se haya recurrido a la doctrina de la SCJN en torno al empleo del principio de proporcionalidad o del sistema de escrutinios, como mecanismos de argumentación constitucional.

La primera referencia relevante se puede identificar en la tesis de jurisprudencia: **PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBE REALIZARSE CONFORME A LOS CRITERIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD.**⁶⁷ En este criterio, el TEPJF fue expreso en reconocer al principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, como parámetro para enjuiciar la constitucionalidad de las diligencias de un procedimiento administrativo sancionador.⁶⁸

No obstante, en la generalidad de los precedentes del TEPJF se observa que al principio de proporcionalidad se le ha circunscrito, como parámetro de enjuiciamiento, a los actos derivados de procedimientos administrativos sancionadores, ya sea para evaluar la constitucionalidad de medidas cautelares o precautorias, de las diligencias ordenadas por la

⁶⁷ La tesis de jurisprudencia surgió de la resolución dictada en el expediente SUP-RAP-50/2001. Este caso fue paradigmático, porque permitió continuar con la investigación administrativa que a la postre dio pauta para sancionar a los Partidos Acción Nacional y Verde Ecologista de México, por el conocido caso como “Amigos de Fox”, relacionado con la elección presidencial de 2000, donde, a través de esa persona moral, se recibió financiamiento ilegal a favor de la campaña presidencial de Vicente Fox.

⁶⁸ Por ejemplo, Sánchez Gil, Rubén, en su obra “El principio de proporcionalidad” coincide en identificar el criterio del TEPJF como un rasgo característico del principio de proporcionalidad en la aplicación judicial, p. 77.

autoridad administrativa electoral o de las sanciones impuestas por esta última.⁶⁹

De forma excepcional, existe un conjunto de precedentes⁷⁰ donde sí es dable identificar rasgos característicos del principio de proporcionalidad, como criterio argumentativo para aplicar normas de derechos fundamentales.

El caso paradigmático de este conjunto fue el del entonces candidato a gobernador de Baja California, postulado por la Alianza para que Vivas Mejor, Jorge Hank Rhon.⁷¹ En la sentencia respectiva, el TEPJF retomó los criterios elaborados por la SCJN e hizo referencia a los principios de igualdad y de razonabilidad, y con base en ellos enjuició la validez del artículo 42, párrafo tercero de la Constitución de Baja California, a la luz del principio de proporcionalidad. En el examen correspondiente, se concluyó que la medida analizada no cumplía con el subprincipio de idoneidad. Al respecto, se señaló lo siguiente:

“...En el caso, el artículo 41 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California establece el derecho de quienes ocupan un cargo, empleo o comisión en la administración pública federal, estatal o municipal, de contender para la gubernatura, si se separan con noventa días de anticipación al día de la jornada electoral, supuesto que eficiente el derecho a ser votado. Por otra parte, el artículo 42, párrafo tercero, de la citada constitución, prevé una restricción que no encuentra sustento en el sistema jurídico al que pertenece, como se demuestra a continuación.

⁶⁹ Verbigracia, en la tesis relevante: “RADIO Y TELEVISIÓN. ELEMENTOS PARA DECRETAR LA SUSPENSIÓN DE LA TRANSMISIÓN DE PROPAGANDA POLÍTICA O ELECTORAL COMO MEDIDA CAUTELAR”. Tesis XXXIX/2008.

⁷⁰ Sentencias dictadas en los expedientes SUP-JDC-694/2007, SUP-JDC-695/2007 y SUP-JDC-717/2007.

⁷¹ Expediente radicado con la clave SUP-JDC-695/2007, del índice de la Sala Superior del TEPJF.

El citado artículo 42, párrafo tercero, podría leerse como una prohibición para que los presidentes municipales, entre otros, que no han concluido su encargo, contiendan para ser gobernador de su estado.

Esta lectura restringe el ejercicio del derecho de ser votado, de la forma en que se encuentra previsto en el artículo 41, fracción VI, de la constitución local y potencializado por los tratados internacionales, **porque se trata de una limitación que no corresponde ni a calidades intrínsecas de la persona, ni resulta necesaria, proporcional e idónea para tutelar alguno de los principios rectores de cualquier elección.**

Así es, ocupar el cargo de presidente municipal, no es inherente a la persona, porque, en términos del artículo 79 de la Constitución Local y 32 de la Ley de Instituciones y Procesos Electorales del Estado de Baja California, el cargo de presidente municipal, se adquiere por reunir los requisitos previstos en dicha legislación, y por resultar electo en el proceso electoral atinente.

De conformidad con tales requisitos, el cargo de presidente municipal no implica contar con una calidad de naturaleza personal, pues el elemento definitorio consiste en haber resultado vencedor en una contienda electoral, por lo que, ocupar ese cargo, no es razón suficiente para limitar el derecho fundamental de ser votado, puesto que ese ejercicio sólo implica otro tipo de atributos o circunstancias del sujeto, derivadas del ejercicio del derecho de ser votado y elegido por el voto popular.

Tampoco es una medida necesaria, idónea y proporcional, de conformidad con los criterios para determinar la validez de las restricciones a derechos fundamentales, asumidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Yatama Vs. Nicaragua, en la sentencia de 23 de junio de 2005, de conformidad con lo siguiente:

(...)

La restricción prevista en el artículo 42, párrafo tercero, de la Constitución del Estado de Baja California, no es idónea para alcanzar la finalidad perseguida consistente en lograr el adecuado y el responsable desempeño de un cargo de elección popular, pues éste está asegurado a través de diversos mecanismos constitucionales, entre los cuales pueden ubicarse:

- i) Los preventivos...**
- ii) Los correctivos...**
- iii) Los sancionatorios o los punitivos...**

Por lo anterior, el considerar que debe otorgarse la calidad de relevante a la norma limitativa del derecho a ser votado, prevista en el artículo 42, párrafo tercero, de la Constitución local, produciría la disminución de la participación ciudadana, el pluralismo político y la profesionalización de la carrera política en detrimento de la consolidación de un sistema democrático.

En esas condiciones, a fin de armonizar la legislación local con el derecho fundamental de ser votado, es necesario acudir a la norma que maximice el ejercicio del derecho fundamental citado, pues el artículo 42 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, establece una prohibición desproporcional, innecesaria y falta de idoneidad, que no encuentra justificación en el sistema jurídico al que pertenece, por lo que, para superar esa problemática, debe entenderse permitido a quien tenga el cargo de presidente municipal, participar como candidato a Gobernador de esa entidad federada, siempre y cuando se separe de su cargo noventa días antes de la jornada electoral, puesto que así lo regula el diverso artículo 41 del mismo ordenamiento, al potencializarse el ejercicio del derecho a ser votado...”

En este precedente se advierte con toda claridad la utilización del subprincipio de idoneidad, como criterio para establecer que la limitación del artículo 42 no cumplía con el principio de proporcionalidad. Este modo de argumentación responde al modelo de argumentación constitucional desarrollado en Europa.

En otro asunto también se observa la alusión al juicio de ponderación, como mecanismo para la resolver conflictos entre derechos fundamentales. En el expediente SUP-RAP-108/2008, el TEPJF sometió al escrutinio de constitucionalidad una determinación del Consejo General del IFE, que declaró infundado un procedimiento administrativo sancionador. En la decisión, el TEPJF recurrió a la doctrina elaborada

por Robert Alexy y realizó un ejercicio de ponderación entre los derechos de libertad de expresión y de no afectación a la imagen pública o reputación. Al respecto, señaló:

“...En el caso, la posible afectación a la reputación o a la imagen pública del Partido de la Revolución Democrática, ponderada en oposición al derecho fundamental de libre expresión de la opinión de uno de los partidos políticos contendientes, en las elecciones respecto de otro partido político, en su desempeño en el ejercicio del poder público en el Distrito Federal representa, en concepto de este órgano jurisdiccional, un conflicto de derechos que, en el caso, se debe resolver a favor de la libertad de expresión, en función de lo siguiente.

En primer lugar, se debe tener presente que el conflicto se presenta entre el derecho de libre expresión y el derecho a la reputación y la imagen pública, respecto de los cuales, no es posible determinar un orden jerárquico *a priori*.

No obstante, resulta importante precisar que el ámbito de aplicación, en todo caso, es diferente, dado que la libertad de expresión en el Estado Democrático de Derecho, tiene una proyección hacia la totalidad del sistema y hacia otros derechos distintos, en tanto que el derecho a la reputación y a la imagen pública es un derecho individual.

Igualmente, se debe considerar que las personas posiblemente afectadas en ambos casos, por disposición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos constituyen entidades de interés público.

Precisado lo anterior, siguiendo las reglas de la "ley de ponderación", se analiza que el grado de posible afectación del derecho a la reputación o la imagen pública, que tiene a su favor el Partido de la Revolución Democrática, se podrían ver afectados en la medida en que, con las expresiones empleadas en el promocional analizado, se pone de manifiesto una opinión contraria a sus intereses, la cual busca convencer al electorado, en el sentido de que ese instituto político no es una opción viable, para emitir el sufragio a su favor, durante la correspondiente jornada electoral, porque no sabe gobernar o porque lo hace en contravención al principio de honestidad.

Ahora bien, la expresión de opiniones de los contendientes partidos políticos, respecto del desempeño en el gobierno, de las diversas opciones políticas, se materializa como la opción más viable de hacer presente, en el pensamiento del electorado, las deficiencias o inexactitudes que, en su muy concreta expresión de ideas, ha incurrido una u otra alternativa de gobierno.

Esto es, los partidos políticos, al someter a la opinión pública sus programas, plataformas y postulados, al contender en una elección, buscan conducir la voluntad del electorado al convencimiento de que cada instituto político o coalición constituye la mejor opción, para ejercer el gobierno, en el ámbito de que se trate; motivo por el cual se deben ver favorecidos por el voto de los ciudadanos.

Para lograr su finalidad, los partidos políticos pueden presentar propuestas, iniciativas y señalamientos concretos sobre problemas que requieren atención, ya en su plataforma electoral o en su propaganda, pero, de igual forma, otro mecanismo para hacer notar su importancia, es precisar los errores u omisiones en los que las otras opciones políticas han incurrido, al ejercer el gobierno, para someterlo al escrutinio público, con la finalidad de que sea la sociedad, que determine si la opinión externada por el autor de la propaganda cuestionada está o no ajustada a la realidad político, social y jurídica.

En efecto, al señalar con toda claridad aspectos que, en concepto del autor de los promocionales, constituyen errores, deshonestidad, omisiones o imprecisiones, en el ejercicio del gobierno emanado del Partido de la Revolución Democrática, se afecta en modo directo la reputación y la imagen pública del partido político, pero sólo en la medida en que esos juicios de valor se aproximen o no a la realidad, materializándose con ello un verdadero escrutinio popular sobre la opinión expresada en el promocional respectivo y sobre el gobierno del Partido de la Revolución Democrática en el Distrito Federal.

Ahora bien, el uso de la expresión "*y de la honestidad mejor ni hablamos*" si bien constituye una expresión que en el ámbito coloquial se pudiera interpretar como dirigida a señalar que la conducta desplegada por los gobiernos emanados del Partido de la Revolución Democrática son deshonestos, lo cierto es que ello, igualmente constituye la exteriorización de una opinión, que no llega siquiera a ser considerada crítica, puesto que

deja al destinatario del mensaje, la libertad para interpretarlo, según su particular percepción de la realidad.

En este orden de ideas, al contrastar la importancia del respeto y vigencia eficaz del derecho fundamental de libertad de expresión, relacionado con el respectivo derecho a la información pública, esta Sala Superior arriba a la conclusión de que se debe privilegiar el ejercicio de esas libertades, en beneficio de la expresión libre de las ideas y la formación de un electorado informado, en oposición a la posible afectación que, en todo caso, pudiera sufrir el Partido de la Revolución Democrática, en su reputación e imagen pública.

Admitir una ponderación en sentido diverso o contrario, llevaría a imponer el límite a la libre expresión de la opinión de la coalición autora del mensaje, de modo que se afectaría no sólo la dimensión individual, sino también la colectiva o social de la libertad de expresión, al evitar la formación de la opinión pública informada, en cuanto a aspectos que el autor consideró relevantes, para al momento de optar por alguna de las alternativas políticas que se ofrecían; lo cual sólo atendería a la convicción de salvaguardar la imagen pública o la reputación de uno de los partidos políticos contendientes, lo cual únicamente tiene una dimensión individual de posible afectación.

Así, en el caso concreto que se resuelve, esta Sala Superior considera que se debe privilegiar el ejercicio del derecho a la libre expresión de la opinión externada por la Coalición "Alianza por México", aún por encima de la posible afectación a la imagen pública o la reputación del Partido de la Revolución Democrática.

En la transcripción se aprecia que, en efecto, en la sentencia se señaló expresamente haber realizado un juicio de ponderación, sin embargo, no es posible advertir, por lo menos no en las razones expuestas en la sentencia, una articulación de los tres pasos o niveles que conforman la ley de ponderación, ya que no se señaló el peso abstracto de los principios, no se precisó el grado de afectación y satisfacción de uno y otro, ni se estableció la seguridad de las premisas empíricas.

Parece ser que la decisión del TEPJF, de establecer la precedencia del derecho a la libertad de expresión, se sustentó en el valor abstracto de dicho principio, en tanto que, según el propio tribunal, en el ejercicio de esa libertad también converge el derecho de información y ambos atañen a la colectividad en su conjunto, mientras que el derecho a la honra o al honor se circunscribe a un individuo en particular.

De haber sido así, es claro que en la sentencia no se agotó el proceso escalonado de valoración de los tres pasos de la ponderación, por lo que, ante la falta de claridad metodológica, este precedente no es útil para identificar una postura argumentativa en torno al principio de proporcionalidad.

También se puede encontrar otra sentencia, donde el TEPJF señaló al principio de proporcionalidad, como criterio para analizar la constitucionalidad de una norma. En el expediente relativo al juicio de revisión constitucional electoral 112/2010, la cuestión a dilucidar consistió en determinar si el artículo 265, párrafo segundo del Código Electoral del Distrito Federal se ajustaba o no a los artículos 6º y 41 de la Constitución General de la República. Dicho precepto legal, en la parte impugnada, señala:

"Artículo 265.

...

Queda prohibido a los Partidos Políticos, Coaliciones y candidatos, adjudicarse o utilizar en beneficio propio la realización de obras públicas o programas de gobierno. La violación a esta prohibición será sancionada en los términos de este Código."

De dicho texto, el TEPJF advirtió dos normas prohibitivas, por un lado, la proscripción a los partidos políticos, coaliciones y candidatos de adjudicarse y, por otro, de utilizar, en beneficio propio, la realización de obras públicas o programas de gobierno.

En cuanto a la primera de las normas, en la sentencia se hizo un recorrido descriptivo sobre algunos precedentes judiciales, acerca de la interpretación de los artículos 6º y 41 constitucionales, específicamente se tomó como base el relativo al expediente SUP-RAP-15/2010, que giró en torno a violaciones de propaganda política con relación a programas de desarrollo social.

En cuanto al escrutinio de proporcionalidad, se afirmó:

“...Finalmente, es importante considerar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida en estudio.

En ese tenor, se considera que la prohibición a los partidos políticos, coaliciones y candidatos, de apropiarse de programas de gobierno u obras públicas es idónea para alcanzar el fin propuesto, que es el de evitar que los sujetos mencionados ostenten como propios actos que por naturaleza no les corresponden, ni en cuanto a su planeación, implementación ni ejecución, y que se derivan de la acción del Estado y se financian con presupuesto público; se estima que la medida es necesaria, pues ante el bien pretendido, no existe otra posibilidad menos gravosa que la de prohibir, de manera tajante, que se lleve a cabo dicha conducta y, finalmente, se considera que es proporcional, toda vez que existe plena relación entre el bien que se persigue y la medida que se impone para ello, en el entendido, se insiste, de que la prohibición en estudio no lesiona derecho fundamental alguno, de los actores mencionados.”

Por otro lado, en cuanto a la segunda de las normas, en la sentencia se describió la naturaleza que deben contener las restricciones a los derechos fundamentales, para poder considerarse constitucionales, así

como el contenido del derecho a la libertad de expresión, y específicamente en cuanto al juicio de proporcionalidad, se afirmó:

“...En ese tenor, se puede concluir que la prohibición en análisis no cumple con las características de idoneidad, necesidad y proporcionalidad que es dable exigir a una limitación a un derecho fundamental.

En efecto, la prohibición -a partidos políticos, coaliciones y candidatos- de utilizar, en beneficio propio, obras públicas o programas de gobierno, si bien pudiera considerarse idónea para alcanzar el fin propuesto, que sería la utilización indebida de dichas obras y programas, lo cierto es que no es necesaria, pues como se ha razonado, se debe potencializar el derecho de libertad de expresión en aras de permitir a los entes políticos desarrollar sus funciones y generar una opinión pública mejor informada, por tanto, una alternativa menos gravosa, en sí mismo es la utilización correspondiente, pero siempre dentro de los límites impuestos por la propia norma, como lo es la prohibición de apropiarse de las obras públicas y programas de gobierno.

Finalmente, la medida no se considera proporcional, pues no es acorde con el bien que se trata de guardar, toda vez que no es dable, en aras de evitar un mal uso de programas de gobierno y obras sociales, por parte de partidos políticos, coaliciones y candidatos, impedir, totalmente, el ejercicio de un derecho como lo es el de libertad de expresión. Aunado a ello, se tiene que con la prohibición en análisis, se estaría privando al partido político del que emergieron los gobernantes, de mostrar al electorado su buen desempeño y, al mismo tiempo, a los partidos políticos contrincantes, el señalar los desaciertos en los que, considere, se ha incurrido, así como sus posibles soluciones.”

De lo anterior se advierte que, como en casos anteriores, el TEPJF hizo mención expresa al principio de proporcionalidad como parámetro de enjuiciamiento de la constitucionalidad de una norma, sin embargo, en este precedente tampoco se advierte un procedimiento metodológico como el que demanda el escrutinio que deriva de dicho principio,

especialmente tratándose del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto.

En efecto, en cuanto al primer análisis de constitucionalidad, en la sentencia únicamente se argumentó que la norma “...*es proporcional, toda vez que existe plena relación entre el bien que se persigue y la medida que se impone para ello, en el entendido, se insiste, de que la prohibición en estudio no lesiona derecho fundamental alguno...*”. Sin embargo, la relación entre el fin perseguido y la medida atiende al subprincipio de idoneidad, el cual había sido previamente analizado.

En cambio, la aplicación del subprincipio de proporcionalidad exigía analizar si esa relación entre el medio y el fin cumplía con un criterio de racionalidad, para lo cual era necesario, según el modelo de Alexy, realizar una ponderación de los principios en juego, lo cual no se hizo en la sentencia de referencia.

Lo mismo sucedió en el segundo análisis de constitucionalidad, pues, al efecto, en la decisión se argumentó: “...*la medida no se considera proporcional, pues no es acorde con el bien que se trata de guardar, toda vez que no es dable, en aras de evitar un mal uso de programas de gobierno y obras sociales, por parte de partidos políticos, coaliciones y candidatos, impedir, totalmente, el ejercicio de un derecho como lo es el de libertad de expresión...*”. Sin embargo, tampoco se llevó a cabo una ponderación de los principios en conflicto para determinar cuál debería prevalecer en el caso concreto, pues únicamente se sostuvo que impedía, de forma total, el ejercicio de la libertad de expresión.

No se coincide, además, con esta última afirmación, porque, al hacer dicha consideración, se soslayó que la regla en análisis era parte del

conjunto normativo que integra el sistema regulador de la difusión de propaganda política electoral en el marco de un proceso electivo, de manera que, para determinar si dicha restricción atendía o no a un criterio de racionalidad, era necesario evaluarla a partir de su función como parte de ese sistema, y no de manera aislada, como se hizo en la sentencia.

En cambio, el ejercicio de proporcionalidad exigía ponderar, conforme a las circunstancias del caso, los principios en tensión, que en el caso eran el de equidad en una contienda electoral y el de libertad de expresión, para determinar cuál de ellos debía preceder en el juicio de igualdad.

Lo anterior evidencia que en esta sentencia no se agotó el proceso escalonado de valoración de los tres pasos de la ponderación, por lo que, ante la falta de claridad metodológica, este precedente tampoco sirve de base para identificar una postura argumentativa en torno al principio de proporcionalidad.

Fuera de los ejemplos anteriores, en las decisiones del TEPJF se encuentran un sinnúmero de referencias al principio de proporcionalidad o a los subprincipios de idoneidad o necesidad, pero, como se dijo al inicio, se vinculan con la aplicación de sanciones o con el desahogo de diligencias en el procedimiento administrativo sancionador y, por lo mismo, no resultan útiles para articular una herramienta argumentativa de dicho principio, en los términos en que ha sido definido tanto por la doctrina como por la SCJN. Se trata únicamente de alusiones sin concreción alguna.

Lo anterior, aunado a la dispersión de criterios, impide construir o identificar una ideología o metodología propia en la forma como el TEPJF justifica sus decisiones, ya que, como se dijo, no se proporcionan

elementos que permitan trazar una línea jurisprudencial, como herramienta de previsibilidad y de evaluación de las decisiones judiciales.

En el capítulo siguiente se tratará de evidenciar cómo, en algunos casos, la falta de una doctrina argumentativa puede llevar a malas decisiones, incluso pendulares, con repercusiones contrarias a los derechos fundamentales en materia electoral.

Capítulo V. Análisis de casos.

La vaguedad que priva en la forma de argumentar en el TEPJF ha generado, en algunos casos, la adopción de decisiones contrarias a la ideología que plantea el neo constitucionalismo, y esto conduce a un problema mucho mayor: si las sentencias no proporcionan las razones que permitan sustentar jurídicamente una decisión, surge la interrogante inevitable: ¿Cuáles fueron las elecciones valorativas que subyacen a la toma de decisión?

En el análisis de los precedentes se tomará como referente el principio de proporcionalidad, en los términos definidos por la doctrina y por la SCJN, ya que dicho principio es al que ha hecho alusión el TEPJF en los casos asilados destacados en el capítulo anterior.

V.1. El uso del precedente judicial y la elección de candidato a jefe delegacional del PRD en Iztapalapa.

Como se ha dicho, la exigencia fundamental del precedente consiste en que un órgano jurisdiccional, cuando ha adoptado un criterio interpretativo, sólo puede apartarse de él por razones suficientes. En el caso por analizar, el TEPJF olvidó esa exigencia sustancial y emitió una decisión que, en el mejor de los casos, podría calificarse formalista, pero claramente contraria al principio de igualdad. Los aspectos centrales de la controversia son los siguientes:

V.1.1. Antecedentes. El 15 de marzo de 2009 se eligió al candidato a jefe delegacional en Iztapalapa por el PRD, a través del método de elección abierta a la ciudadanía. La elección dio el triunfo a la precandidata Clara Brugada, por una diferencia de poco más de cinco mil votos sobre Silvia

Oliva. Este resultado originó un conflicto postelectoral de grandes repercusiones públicas, porque confrontó a dos de las corrientes más importantes al interior del partido político.

Como era de esperarse, el problema llegó a las instancias jurídicas, en principio, al propio partido político y, con posterioridad, al TEDF. Luego de que ambas instancias confirmaron el resultado de la elección, la candidata Silvia Oliva decidió acudir al TEPJF, quien recibió la impugnación el 18 de mayo.

El aspecto toral de la inconformidad se dirigió a solicitar la nulidad de la votación en 58 casillas, porque, en opinión de la candidata inconforme, la votación se recibió por personas no autorizadas para ello, ya que intervinieron, como funcionarios sustitutos de casilla, ciudadanos ajenos al PRD.

La solución del tema planteado en la demanda, en principio, no representaba mayor problema para el TEPJF, debido a que, sobre la causal de nulidad invocada, ya había sentado precedente judicial, por lo que sólo debía verificar la identidad de ambos casos y aplicar la misma consecuencia jurídica o bien, expresar razones suficientes para apartarse de ese criterio.

Ciertamente, el TEPJF, en por lo menos un precedente, se había pronunciado expresamente, en el sentido de que, conforme a la normatividad del PRD, cuando se trata de elecciones abiertas a la ciudadanía, no es requisito indispensable que el integrante de una mesa de casilla, que ocupa el lugar porque el inicialmente designado no se presentó el día de la elección, deba ser militante del partido político. Al respecto, el TEPJF consideró:

“En el supuesto de una elección de candidatos abierta a la ciudadanía, no existe un listado nominal de miembros del partido, o bien, algún documento por virtud del cual se pueda determinar si una persona cuenta o no con tal calidad, dado que sólo se entrega un formato para anotar el nombre de votantes.

Por consiguiente, ante la presencia de una cuestión impredecible como lo es la inasistencia de los funcionarios que fueron previamente designados para integrar las mesas directivas de casilla, y encontrarse en la imperiosa necesidad de integrar tales órganos conforme a la normatividad reglamentaria, es indispensable tomar en consideración que la fila de votantes en la elección abierta, se conforma tanto por miembros del partido, como por ciudadanos que sin estar afiliados, acudieron a emitir su voto a favor de un determinado candidato.

En ese sentido, **el pretender que, ante la falta de un funcionario de casilla o ante la ausencia total de estos se atienda única y exclusivamente a la integración de la misma sólo con miembros del partido, resulta jurídicamente inadmisibles**, dado que al no existir en la casilla ninguna forma posible de corroborar tal circunstancia, el proceder de tal modo implicaría el retraso de la instalación de la casilla hasta que se estuviera en aptitud de tenerlo por cierto y con ello se impediría el ejercicio de voto a quienes ya se encontraran en el centro de votación para emitir su sufragio, afectándose con ello los términos en que se desarrolla la recepción de la votación durante toda la jornada electoral.⁷²

Estas consideraciones resultaban exactamente aplicables al tema planteado en la elección interna de Iztapalapa, ya que también se trataba de una elección abierta a la ciudadanía para elegir a un candidato a puesto de elección popular, por lo que, por una regla de coherencia elemental, el órgano electoral se encontraba vinculado a aplicar la misma consecuencia jurídica y, por tanto, a desestimar el argumento de nulidad

⁷² Sentencia dictada en el expediente SUP-JDC-973/2006, resuelto en sesión pública de 19 de mayo de 2006. En esta resolución se analizó la legalidad y constitucionalidad del procedimiento interno para elegir candidato a diputado a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, del Partido de la Revolución Democrática. El resaltado en negrita es propio.

invocado por Silvia Oliva. En caso contrario, debía expresar razones suficientes para apartarse.

V.1.2. La argumentación del TEPJF. Al resolver la controversia jurídica, la Sala Superior decidió dar la razón a la candidata inconforme, con lo cual anuló la votación recibida en 48 casillas, las cuales fueron determinantes para modificar el resultado de la elección, debido a que Silvia Oliva, después del nuevo cómputo de votos, ocupó el primer lugar en la contienda.⁷³

En la sentencia no se hizo mención alguna sobre la doctrina judicial precedente. La justificación descansó en un argumento de tipo formal, consistente en que en la demanda no se expresaron agravios para controvertir la premisa normativa sustentada por el TEDF, en la que estableció, conforme al 124, inciso d) del Reglamento de Elecciones, que los funcionarios que integren una casilla, aun como sustitutos, deben ser ciudadanos afiliados al partido político. La Sala Superior argumentó lo siguiente:

“...En la resolución cuya impugnación nos ocupa, el tribunal local responsable consideró que no es cierto que en las elecciones abiertas a la ciudadanía, pueda fungir como funcionario de casilla cualquier persona aunque no sea militante, como sostuvo la autoridad partidista, pues de acuerdo con la normatividad interna del Partido, los funcionarios deben ser ciudadanos afiliados y pertenecer a la sección electoral de la casilla en que fungen, siendo que la única excepción al requisito de la militancia de los funcionarios es cuando contiene un candidato externo, lo que no ocurrió en el caso.

Para arribar a su conclusión, la responsable interpretó en forma literal y sistemática el artículo 9, 77, 83, penúltimo y último párrafos, así como 88,

⁷³ Sentencia dictada en el expediente SUP-JDC-498/2009, resuelto en sesión pública de 12 de junio de 2009.

penúltimo y último párrafos, del Reglamento de Elecciones y Consultas del Partido de la Revolución Democrática, en los que en esencia, se establece que para ser funcionario de casilla se requiere ser miembro del partido y pertenecer a la sección correspondiente o al mismo centro de votación, enfatizando lo dispuesto en el citado artículo 83, último párrafo, el cual establece que *de ninguna manera podrán fungir como miembros de las mesas de casilla, personas que no sean miembros del partido, salvo el caso en que se compita con un candidato externo, debiéndose sujetar a lo establecido por el referido Reglamento.* (Páginas 39 a 43 del fallo impugnado).

En la propia resolución impugnada, el Tribunal Electoral del Distrito Federal asumió el criterio de que el requisito de los funcionarios de casilla consistente en pertenecer a la sección, se colma cuando son de otra sección, pero se ubica en el mismo lugar el centro de votación, lo cual, por cierto, es acorde con lo sostenido por esta Sala Superior al resolver el SUP-JDC-2642/2008 y SUP-JDC-2663/2008.

A partir de estas premisas normativas, el tribunal responsable analizó las documentales relativas a los funcionarios que integraron las casillas impugnadas y anuló la votación recibida en veinticinco de ellas porque fungieron como autoridades electorales personas que no reunían los requisitos.

Lo que interesa en este apartado es aclarar que la actora en este juicio no controvierte la premisa normativa expuesta por el tribunal local, consistente en que, en una elección abierta a la ciudadanía o universal, se requiere tener el carácter de militante y pertenecer a la sección o al mismo centro de votación, para poder ser funcionario de casilla.

(...)

En razón de lo anterior, la premisa normativa en que se basó el tribunal local no será motivo de análisis en esta ejecutoria, al no existir controversia al respecto, por lo cual, el análisis de las casillas aquí impugnadas por esa causa, se realizará con base en esa premisa normativa que ha adquirido firmeza por falta de impugnación y las pruebas cuya valoración controvierte la actora.

(...)

En razón de lo anterior, es evidente que no se controvierte por ninguna de las partes interesadas la premisa de derecho de la resolución impugnada, por lo cual, se reitera, está fuera de litis determinar si es o no correcto el criterio sustentado por el tribunal local en cuanto a que en una elección abierta a la ciudadanía o universal, convocada por el Partido de la Revolución Democrática, se requiere tener el carácter de militante y pertenecer a la sección o al mismo centro de votación para poder ser funcionario de casilla...”⁷⁴

Con este argumento, se consideró que, para el análisis de la causal de nulidad invocada, debía tomarse como base la premisa normativa sustentada por el TEDF, justamente porque la consecuencia de la falta de agravios en torno a determinado tema, generaba la firmeza de la cuestión no controvertida.

Sin embargo, ese argumento, en extremo formalista, se encuentra muy lejos de ser una razón suficiente para justificar el trato distinto y, por ende, para apartarse del precedente judicial, como se demostrará en el apartado siguiente.

V.1.3. Comentarios a la sentencia. Para salvar la formalidad de la falta de expresión de agravios, el TEPJF tenía a su alcance, en principio, la naturaleza del medio de impugnación, ya que, al tratarse de un juicio ciudadano, era legal acudir a la suplencia de la queja, conforme a la cual dicho órgano válidamente pudo realizar el estudio de la premisa normativa sustentada por el TEDF, y aplicar el precedente judicial para establecer el alcance real de la normativa interna del partido político.

Además, para emprender ese análisis en suplencia de la queja, pudo apoyarse en la doctrina judicial de la SCJN, donde reiteradamente ha considerado que dicha figura jurídica opera con independencia de que

⁷⁴ El resaltado en negrita es propio.

finalmente se favorezca a quien se le suple.⁷⁵ De este modo, si a todas luces la interpretación del TEDF era contraria a los precedentes judiciales, no sólo era constitucionalmente válido, sino obligado estudiar la normativa interna del PRD y, con base en dicho análisis, modificar la conclusión a la que arribó el órgano jurisdiccional local.

Expuestas así las cosas, para el TEPJF se presentó la posibilidad de decidir por dos caminos: a) privilegiar un requisito formal y anular la votación de las casillas impugnadas o bien b) aplicar la doctrina judicial y confirmar el resultado la votación.

Es claro que la decisión adoptada, al privilegiar la primera solución, resultó contraria al principio de igualdad, porque el argumento de carácter formal no justificó, por mucho, el trato distinto al que se sujetó a los involucrados en la elección a jefe delegacional en Iztapalapa, especialmente a Clara Brugada, quien legalmente había obtenido el triunfo. Valdría la pena preguntarse, las reglas de un proceso constitucional, como el juicio ciudadano, que están dadas para alcanzar la finalidad última, que es la tutela de derechos fundamentales, pueden oponerse para hacer inalcanzable ese objetivo? En esta decisión la respuesta fue afirmativa.

La deficiente conclusión del TEPJF generó consecuencias graves en la delegación Iztapalapa, que a la postre dieron origen a un serio conflicto que evidenció los extremos a los que puede llegar la inacabada

⁷⁵ Tesis de jurisprudencia de la Segunda Sala de la SCJN, de rubro: “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. CONSISTE EN EXAMINAR CUESTIONES NO PROPUESTAS, INDEPENDIENTEMENTE DE QUE RESULTEN FAVORABLES A QUIEN SE SUPLE”, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXVII, materia común, marzo de 2008, página 242.

democracia mexicana. La figura de *Juanito*⁷⁶ y la polarización de los habitantes de esa delegación fueron acontecimientos que pudieron haberse evitado.

El caso Iztapalapa es útil para analizar la exigencia de coherencia e igualdad y las consecuencias nocivas de ignorar la doctrina judicial, porque, como señala Gustavo Zagrebelsky, “...*las contradicciones jurisprudenciales no favorecen la reputación del Tribunal. Pero tampoco es conveniente empeñarse en argumentar una continuidad cuando ésta no existe o en esconder una discontinuidad cuando por el contrario existe. A veces, ayudaría más a la autoridad del Tribunal indicar explícitamente la doctrina que cambia, incluso por completo, que intentar hipócritamente esconder el cambio de doctrina a través de un uso no objetivo de los precedentes, como si se avergonzase de lo que hace. Sería un signo de fuerza y de claridad*”.⁷⁷

V.2. El derecho a ocupar cargos públicos y la revocación del nombramiento de consejero electoral.

De manera introductoria al análisis de los dos casos siguientes, es oportuno señalar, que la experiencia de la Sala Superior del TEPJF, durante su primera etapa, dio muestra de que la reglamentación, tanto constitucional como legal, en muchas ocasiones resultaba insuficiente

⁷⁶ *Juanito* es el sobrenombre con que se conocía al candidato postulado por el Partido del Trabajo para la jefatura delegacional en Iztapalapa. Cuando el TEPJF revocó la candidatura de Clara Brugada, el excandidato presidencial, Andrés Manuel López Obrador, pidió a los ciudadanos de esa demarcación que votaran por *Juanito*, quien una vez que obtuviera el triunfo renunciaría para que su lugar fuera ocupado por Clara Brugada. Lo grave fue que, cuando *Juanito* ganó la elección, se retractó de su compromiso de renunciar, y eso motivó una crisis postelectoral en la delegación, que confrontó a los ciudadanos, hasta que finalmente *Juanito* optó por renunciar al cargo, y actualmente la jefa delegacional es Clara Brugada.

⁷⁷ Zagrebelsy, Gustavo, “Principios y votos...” p. 76.

para resolver la problemática de cada proceso electivo. Esta situación dio pauta a una intensa actividad interpretativa que, en 2001, culminó con la emisión del criterio donde se estableció la procedencia del juicio de revisión constitucional electoral, para impugnar la designación o ratificación de las autoridades electorales de las Entidades Federativas.⁷⁸

A partir de ese precedente, los partidos políticos, quienes son los únicos legitimados para promover el citado juicio constitucional, contaron con la posibilidad de controvertir los actos por los que los órganos legislativos de las Entidades Federativas designaban o ratificaban consejeros o magistrados electorales.

No obstante, el TEPJF actuó de forma distinta cuando las impugnaciones surgían a instancia de ciudadanos que no habían sido designados o ratificados, ya que, en esos supuestos, estableció que el juicio para la protección de los derechos político-electorales resultaba improcedente, porque la designación de autoridades electorales no involucraba derechos de esa clase.⁷⁹

Esta situación de desigualdad motivó que, en la reforma electoral de 2008, se estableciera expresamente, en el artículo 79, apartado 2 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia

⁷⁸ *Vid.* la tesis de jurisprudencia S3ELJ 04/2001, de rubro: “AUTORIDADES ELECTORALES LOCALES ENCARGADAS DE ORGANIZAR LAS ELECCIONES O DE RESOLVER LAS CONTROVERSIAS DERIVADAS DE LOS COMICIOS LOCALES. SU DESIGNACIÓN FORMA PARTE DE LA ORGANIZACIÓN DEL PROCESO ELECTORAL (Legislación de Yucatán y similares)”, consultable en la Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005.

⁷⁹ *Vid.* la tesis de jurisprudencia S3ELJ 16/2003, de rubro: “FUNCIONARIOS ELECTORALES. CONTRA SU DESIGNACIÓN RESULTA IMPROCEDENTE EL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO”, consultable en la Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, páginas 138-139.

Electoral, la procedencia del juicio ciudadano para impugnar actos contrarios al derecho a integrar las autoridades electorales, con lo cual se logró cubrir un enorme vacío en el ámbito de la tutela jurisdiccional de esa clase de derechos.

V.2.1. El caso Tamaulipas.

V.2.1.1. Antecedentes. El 9 de marzo de 2007, la legislatura del Estado de Tamaulipas nombró a los consejeros integrantes del Consejo Estatal Electoral. El PAN impugnó el nombramiento de Raúl Sinencio Chávez, por considerar que, al haber sido representante del PRD en el órgano electoral, no cumplía con el requisito previsto en el artículo 89, fracción VIII del código electoral de la entidad, consistente en no haber sido *dirigente* de partido.

El ciudadano Raúl Sinencio argumentó que no era militante del partido y desconocía de dicho nombramiento y, por lo mismo, nunca tomó posesión del cargo como representante, por lo que no se actualizaba el impedimento invocado por el partido.

V.2.1.2. La argumentación del TEPJF. Al resolver el problema de fondo, en la sentencia se argumentó:

a) El Consejo General y sus integrantes deben regirse con imparcialidad, independencia y objetividad. Para cumplir con dichos principios, el enunciado normativo donde se establece, como requisito para ocupar el cargo de consejero electoral, no haber sido dirigente de un partido político, debe interpretarse con un criterio material, conforme al cual, por *dirigente* se entiende cualquier ciudadano que ejecuta actos en nombre del partido con la intención de guiarlo hacia la consecución de

determinado fin.

b) En el concepto material de dirigente se incluyen quienes han sido designados como representantes de partido ante los órganos electorales, porque dicho nombramiento desvirtúa su capacidad para resolver con independencia, objetividad e imparcialidad, en aquellos casos donde se involucren intereses de su representado.

c) Si bien Raúl Sinencio nunca tomó posesión de la representación del partido político y no asistió a ninguna reunión del órgano electoral, lo cierto es que el solo hecho de su designación genera la presunción de un vínculo estrecho con quien lo nombró representante, máxime que no existe prueba del rechazo de dicho ciudadano.

Sobre esta base argumentativa, los magistrados electorales revocaron la designación de Raúl Sinencio, por considerar que no cumplía con la imparcialidad necesaria para desempeñar el cargo de consejero electoral.⁸⁰

V.2.1.3. Comentarios a la sentencia. El problema de constitucionalidad admitía una decisión diversa, de haberse adoptado el principio de proporcionalidad, como instrumento de argumentación constitucional.

Aunque no es propiamente el tema central de análisis, resulta altamente cuestionable la premisa interpretativa a la que arribó el TEPJF, en el sentido de considerar que, en el concepto *dirigente*, se incluye a quienes han sido representantes de partido político.

Tal afirmación enfrenta varias condiciones de refutación. El propio

⁸⁰ Sentencia dictada en el expediente SUP-JRC-25/2007.

TEPJF ha adoptado, como parte de su doctrina judicial, el modelo de interpretación acuñado por Jerzy Wróblewski.⁸¹ Este autor polaco, al elaborar su teoría de la interpretación constitucional, proporciona diversas directivas según el contexto que sirva de referente al operador jurídico.

Wróblewski distingue, entre otras, dos directivas lingüísticas: a. Sin razones suficientes, a términos idénticos, que se utilizan en las reglas legales, no se les debería atribuir significados diferentes. Esta directiva presupone que en el lenguaje legal no existe polisemia. b. Sin razones suficientes, a términos diferentes no se les debería atribuir el mismo significado. Esta directiva presupone que el lenguaje legal carece de sinonimia.⁸²

En el precedente que se analiza, el TEPJF soslayó que, en la legislación del Estado de Tamaulipas, existían otras normas donde se advertía una clara distinción entre los vocablos *dirigentes* y *representantes*, lo que, en principio, le impedía atribuirles significados iguales.

En efecto, el artículo 61 del código electoral de Tamaulipas establecía, con relación a las responsabilidades en que se puede incurrir en el proceso electoral, que *Los dirigentes, candidatos y representantes de partidos, serán responsables civil y penalmente por los actos que ejecuten en el ejercicio de sus actividades políticas.*

De este enunciado legal sobresale que, para el sistema jurídico de Tamaulipas, los vocablos *dirigente* y *representante* eran distintos, por lo que, como directiva de primer nivel, el operador jurídico no podía

⁸¹ Por ejemplo, en la sentencia dictada en el expediente SUP-JRC-509/2003.

⁸² Wróblewski, Jerzy, pp. 47 y 48.

atribuirles significados iguales, pues, como se señaló, en la interpretación jurídica se parte de la idea de que el legislador no utiliza sinónimos.

No obstante la distinción legislativa, en la sentencia no se empleó un sólo argumento para justificar por qué, cuando se trataba del enunciado legal establecido en el artículo 89, fracción VIII, que preveía los impedimentos para ser consejero electoral, los vocablos *dirigente* y *representante* debían utilizarse como sinónimos, a diferencia de cuando se trata de establecer responsabilidades por la comisión de infracciones electorales, donde claramente se establece la diferencia entre esos sujetos.

En efecto, en la sentencia se hizo una argumentación a partir de una interpretación *conforme*⁸³ con la Constitución, para equiparar la figura del representante de partido con la de dirigente, pero se soslayó que, en la propia normatividad, existían otros enunciados normativos donde el propio legislador distinguió esos vocablos, lo cual generaba la exigencia de justificar, con razones suficientes, que esa diferencia no era aplicable a la designación de consejeros electorales, sin que el TEPJF haya expresado algún argumento en esa dirección, por lo que su decisión resultó injustificada.

⁸³ El propio TEPJF ha definido a la interpretación conforme, como la directiva según la cual cuando un enunciado normativo de leyes ordinarias admita la posibilidad de ser interpretado en dos o más sentidos diferentes y opuestos, de los cuales uno resulte acorde o conforme a una regla o principio constitucional y los otros conduzcan al establecimiento de normas opuestas al ordenamiento de mayor jerarquía, debe prevalecer el primer sentido como interpretación válida, ante la presunción de que en un sistema jurídico, que reconoce como base fundamental a una Constitución y que consagra el principio de supremacía constitucional, debe presumirse su cumplimiento, salvo evidencia en contrario. De esta forma, al seleccionar o adoptar el sentido de la norma jurídica que resulta más adecuado a la Constitución, se propicia la máxima realización de ésta como norma suprema del ordenamiento jurídico, al tiempo que se asegura la conservación del texto legislativo, pero vinculado al sentido concordante con la Ley Fundamental. Sentencia dictada en el expediente SUP-JDC-98/2010.

Con independencia de lo criticable de la sentencia, por el método de interpretación utilizado, lo que resulta realmente importante para el objeto del presente análisis, es someterla al escrutinio de igualdad, a la luz del principio de proporcionalidad.

Como se mencionó en el capítulo respectivo, en el ejercicio argumentativo que subyace de la aplicación de dicho principio, el Tribunal Constitucional debe, en primer lugar, verificar que la medida enjuiciada sea idónea. Si la medida supera esa exigencia, debe someterla al análisis de necesidad y, si también cumple con ese criterio, debe hacer un escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto. En caso de que la medida no supere alguna de las exigencias resultará inconstitucional. Sobre esta base metodológica, se procede al examen del caso.

a) *Idoneidad.* Esta exigencia implica un análisis de la medida enjuiciada para verificar si el fin que pretende favorecer es legítimo y si tiene la capacidad para fomentar su finalidad.

En el caso, según el TEPJF, la revocación del nombramiento de Consejero Electoral tenía por objeto salvaguardar el principio de imparcialidad de las autoridades electorales. Esta afirmación permite concluir que el fin pretendido era legítimo, en tanto que la Constitución, en el artículo 41, establece que la función electoral deberá regirse, entre otros, por el principio de imparcialidad.

También cabe considerar que la revocación del nombramiento de consejero, de una persona con la mínima sospecha de parcialidad, tiene la capacidad para lograr la consecución del fin legítimo, esto es, la imparcialidad de las autoridades electorales.

Lo anterior permite afirmar que la decisión cumplió con el subprincipio de idoneidad.

b) Necesidad. Este criterio exige que toda medida de intervención en los derechos fundamentales sea la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten, por lo menos, la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.

En la especie, del sistema normativo del Estado de Tamaulipas no se advierte alguna medida alternativa, que tenga el mismo grado de idoneidad que la no designación de Consejero Electoral, para contribuir a alcanzar el principio de imparcialidad en el ejercicio de la función electoral, cuando existe sospecha de la parcialidad de una persona, lo cual permite afirmar que la decisión analizada también cumplió con este subprincipio.

c) Proporcionalidad en sentido estricto. Como se ha señalado, este es el campo propiamente de la ponderación. En la especie, se puede advertir la existencia de un conflicto entre principios, derivado de que resultaban relevantes dos normas de esa naturaleza. Por un lado, el derecho fundamental a ocupar cargos públicos, previsto en el artículo 35, fracción II de la Constitución y, por otro, el principio de imparcialidad en el desarrollo de la función electoral, establecido en el artículo 41 de la misma fuente normativa.

La ley de la ponderación. Según la escala utilizada para este criterio, la afectación al derecho fundamental de ocupar cargos públicos, por la revocación del nombramiento como consejero electoral, podría calificarse como intensa, dado que se le privaría de forma total de esa posibilidad. De forma correlativa, la satisfacción del principio de

imparcialidad de las autoridades electorales podría calificarse como media, porque sobre el ciudadano sólo existía una presunción de parcialidad, además de que el órgano electoral, al ser colegiado, sus decisiones no dependían de la persona en cuestión.

La segunda variable es el peso abstracto de los principios. En ambos casos puede calificarse como intenso, porque, por un lado, se trata de un derecho fundamental y, por otro, de un principio estructural del régimen democrático de nuestro país.

En cuanto a la tercera variable, la seguridad de las premisas empíricas, se puede establecer que, con la revocación del nombramiento de consejero electoral, se afectó de modo seguro el derecho fundamental a ocupar cargos públicos, porque existía plena certeza de que se privaría al ciudadano de forma total de la posibilidad de desempeñarse como funcionario público. Por otro lado, la afectación al principio de imparcialidad en el desarrollo de la función electoral podría calificarse como no evidentemente falso, porque, por un lado, no se demostró que Raúl Sinencio fuera militante del partido político y, por otro, porque quedó establecido que dicho ciudadano no se desempeñó como representante, ya que no tomó protesta del cargo, lo cual era presupuesto indispensable para generar la presunción de parcialidad.

La fórmula del peso. Al aplicar los valores asignados al derecho de ocupar cargos públicos y al principio de imparcialidad en el desarrollo de la función electoral, se obtienen los resultados siguientes:

$$G_{Pi,jC} = \frac{4 \times 4 \times 1}{2 \times 4 \times 1/4} = \frac{16}{2} = 8$$

De forma correlativa, el peso del principio de imparcialidad en la función electoral sería el siguiente:

$$G_{Pi,jC} = \frac{2 \times 4 \times 1/4}{4 \times 4 \times 1} = \frac{2}{16} = .125$$

A partir de estos resultados, se arriba a la convicción de que la satisfacción del principio de imparcialidad en el desarrollo de la función electoral, satisfecho en .125, no justificaba la intervención en el derecho a ocupar cargos públicos, afectados en una escala de 8, por lo que este derecho tuvo que preceder en la ponderación y, como resultado del caso, debió concluirse que los derechos fundamentales ordenaban la confirmación del cargo de consejero electoral.

Sostener lo contrario, como se hizo en la sentencia, podría generar serias consecuencias nocivas. Por poner un ejemplo, en cualquier procedimiento de renovación de órganos electorales, incluida la Sala Superior, bastaría que un partido político, que no compartiera el perfil de uno de los candidatos, lo nombrara como su representante ante cualquier órgano electoral, sin necesidad de que tuviera conocimiento de ello. Según el criterio del TEPJF, ese nombramiento bastaría para generar una presunción de parcialidad en el desempeño del cargo, sin importar si el ciudadano era o no militante del partido político o si tomó protesta del cargo, y esto le impediría desempeñarse como funcionario.

V.2.2. El caso Quintana Roo

V.2.2.1. Antecedentes. La amonestación. El 28 de septiembre de 2007, el TEPJF dictó resolución en el expediente SUP-JRC-234/2007, donde

ordenó al Consejo Electoral de Quintana Roo emitir un nuevo acuerdo de redistribución, para determinar si se incluía o no la población de la zona limítrofe con los Estados de Yucatán y Campeche.

En cumplimiento a la ejecutoria, el Presidente del organismo electoral, Carlos Soberanis Ferrao, emitió un acuerdo, de 1° de octubre, donde afirmó encontrarse imposibilitado, material y jurídicamente, para cumplir con la sentencia, porque la legislación electoral establecía que los trabajos de redistribución debían realizarse entre dos procesos electorales, y el fallo del tribunal se le había notificado un día antes del inicio del proceso electivo, máxime que, para evaluar la inclusión de la zona limítrofe, debían realizarse estudios especializados que implicaban recursos humanos y materiales imposibles de desahogar en un día.

Dos partidos políticos promovieron incidente de inejecución de sentencia, el cual se estimó fundado por el TEPJF, al considerar que el presidente carecía de atribuciones para pronunciarse, en lo individual, sobre el cumplimiento al fallo judicial, ya que tal facultad correspondía, en exclusiva, al órgano colegiado. Por el incumplimiento a la ejecutoria, se le impuso una amonestación.

El Consejo General emitió un acuerdo donde determinó excluir la zona limítrofe de la distritación del Estado, porque, como lo había señalado el presidente, no existía tiempo para desahogar los trabajos que le permitieran contar con las herramientas necesarias para determinar las modalidades de inclusión de esa zona territorial, y con este acuerdo, a la postre, se estimó cumplida la sentencia.

La ratificación. El 15 de enero de 2009, la legislatura del Estado de Quintana Roo emitió un decreto donde ratificó a Carlos Soberanis

Ferrao, como Consejero Presidente del Instituto Electoral de Quintana Roo. Para arribar a esa determinación, el órgano legislativo ponderó que si bien dicho ciudadano había sido amonestado por el máximo órgano electoral, sobresalía su trabajo positivo en la entidad y, por ende, debía privilegiarse su ratificación.

Contra ese acto, el PRD promovió juicio de revisión constitucional, por considerar que el ciudadano no cumplía con los requisitos constitucionales y legales para ocupar el cargo, específicamente por carecer de buena reputación, debido a que había sido amonestado por el TEPJF, por el incumplimiento a una sentencia de ese órgano jurisdiccional.

V.2.2.2. La argumentación del TEPJF. Al resolver el problema de fondo, en la sentencia se argumentó:

- a) El incumplimiento de la ejecutoria puso en riesgo los principios rectores de la función electoral.

- b) Por buena reputación debe entenderse la buena opinión, consideración que se tenga de alguien, que repercute en el prestigio y estima social de esa persona, especialmente en el desempeño de sus labores como funcionario electoral. Se debe distinguir la reputación social de la estrictamente profesional y especializada, donde sobresale la del TEPJF.

- c) El órgano legislativo se limitó a analizar la trayectoria del funcionario, pero no sopesó su falta a los principios rectores de la función electoral, de donde deriva la ausencia de buena reputación.

Sobre esta base argumentativa, los magistrados electorales revocaron la

ratificación de Carlos Soberanis Ferrao, por considerar que no cumplía con el requisito de gozar de buena reputación ante ellos.⁸⁴

V.2.2.3. Comentarios a la sentencia. Al igual que el caso anterior, la adopción del principio de proporcionalidad demandaba una solución distinta.

Son varias las cuestiones que sobresalen de la sentencia, las cuales escapan al objeto del presente trabajo pero, por su notoriedad, no deben dejarse de lado y cabe hacer algunas reflexiones.

Salta a la vista y, por lo mismo, vale la pena comentar, la afirmación en el sentido de que la opinión relevante para determinar si una persona goza de buena reputación es la de los órganos jurisdiccionales especializados, no así la de sociedad en general. Esta consideración, que por supuesto no se comparte, enfrenta serias y contundentes objeciones.

Como es bien sabido, y por ello se ha insistido mucho en este trabajo, la legitimidad de las instituciones se construye a través de su actuar cotidiano, para lo cual deben explicar y convencer a las partes en litigio, a los profesionales y la opinión pública en general, que sus decisiones no sólo están sustentadas en derecho, sino que son racionales y socialmente útiles.

El TEPJF dejó de lado la parte fundamental en que descansa la construcción de la legitimidad institucional, en tanto sostuvo que la única opinión que tiene relevancia para determinar si una persona goza de buena reputación es la del máximo órgano, no así la del resto del

⁸⁴ Sentencia dictada en el expediente SUP-JRC-5/2009, resuelto en sesión pública de 19 de marzo de 2009.

auditorio especializado y de la opinión pública, lo cual rompe por completo con uno de los elementos que fundan el Estado Constitucional, que es justamente la confianza ciudadana en las instituciones.

También destaca que, para los magistrados electorales, lo único relevante, a fin de establecer la reputación del ciudadano, fue el asunto donde determinaron amonestarlo, y no el resto de su trabajo al frente del órgano electoral, lo cual parece, a simple vista, un análisis sesgado de su desempeño, que además se aparta de los criterios jurisprudenciales establecidos por la SCJN,⁸⁵ donde se ha establecido que, en un procedimiento de ratificación, es condición indispensable una evaluación del desempeño, es decir, la figura de la ratificación surge en función directa de la actuación en el encargo.

Por lo menos, al TEPJF le era exigible un análisis del desempeño del ciudadano, sobre todo si la presunción de *no gozar de buena reputación* se construyó a partir de un asunto relativo a su actuación en el organismo electoral, tal como desde el inicio lo había hecho la legislatura.

Con independencia de lo criticable de la decisión por la interpretación de la norma aplicable al caso, lo que resulta realmente importante es someterla al escrutinio de igualdad.

⁸⁵ Este criterio se recoge en la tesis de jurisprudencia del Pleno de la SCJN, de rubro: "RATIFICACIÓN O REELECCIÓN DE FUNCIONARIOS JUDICIALES (MAGISTRADOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA LOCALES, ARTÍCULO 116, FRACCIÓN III, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL). CARACTERÍSTICAS Y NOTAS BÁSICAS", consultable en la página 1535 del Tomo XXIII, febrero de 2006, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Al igual que en el ejemplo anterior, se puede concluir que la medida enjuiciada cumple con los cánones de **idoneidad** y de **necesidad**, por lo que resulta pertinente analizarla en el campo de la ponderación.

Proporcionalidad en sentido estricto. En la designación o ratificación de funcionarios electorales convergen dos principios fundamentales. Por un lado, el derecho a ocupar cargos públicos, previsto en el artículo 35, fracción II de la Norma fundamental y, por otro, el principio de profesionalización en el desarrollo de la función electoral, establecido en el artículo 41 de la misma fuente normativa.

La ley de la ponderación. La afectación al derecho fundamental de ocupar cargos públicos, por la no ratificación como consejero electoral, podría calificarse como intensa, dado que se le privó de forma total de ese derecho, máxime si se toma en cuenta que, al haberse desempeñado con ese cargo, el ciudadano se veía imposibilitado para aspirar a él en una próxima ocasión, debido a que la propia normatividad local establecía dicha limitante. De forma correlativa, la satisfacción del principio de profesionalismo de las autoridades electorales podría calificarse como leve, en tanto que sólo se tuvo noticia de un caso de amonestación, dentro de los cuatro años que duró la función.

La segunda variable es el peso abstracto de los principios. En ambos casos puede calificarse como intenso, porque, por un lado, se trata de un derecho fundamental y, por otro, de un principio estructural del régimen democrático de nuestro país.

En cuanto a la tercera variable, la seguridad de las premisas empíricas, con los parámetros proporcionados por Alexy, se tiene que, con la no ratificación, se afectó de modo seguro el derecho fundamental a ocupar

cargos públicos, porque se le privó de forma total de la posibilidad de desempeñarse como funcionario público, y no sólo para ese periodo, sino de forma absoluta. Por otro lado, la afectación al principio de profesionalismo en el desarrollo de la función electoral podría calificarse como no evidentemente falso, porque Carlos Soberanis no demostró una conducta propiamente de desacato, sino que expresó argumentos por los que, en su concepto, consideró encontrarse imposibilitado para cumplir con la sentencia. Es decir, el funcionario no pretendió eludir, sin más, la decisión del TEPJF, tan es así que, a la postre, cuando el órgano administrativo, en su conjunto, se manifestó en el mismo sentido, el propio tribunal estimó cumplida la ejecutoria, lo cual evidencia que Carlos Soberanis actuó de buena fe, por lo cual, en el peor de los escenarios, sólo podría afirmarse una afectación mínima al principio de profesionalismo en el desempeño de la función electoral.

La fórmula del peso. Al aplicar los valores asignados al derecho de ocupar cargos públicos y al principio de imparcialidad en el desarrollo de la función electoral, se obtienen los resultados siguientes:

$$G_{Pi,jC} = \frac{4 \times 4 \times 1}{1 \times 4 \times 1/4} = \frac{16}{1} = 16$$

De forma correlativa, el peso del principio de imparcialidad en la función electoral sería el siguiente:

$$G_{Pi,jC} = \frac{1 \times 4 \times 1/4}{4 \times 4 \times 1} = \frac{1}{16} = .0625$$

A partir de estos resultados, se arriba a la convicción de que la satisfacción del principio de profesionalismo en el desarrollo de la función electoral, satisfecho en .0625, no justificaba la intervención en el derecho a ocupar cargos públicos, afectados en una escala de 16, por lo que este derecho tuvo que preceder en la ponderación y, como resultado del caso, debió concluirse que los derechos fundamentales ordenaban la ratificación del cargo de consejero electoral.

Es claro que las dos sentencias comentadas, al no cumplir con el principio de proporcionalidad, se convirtieron en una intervención arbitraria al derecho fundamental de ocupar cargos públicos.

A manera de reflexión, y vale la pena aclarar, puramente personal y sin más elementos que la sola especulación, pareciera que la sentencia, ante la falta de razones que la justifiquen, obedeció a una gran molestia de los Magistrados electorales, derivada del hecho de que el presidente del órgano electoral, al manifestar su imposibilidad para cumplir con el fallo, evidenció el notable yerro en que incurrieron al ordenarle que se pronunciara sobre la redistribución, ya que, como bien señaló, no existía tiempo para llevar a cabo tal actividad, porque la ley establecía claramente que sólo podía efectuarse entre dos procesos electorales, y la notificación se le había hecho un día antes del inicio del proceso electivo entonces próximo a iniciar.

La equivocación del TEPJF fue producto de esa actitud insistente, muchas veces irreflexiva, de ordenar el reenvío del expediente a la autoridad responsable, cuando en la materia electoral, la atribución de plenitud de jurisdicción, lo que busca es dotar de certeza en el menor tiempo posible. En el asunto primigenio, el tribunal debió pronunciarse en definitiva si procedía o no la redistribución, y con ello habría evitado

las consecuencias nocivas que finalmente culminaron con la no ratificación de consejero electoral.

Valdría la pena recapacitar, pero eso escapa a este trabajo, sobre la conveniencia de lo que Ana Laura Magaloni llama la *política de decidir sin resolver*, que se encuentra muy arraigada en el ámbito del juicio amparo, y que ahora, por desgracia, se ha importado a la justicia electoral.

V.3. El derecho de asociación y la negativa de registro, como partido político nacional, a la Asociación Nacional Sinarquista.

Como en otros muchos casos, la evolución conceptual del derecho de asociación en materia política ha transitado por diversas etapas. En un principio se consideró que este derecho se concretaba a la posibilidad de formar partidos políticos y agrupaciones políticas, sin incluir al conjunto de derechos que se adquieren al interior de esas organizaciones, como participar en las decisiones internas, ocupar los puestos directivos, elegir a sus candidatos, etc.⁸⁶

Una nueva reflexión llevó a la Sala Superior a considerar que el derecho de asociación política sólo puede ejercerse en su plenitud, a partir de la vigencia de otro cúmulo de derechos también de rango fundamental, donde se incluyó, entre otros, el de los militantes a integrar los órganos directivos de los partidos políticos.

⁸⁶ Este criterio dio origen a la tesis de jurisprudencia S3ELJ 59/2002, de rubro: “DERECHO DE ASOCIACIÓN POLÍTICO-ELECTORAL. SE COLMA AL AFILIARSE A UN PARTIDO O AGRUPACIÓN POLÍTICA”, publicada en la Revista Justicia Electoral 2003, suplemento 6, páginas 22-23.

En ese sentido, conforme a la actual doctrina judicial, tanto el derecho de asociación política como el cúmulo de derechos que derivan de éste, tienen el rango de fundamentales y, con esta precisión, se procede al análisis del caso materia de este tema.

V.3.1. Antecedentes. El 27 de junio 2008, el IFE negó el registro, como partido político nacional, a la agrupación política nacional “Unión Nacional Sinarquista”. La razón toral de la negativa, consistió en la inconstitucionalidad del artículo 35 de los Estatutos de dicha organización, que señalaba:

“...Artículo 35.- Los miembros del Consejo Político Nacional serán electos cada tres años, pudiendo ser reelectos...

Si un miembro fuera reelecto para ser miembro del Consejo Político hasta por cuatro periodos completos, consecutivos o no, al acabar éste último será considerado como miembro vitalicio. Los Ex presidentes del Consejo Político Nacional que concluyan con la totalidad de su encargo, adquieren al concluir su periodo la calidad de miembros vitalicios... En todos los casos, la calidad de miembro vitalicio se pierde por renuncia, fallecimiento, impedimento físico o mental, así como por la exclusión del partido mediante el procedimiento establecido.

Según el IFE, el precepto tenía vicios de inconstitucionalidad, por no establecer periodos cortos de mandado de los integrantes del Consejo Político, y porque podría generar la detentación del cargo de forma vitalicia, lo cual contradecía el principio republicano.

La agrupación promovió demanda de juicio ciudadano ante el TEPJF,⁸⁷ para controvertir la negativa del registro. El problema a resolver se centró en una cuestión de estricta constitucionalidad: analizar el

⁸⁷ Expediente radicado con la clave SUP-JDC/517/2008.

contenido esencial de la norma jurídica y hacer compatibles los derechos en juego, esto es, el derecho de los afiliados de un partido político de ocupar cargos de dirección, y el derecho de los ciudadanos para organizarse y constituir un partido político nacional.

V.3.2. La argumentación del TEPJF. Al resolver la cuestión planteada, la Sala Superior advirtió tres normas incompatibles con la Constitución: Los miembros del Consejo Político Nacional pueden: **1.** Ser reelectos de manera indefinida; **2.** Si han sido reelectos hasta por cuatro periodos completos, sean o no consecutivos, al concluir el cuarto período serán considerados como miembros vitalicios; y **3** Cuando han ejercido el cargo de Presidente, al concluir la totalidad de su encargo, adquieren la calidad de miembros vitalicios.

La no conformidad con la Constitución, según se dijo en la sentencia, quedó de manifiesto porque las tres normas impedían a los afiliados tener acceso a los cargos partidistas e intervenir en la toma de decisiones, lo cual se alejaba de los principios contenidos en los artículos 3º, 35 y 41, fracción I, párrafo 2, de la Constitución.

Además, se consideró que las normas propiciaban la perpetuidad de los altos cargos directivos, con lo cual se suplantaba a las bases y se deslegitimaba a los dirigentes, ya que éstos debían ser electos mediante mecanismos democráticos ordinariamente directos y renovables periódicamente. Además, se trataba del órgano partidario donde se concentraban las atribuciones para adoptar las decisiones de mayor trascendencia.

En suma, se consideró que las normas destacadas, además de impedir el derecho de los afiliados a integrar con carácter representativo los órganos

de dirección, creaban cotos exclusivos de poder y zonas de inmunidad dentro del propio instituto político, en violación a los principios de igualdad y legalidad, y en contravención de los fines para los cuales fueron creados los partidos políticos.

El TEPJF estimó que la incompatibilidad de la norma estatutaria con la Constitución representó la falta de un requisito esencial para obtener el registro como partido político y, ante esa eventualidad, confirmó la negativa del IFE.

V.3.3. Comentarios a la sentencia. La decisión adoptada por la máxima autoridad electoral no cumplió, ni siquiera, con las exigencias mínimas del principio proporcionalidad.

Como se ha dicho, este principio descansa en la idea de optimización de los derechos fundamentales, lo cual implica que las normas de esa naturaleza sean realizadas en la mayor medida posible. Esta exigencia genera que el juzgador, al resolver casos concretos, busque soluciones tendientes a hacer compatibles los principios fundamentales en juego, y deje de lado aquellas donde, por garantizar uno de ellos, se impida el ejercicio del otro o bien, se obstaculice la satisfacción de ambos.

La decisión en examen no supera ni siquiera el subprincipio de idoneidad, como primer criterio de proporcionalidad, el cual implica un análisis de la medida para verificar si el fin que pretende favorecer es legítimo y si tiene la capacidad para fomentar su finalidad.

Según la sentencia, la norma inconstitucional impedía que los militantes del partido político accedieran a los cargos de decisión, ante lo cual, lo procedente era negar el registro solicitado, sin embargo, dicha medida en

nada contribuyó para alcanzar el derecho fundamental citado, pues es obvio que el acceso a los cargos partidistas supone la existencia de un partido político, de modo que la negativa del registro no era una medida idónea para garantizar dicha finalidad.

En efecto, la resolución adoptada carecía de idoneidad para contribuir a la obtención del fin constitucional que, según el TEPJF, consistió en el derecho de los militantes para acceder a los cargos de decisión. La negativa del registro en nada abonó para que los militantes hicieran asequible ese derecho fundamental, por el contrario, frustró cualquier posibilidad de cristalizar esa aspiración, al igual que la de formar un partido político, lo que evidencia que la decisión de la autoridad electoral, lejos de maximizar ambos derechos en tensión, optó por una solución que los tornó inaplicables.

La afectación a dichos principios se acrecentó, en la medida en que, según las reformas constitucionales y legales en materia electoral de 2007 y 2008, la oportunidad para formar un partido político pasó de cada tres años a cada seis años, con lo cual la intensidad en la frustración de los derechos fundamentales en tensión fue de mucha mayor entidad.

El tema ameritaba una actuación distinta, ya que, ante la posibilidad de sacrificar los derechos involucrados, debió desecharse la negativa del registro como solución del caso y buscar alguna alternativa que permitiera hacerlos compatibles. Por ejemplo, la emisión de una sentencia reductora que expulsara las porciones normativas inconstitucionales.

Esta modalidad de sentencia no es novedosa en la experiencia de la Sala Superior, ya que existen algunos precedentes que dieron origen a la

emisión de sentencias interpretativas. Por ejemplo, al resolver el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano 21/2002,⁸⁸ donde analizó la constitucionalidad de los Estatutos del Partido Verde Ecologista de México, se consideró:

“...**SEGUNDO.** Se deja sin efectos la parte del artículo 105, fracción I, inciso d), de los estatutos del Partido Verde Ecologista de México presentados ante esta Sala Superior, precisada en el considerando segundo de esta resolución. En consecuencia, el texto de la disposición citada queda como sigue:

...

Se considerará información clasificada como reservada o confidencial:

I. La que determine el Consejo Político Nacional en base a los siguientes criterios:

...

d) La información referente a los datos personales de los militantes o adherentes, así como de los candidatos del partido, será considerada como confidencial, de conformidad al criterio sostenido de la tesis de jurisprudencia cuyo rubro dice: "DERECHO A LA INFORMACIÓN EN MATERIA POLÍTICO-ELECTORAL. ALCANCES JURÍDICOS DE LA PRERROGATIVA DE LOS CIUDADANOS PARA CONOCER DATOS QUE OBREN EN LOS REGISTROS PÚBLICOS RELATIVOS A LOS PARTIDOS POLÍTICOS", consultable en la compilación oficial de jurisprudencia, tesis relevantes 1997-2002, página 57 a 61...".

En esta resolución se advierte claramente el tipo de sentencia reductora, ya que se eliminaron porciones normativas de uno de los preceptos impugnados y se preservó su contenido fundamental, con lo cual se logró hacer compatibles los derechos en juego, por un lado, la libertad del partido político para reglamentarse en su régimen interno y, por otro, los

⁸⁸ Sentencia dictada en sesión pública de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de 4 de mayo de 2005.

derechos de la militancia que se veían afectados con la norma contraria a la Constitución.

De esta forma, y de nueva cuenta con relación al caso que se comenta, si el TEPJF, ante la inconstitucionalidad advertida, hubiera expulsado las normas en lugar de negar el registro, habría logrado hacer compatibles los derechos en juego, porque se habría permitido la constitución del partido político y el acceso de los militantes a los cargos de dirección, con lo cual se lograba erradicar la parte perniciosa y garantizar el ejercicio de ambos derechos en su plenitud, que es precisamente la finalidad del principio de proporcionalidad.

Por sentido común, bastaría preguntar a los militantes qué hubieran preferido: tener un partido político sin el segundo párrafo del artículo 35, que permitía detentar el cargo de consejero político de manera vitalicia, o echar por la borda el trabajo de varios años y esperar una nueva oportunidad hasta la conclusión de la siguiente elección presidencial, para solicitar, si aun subsisten como agrupación, su registro como partido político nacional. La respuesta parece obvia, aunque no lo fue para los magistrados. Vale la pena decir que, en casos como el analizado, el “sentido común” no está divorciado de la justicia.

De esta forma, la conclusión resultó desproporcionada, al no cumplir con el canon de idoneidad y, por lo mismo, se constituyó en una intervención injustificada a los derechos de asociación en materia política y de ocupar los cargos directivos al interior de una organización de esa naturaleza.⁸⁹

⁸⁹ Para abundar sobre los comentarios a esta sentencia, *Vid.*, Castillo Estrada, Iván y Reyes Martínez, Joel, pp. 369 y ss.

V.4. El derecho a ser votado y la revocación del cargo de diputado a Julio César Godoy Toscano.

El contenido del derecho a ser votado, al igual de los otros derechos de carácter político-electoral, ha tenido una evolución constante en la jurisprudencia. En un principio, se consideró que sólo incluía la participación en una campaña electoral y la posterior proclamación del candidato electo de acuerdo con los votos efectivamente emitidos. Actualmente, también abarca el derecho a ocupar y desempeñar el cargo que la propia ciudadanía encomendó.

De esta forma, se ha considerado que el derecho a ser votado no se limita a contender en una campaña electoral y a la posterior proclamación como candidato electo, sino que también incluye la consecuencia jurídica resultante de que el candidato sea electo por la voluntad popular, consistente en ocupar y desempeñar el cargo encomendado por la ciudadanía y el de mantenerse en él durante el periodo correspondiente.⁹⁰

Con base en la extensión y alcance del derecho a ser votado, se analiza el caso objeto de este tema.

V.4.1. Antecedentes. El 5 de julio de 2009, Julio César Godoy Toscano resultó electo diputado por el principio de mayoría relativa, en el Distrito Electoral Federal 01, con cabecera en Lázaro Cárdenas, Michoacán y, tras haberse agotado las instancias impugnativas legales, el TEPJF confirmó su constancia de mayoría.

⁹⁰ El contenido del derecho a ser votado se ha definido en la tesis de jurisprudencia S3ELJ 27/2002, de rubro: “DERECHO DE VOTAR Y SER VOTADO. SU TELEOLOGÍA Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN”, consultable en la Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, páginas 96-97.

Días previos a la instalación de la nueva legislatura, el Secretario General de la Cámara de Diputados giró instrucciones para que se le impidiera el acceso al recinto oficial y no tomara protesta del cargo de diputado. Las razones de la negativa consistieron en que, el 18 de junio anterior, un juez penal había librado orden de aprehensión en su contra por un delito considerado grave en la legislación penal federal, lo cual, según el Secretario de la Cámara, generó la suspensión de sus derechos políticos, en términos del artículo 38 de la Constitución General de la República, y esto le impedía desempeñar el cargo de diputado.

Ante dicha situación, Julio César Godoy Toscano promovió juicio ciudadano, donde argumentó la violación al derecho a ser votado, en la vertiente de ocupar y desempeñar el cargo para el cual había sido electo.⁹¹

En la demanda se planteó un conjunto de argumentos para evidenciar la inconstitucionalidad de la negativa a reconocer el carácter de diputado, pero el aspecto toral se centró en un ejercicio o test de igualdad, para determinar si en el caso debía prevalecer el derecho fundamental a ser votado, sobre el principio constitucional de certeza en el desempeño público, que subyace del artículo 38 Constitucional.

Tal como fue planteada la demanda, el TEPJF tuvo ante sí la oportunidad de sentar una doctrina sobre la aplicación del principio de proporcionalidad, pero, como se verá, la resolución dejó mucho que desear al respecto.

V.4.2. La argumentación del TEPJF. Del contexto de la sentencia se advierte que la Sala Superior, al ocuparse del tema central planteado en

⁹¹ La demanda se radicó en la Sala Superior del TEPJF, con la clave SUP-JDC-670/2009.

la demanda, se dedicó a analizar la naturaleza y contenido de la limitación constitucional establecida en el artículo 38, fracción V, donde se establece que los derechos de los ciudadanos se suspenden por estar prófugo de la justicia, desde que se dicte la orden de aprehensión hasta que prescriba la acción penal.

En ese sentido, el TEPJF, con apoyo en la normativa internacional, estimó que la norma fundamental, al establecer la causa de suspensión de derechos políticos, cumplía con los parámetros de razonabilidad y objetividad y, por tanto, se apegó a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

Una vez que se determinó que la norma constitucional era proporcional, la Sala Superior se limitó a hacer un ejercicio de subsunción, donde consideró que si existía una orden de aprehensión contra el ciudadano, se actualizaba la hipótesis de suspensión de derechos. A partir de esa conclusión, el Tribunal consideró innecesario realizar un examen o juicio de igualdad. Al respecto, expresamente afirmó:

“...En esas condiciones, no sería válido estimar, que como lo afirma el actor, sea menester una ponderación de valores entre **los derechos fundamentales de votar y ser votado y, por otro lado, el de certeza en la consolidación del sistema democrático**; lo anterior, en razón de que, el mandato concreto del poder constituyente está dirigido sin reticencia alguna a establecer la hipótesis de suspensión de los derechos políticos tratándose de la condición de *prófugo de la justicia*, previsión que como se ha dicho, deviene objetiva y razonable, por las consideraciones explicadas con anterioridad...”.

Con base en lo anterior, se confirmó la negativa a reconocer el carácter de diputado de Julio César Godoy Toscano.

V.4.3. Comentarios a la sentencia. Con independencia de que la solución adoptada no se sigue de la aplicación del principio de proporcionalidad, el caso que se comenta resulta de gran utilidad porque ilustra de forma clara la confusión que permea en la argumentación del TEPJF. Las razones de la sentencia evidencian las limitaciones teóricas y conceptuales en la aplicación de normas fundamentales, lo que, en el caso, condujo a la adopción de una decisión contraria al principio de igualdad.

El problema planteado en la demanda fue claro y conciso: a partir de un escrutinio o test de igualdad en la aplicación de la ley, debía privilegiarse el derecho a ser votado sobre el principio constitucional de certeza en el desempeño público.

En la sentencia, la argumentación toral se construyó a partir del análisis de la proporcionalidad de la limitación constitucional establecida en el artículo 38, fracción V, y una vez que se estimó que la norma fundamental cumplía con ese principio, se hizo un ejercicio de mera subsunción, para concluir que fue correcto el proceder del Secretario del Congreso, al negar el acceso al recinto y la expedición de la credencial de diputado. Al respecto, se señaló:

“...En el caso, la hipótesis de suspensión que se analiza satisface los apuntados principios reconocidos por el ámbito internacional. Como se ha dicho, la orientación que ha delineado el derecho comunitario coincide en lo esencial, en que a los derechos políticos no les asiste un carácter absoluto e ilimitado, sino que como todo derecho fundamental encuentran sus límites en diversos parámetros que constituyen baluartes de un Estado democrático derecho, a saber **legalidad, necesidad y proporcionalidad**.

En la especie, la **legalidad** se cumple, en la medida que, como se vio, el precepto constitucional delimita con claridad cuáles son las hipótesis de suspensión de los derechos políticos, de ahí que resulte patente que la

voluntad expresa del Poder Constituyente fue implementar, diversas causas de suspensión de derechos, todas ellas, con carácter excepcional porque la regla general es que los derechos políticos se ejerzan a plenitud.

A su vez, la **necesidad** de la hipótesis de suspensión se justifica en tanto que fue regulada por el Constituyente para preservar el orden jurídico, para lo cual, estimó imperativo que se suspendieran los derechos políticos a aquellas personas contra quienes se librara una orden de aprehensión y su condición particular revelara que se encontrara prófugo, siendo que su establecimiento se orienta en beneficio del interés de la colectividad que presupone la necesidad de que se efectivicen los mecanismos para desterrar aquellos ilícitos que trastocan gravemente el orden social.

Finalmente, se evidencia que la causa de suspensión es también **proporcional**, habida cuenta que refleja que la postura del Constituyente, al establecer los casos que revisten el carácter de excepción en la aplicación de los derechos políticos, no resulta inadecuada, en tanto que añade a su ponderación un examen funcional de sus consecuencias; lo cual se surte en la especie, en tanto que es aceptable que la persona contra quien se libra una orden de aprehensión y se encuentre prófugo no esté en condición material y jurídica para ejercer ese derecho...”.

Lo anterior evidencia la notoria confusión en la aplicación del principio de igualdad. Mientras el planteamiento de la demanda versó sobre un juicio de proporcionalidad en la aplicación de la ley, la resolución analizó la proporcionalidad *de la Constitución*. En efecto, la pretensión del ciudadano consistió en someter a un escrutinio de igualdad la medida por la cual se le negó el carácter de diputado electo, sin embargo, la Sala Superior sometió a ese escrutinio la norma constitucional, que subyace del artículo 38, fracción V, lo cual resultó totalmente incongruente.

El error de apreciación no resulta menor. Que el TEPJF confunda la igualdad en la ley con la igualdad ante la ley tiene efectos trascendentes en la argumentación de una decisión judicial, porque mientras la primera supone un estudio en abstracto para determinar que las distinciones

legislativas no se funden en criterios discriminatorios no justificados (como se hizo en la sentencia), la segunda se funda en la apreciación de los hechos materia del caso, para que, con base en ellos, se determine cuál derecho fundamental debe prevalecer en el supuesto concreto.

Esta equivocación generó la consecuencia nociva de que, a la postre, el TEPJF estimara innecesario pronunciarse sobre el juicio de ponderación propuesto en la demanda, pues, en su lógica, como la norma constitucional había cumplido con el principio de proporcionalidad, sólo restaba realizar un ejercicio de subsunción para estimar actualizada la consecuencia normativa.

En cambio, de haberse atendido a la exigencia que deriva del principio de igualdad en la aplicación de la ley, se debió analizar la medida enjuiciada (negativa a reconocer el carácter de diputado) a la luz del principio de proporcionalidad, para determinar si cumplía con los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, para lo cual debió ponderar las circunstancias específicas del caso concreto.

Como puede verse, la confusión tuvo efectos definitivos en la solución del caso, porque la errónea concepción en la aplicación del principio de igualdad impidió que se realizara un ejercicio argumentativo a la luz del principio de proporcionalidad conforme a las circunstancias del caso.

Con independencia de la falta de destreza teórica que evidenció la confusión de conceptos, lo que realmente salta a la vista es el análisis del artículo 38, fracción V de la Constitución, a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos, para concluir que dicho precepto cumple con los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

Esta argumentación conduce, por lo menos, a dos reflexiones: a) Si el TEPJF somete una norma constitucional al escrutinio de proporcionalidad es porque, en su lógica, dicha norma podría inaplicarse, de resultar que no cumple con dicho principio, si no cuál sería el sentido de realizar ese escrutinio y b) Que el TEPJF utilice como parámetro de enjuiciamiento la normativa internacional, supone que, en su concepto, los tratados internacionales de derechos humanos se ubican por encima de la Constitución.

Ambas afirmaciones se ubican en el centro de grandes debates académicos y las dos enfrentan serias condiciones de refutación. Por un lado, pensar que un artículo constitucional puede inaplicarse supone una contradicción con uno de los postulados esenciales del neo constitucionalismo, que es precisamente el de supremacía constitucional. Por otra parte, utilizar un tratado internacional como parámetro para enjuiciar una norma constitucional se opone a la doctrina de la SCJN, quien ha establecido que los tratados internacionales se ubican por debajo de la Constitución.⁹² La conclusión del TEPJF se aparta de lo establecido por la SCJN, lo que en sí misma no la hace incorrecta, pero sí se aleja de la tendencia del órgano electoral, en el sentido de recurrir de forma concluyente a los criterios del máximo tribunal para normar sus decisiones.

Como quiera que sea, las dos afirmaciones conducen a profundas reflexiones académicas, que escapan al objeto del presente trabajo, pero

⁹² Tesis del Pleno de la SCJN, de rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, materia constitucional, Abril de 2007, p. 6.

finalmente resultan de gran trascendencia para soslayarlas. Lo que interesa es realizar el examen de proporcionalidad.

En la demanda se solicitó un escrutinio de igualdad del acto consistente en la negativa del Secretario del Congreso de la Unión, para acceder al recinto oficial y tomar protesta del cargo como diputado federal.

En la medida enjuiciada se advierte la concurrencia de, por lo menos, dos principios constitucionales en tensión. Por un lado, el derecho a ser votado en su vertiente de ocupar y desempeñar el cargo para el cual fue electo y, por otro, el principio de certeza en el buen desempeño de cargos públicos, que subyace de la limitación constitucional que impide que las personas con orden de aprehensión, puedan participar en la vida política del país. A partir de estos principios en conflicto, el escrutinio de igualdad se estructura de la forma siguiente.

a) *Idoneidad.* La medida enjuiciada cumple con este elemento, porque con la negativa a reconocer el carácter de diputado a un ciudadano con orden de aprehensión en su contra, se persigue la consecución de un fin legítimo, consistente en la exclusión de toda participación política que pueda resultar nociva para la vida institucional.

Asimismo, la medida adoptada tenía la capacidad de alcanzar el fin constitucionalmente legítimo, en tanto que, al impedirse el acceso al cargo de diputado a una persona con sospecha de haber violado el orden penal, se eliminó cualquier duda de que su participación pudiera redundar en un perjuicio para la vida política del país.

b) *Necesidad.* La medida enjuiciada no cumplió con este subprincipio, porque en el sistema jurídico mexicano existe otro instrumento que tenía

la misma idoneidad para alcanzar el objetivo constitucional propuesto, con una menor afectación al derecho intervenido.

En efecto, en el artículo 111 de la Constitución General de la República se prevé que, para proceder penalmente contra los diputados, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculpado. El efecto de la declaración consistirá en la separación del encargo en tanto esté sujeto a proceso penal, y si éste culmina con sentencia absolutoria, podrá reasumir su función.

Este procedimiento era un instrumento idóneo para alcanzar el mismo fin constitucional, porque de demostrarse la comisión del ilícito penal en los términos establecidos en la Constitución, el funcionario sería separado del cargo y sometido a proceso penal, con lo cual se garantizaba, por un lado, que personas en esas condiciones no participaran en la vida política del país y, por otro, que la asunción de un cargo público no se convirtiera en un instrumento para generar impunidad.

Además, el procedimiento de declaración de procedencia constituía un instrumento menos lesivo al derecho a ser votado que la negativa a reconocer el carácter de diputado, en tanto permitía que el ciudadano electo tomara posesión del cargo para el cual fue electo, y con esto se daba real efectividad a ese derecho al igual que al diverso de votar de quienes lo eligieron.

Asimismo, la adopción de dicho instrumento permitía garantizar que ciudadanos que ya fueron electos para un cargo público, fueran objeto de persecuciones políticas con el único fin de afectar su participación, que

es justamente la finalidad de la inmunidad constitucional de la que gozan dichos servidores públicos.

Lo anterior evidencia que la medida enjuiciada no cumplía con el subprincipio de necesidad y, por tanto, la decisión del TEPJF, que la confirmó, resultó una intervención injustificada que afectó de modo innecesario el derecho fundamental a ser votado.

Lo sucedido con Julio César Godoy constituye un aspecto muy delicado para la participación política del país, porque así como varias voces se pronunciaron en el sentido de que no era sano que un ciudadano vinculado con la delincuencia organizada ocupara un cargo público, hubo otras que acusaron una persecución política del Estado mexicano, como fue el caso del dirigente nacional del PRD.

Lo cierto es que la relevancia del tema llegó hasta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde diversas organizaciones, como Fundar, Propuesta Cívica y el Observatorio Iberoamericano de la Democracia, solicitaron una audiencia temática para exponer la situación de los derechos políticos en México, la cual se desahogó el cinco de noviembre de 2009. El caso Godoy Toscano fue parte de esa audiencia y, por lo menos en opinión de las asociaciones solicitantes, el precedente daba muestra de una persecución política del gobierno.⁹³

Es importante también destacar que, al final, Godoy Toscano, poco más de un año después, logró tomar protesta del cargo como diputado, con lo cual adquirió fuero constitucional. Enseguida, el Procurador General de

⁹³ Para abundar sobre el contenido de esta visita temática, véase Asdrubal Aguiar; Barragán y Barragán, José; Castillo Estrada, Iván; Díaz Santana, Héctor; Casal, Jesús María y Valdés Carmona, Jesús; “Situación de los Derechos Políticos en México”; Observatorio Iberoamericano de la Democracia, 2010.

la República solicitó el inicio del juicio de declaración de procedencia, el cual se estimó procedente por la cámara de diputados y le fue retirado el fuero constitucional, a efecto de que pudiera ser juzgado por las autoridades penales.

De ser cierto, que el caso Godoy Toscano fue producto de una persecución política, la actuación del TEPJF era fundamental para evitar esa situación, porque, finalmente, el juicio de declaración de procedencia escapaba al control del Ejecutivo Federal, quien sí tiene a su disposición a la Procuraduría General de la República, como órgano competente para ejercer acción penal contra los ciudadanos. Sin duda, este caso será un referente importante para la discusión.

V.5. El derecho a ser votado y la suspensión de derechos político-electorales derivada de un auto de formal prisión.

El tema objeto de análisis es quizá de los que más ha concentrado la atención de la opinión pública en épocas recientes, ya que, por lo menos en dos casos, el TEPJF se pronunció sobre la elegibilidad de candidatos al cargo de Gobernador de una Entidad Federativa, de opciones políticas diversas.

Para fines de este trabajo, dichos precedentes resultan ilustrativos, no por las razones esgrimidas en cada uno, sino por la modalidad de las sentencias, a través de las cuales se configuró una premisa normativa que pretendió dar una respuesta válida para todos los casos donde un ciudadano se encuentra sujeto a un proceso penal, por virtud de un auto de formal prisión dictado en su contra, lo cual no sólo se aleja sino que es contrario a la estructura de las sentencias fundadas en el principio de proporcionalidad.

En efecto, como se ha dicho, el proceso de adjudicación judicial, que deriva de la aplicación del principio de proporcionalidad, se funda en el reconocimiento de las particularidades del caso concreto, a fin de establecer la precedencia de un principio a cierto supuesto de hecho. No se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, los derechos o libertades en tensión, ponderando, pesando cada uno de ellos, según sus circunstancias particulares. Que en una decisión se concluya que determinado principio debe triunfar no implica que en otro caso no deba triunfar el contrario.

Es por esto que el operador jurídico, al resolver un litigio, debe evitar pronunciamientos genéricos o interpretaciones que pretendan servir de base a todos los casos, es decir, el resultado de un juicio de ponderación no busca una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre a determinado principio, sino que logra una preferencia relativa al caso concreto, que no excluye una solución diferente en otro supuesto, se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.⁹⁴

No obstante, en los casos por analizar, la doctrina judicial se construyó de forma genérica, con la intención de dar solución a todos los casos vinculados con la suspensión de derechos político-electorales producto de un auto de formal prisión y ello, como se verá, genera graves riesgos de adoptar decisiones contrarias al principio de igualdad.

⁹⁴ Prieto Sanchís, Luis, p. 191.

Como se ha dicho, en el TEPJF se puede advertir una línea jurisprudencial en torno a la actualización del supuesto de suspensión de derechos político-electorales, previsto en el artículo 38, fracción II de la Constitución, donde se establece que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden *por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.*

La construcción jurisprudencial inició en junio de dos mil siete, cuando el TEPJF dictó resolución en el expediente SUP-JDC-85/2007 (caso Pedraza).⁹⁵ En este precedente, la controversia se limitó a establecer si un ciudadano, que enfrentaba un proceso penal en libertad provisional bajo caución, tenía derecho a que se le expidiera su credencial para votar con fotografía y, con ello, a ejercer su derecho a sufragar.

Para resolver la controversia, en la sentencia se acudió al artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, el cual, según el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas⁹⁶ debía interpretarse en el sentido de que: *"a las personas a quienes se prive de la libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar."* También se tuvo presente el principio de presunción de inocencia, reconocido en la Constitución como derecho fundamental y recogido en diversos instrumentos internacionales.⁹⁷

⁹⁵ Para una crítica sobre las razones del fallo, *Vid*, Salazar Ugarte, Pedro, pp. 55 a 67.

⁹⁶ Este criterio se sostuvo en la Observación General número 25 de su 57° período de sesiones en 1996.

⁹⁷ En la sentencia se citaron los artículos 11, párrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948; XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, el dos de mayo de 1948; 14, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma en la ciudad de Nueva York,

Con base en estos elementos, se concluyó que la hipótesis constitucional de suspensión debía entenderse como consecuencia de la privación de la libertad y, con ello, de la imposibilidad material y jurídica de ejercer el cúmulo de diversos derechos que integran la esfera jurídica del gobernado.

Por tanto, según se dijo en la sentencia, la suspensión de derechos político-electorales se actualizaba con la sujeción a proceso del ciudadano, que lo obligara irremediamente a permanecer en prisión, por no haber obtenido la libertad bajo caución, para lo cual debería satisfacer requisitos como: **a)** La garantía del monto de la reparación del daño; **b)** La garantía de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele; **c)** Caucionar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso; y **d)** Que no se trate de alguno de los delitos calificados como graves.

Con base en lo anterior, el TEPJF concluyó que el ciudadano Pedraza no se encontraba suspendido en sus derechos político-electorales, por encontrarse en libertad provisional bajo fianza, y ordenó la expedición de la correspondiente credencial de elector con fotografía, como instrumento necesario para ejercer el derecho al sufragio.

Esta doctrina judicial se reiteró en otros dos casos, específicamente los relacionados con la candidatura a Gobernador de Martín Orozco Sandoval,⁹⁸ en el Estado de Aguascalientes, así como de Gregorio Sánchez Martínez,⁹⁹ en el Estado de Quintana Roo. En ambos juicios, el

E.U.A, el 19 de diciembre de 1966; 7, párrafo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José Costa Rica, adoptado el 22 de noviembre de 1969; así como el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁹⁸ Sentencia dictada en el expediente SUP-JDC-98/2010.

⁹⁹ Sentencia dictada en el expediente SUP-JDC-157/2010 y acumulado.

TEPJF consideró aplicables las consideraciones del caso Pedraza, aun cuando en éste el pronunciamiento versó sobre el derecho a votar, ya que, según dijo, se daban las mismas condiciones para el ejercicio del derecho a ser votado y, por tanto, la doctrina del caso Pedraza resultaba aplicable.

En Aguascalientes, el TEPJF revocó la decisión del Instituto Electoral, por considerar que, como el candidato se encontraba gozando del beneficio de la libertad provisional bajo caución, no se actualizó el supuesto de suspensión previsto en el artículo 38, fracción II de la Constitución; mientras que, en Quintana Roo, sucedió todo lo contrario, ya que Gregorio Sánchez se encontraba preso por un delito grave, respecto del cual no resultaba procedente la concesión del beneficio, por lo que sí se encontraba suspendido de sus derechos políticos y, por ende, se confirmó la revocación de su candidatura al cargo de Gobernador.

La reconstrucción jurisprudencial permite advertir que, para el TEPJF, lo que determina la suspensión de los derechos políticos es una situación de hecho, que deriva del status de una persona sujeta a proceso penal. Si se encuentra presa, se actualiza la hipótesis de suspensión, en caso contrario, siguen vigentes los derechos político-electorales. Esta tendencia argumentativa muestra cómo, desde el caso Pedraza, se sentó una doctrina general y abstracta, que se aplicó sin más a los otros dos precedentes, pero, como se ha dicho, esa forma de argumentar puede conducir a consecuencias graves.

Es cierto que, como se señaló en los fallos, existen delitos donde, por su gravedad, las legislaciones penales impiden que un ciudadano disfrute del beneficio de libertad provisional, sin embargo, existen otros muchos casos donde las personas sujetas a proceso penal, por su precaria

situación económica, no tienen la posibilidad de exhibir las garantías correspondientes para disfrutar del beneficio citado. Se trata de aquellos supuestos donde la permanencia de una persona en una prisión obedece no a la naturaleza del delito, sino a la falta de recursos económicos.

En ambos casos los ciudadanos se hallan en la misma situación de hecho: privados de su libertad, aunque por causas absolutamente diversas. La situación apuntada, en aplicación del principio de igualdad, obliga a dar respuesta a las interrogantes siguientes: ¿la notable diferencia en la causa que genera que ambos ciudadanos permanezcan en prisión es irrelevante? ¿Ambos ciudadanos merecen ser tratados de forma idéntica?

Por desgracia, la argumentación desarrollada por el TEPJF es insuficiente para responder a esos cuestionamientos porque, como se dijo, la doctrina judicial se edificó a partir de una conclusión genérica, que pretendió solucionar los casos futuros, lo cual margina la posibilidad de evaluar las circunstancias específicas de cada caso concreto, para determinar si, en supuestos de privación de la libertad por falta de recursos económicos, podría privilegiarse el derecho a ser votado, por lo que, aun en esas circunstancias, se actualizaría la hipótesis prevista en el artículo 38, fracción II de la Constitución.

Esta conclusión sería no sólo contraria al principio de igualdad, sino que constituiría una medida discriminatoria totalmente injustificada, al fundarse en un criterio *sospechoso*, como lo denominaría la Corte Suprema de Estados Unidos, como es la condición económica de una persona, la cual, por cierto, se encuentra proscrita, como criterio de diferenciación, en los instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano y por el propio artículo 1º de la Constitución, donde se establece que “...*Queda prohibida toda discriminación motivada por*

origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social...”.

Este tipo de situaciones es lo que se pretende evitar con el reconocimiento de que las sentencias, producto de un juicio de ponderación, valen exclusivamente para el caso concreto. Esto no quiere decir que no puedan utilizarse como referente, sino que, en situaciones futuras, el operador jurídico debe evaluar si se dan las mismas condiciones de hecho y, en consecuencia, será válido acudir al precedente judicial.

En cambio, con pronunciamientos genéricos, como en esta ocasión lo hizo el TEPJF, se generan graves riesgos que, a la postre, pueden redundar en claras violaciones al principio de igualdad. Sería salud que, en caso de presentarse el supuesto al que se ha hecho referencia, la Sala Superior reflexione y dé marcha atrás a su doctrina que, quizá en casos como el de Gregorio Sánchez se justifique, pero no es sano pretender aplicarla, sin más, a otras situaciones, pues la imaginación no alcanza para prever todos los escenarios, ya no se diga posibles, sino probables.

V.6. A manera de recapitulación.

Los precedentes expuestos a lo largo de este capítulo son un buen referente que da muestra de las debilidades de la ausencia de una doctrina para argumentar las decisiones judiciales. Como se evidenció, se pueden adoptar decisiones contrarias a los derechos fundamentales o contradictorias, además de que se genera un clima de falta de predictibilidad en la adjudicación judicial.

Ciertamente, el caso Iztapalapa revela cómo, ante la ausencia de referentes sobre el uso del precedente judicial, se puede válidamente incurrir en decisiones pendulares, que en nada abonan a la credibilidad institucional, y abren un amplio abanico a la especulación. Y, quizá lo más preocupante, puso de relieve la interrogante sobre el papel que deben jugar las reglas de procedimiento en juicios constitucionales.

Desde una perspectiva personal, el sentido común indica que si las reglas están dadas para cumplir una finalidad, que es la de lograr una tutela constitucional eficaz, cómo pueden interpretarse de tal forma que se constituyan en un obstáculo para alcanzar ese objetivo, por el contrario, las normas procesales deben adaptarse de tal forma que resulten útiles para la consecución de la pretensión última, que es la protección de los derechos fundamentales. No obstante, en el caso Iztapalapa se interpretó una regla de tal forma que se constituyó en un obstáculo para garantizar el principio de igualdad. Son puntos de vista, pero lo cierto es que este proceder no responde al canon neo constitucional.

Las sentencias donde se revocaron nombramientos de Consejeros Electorales, que quizá de las analizadas sean las más equivocadas sobre el escrutinio de proporcionalidad, afectaron seriamente el derecho fundamental de los ciudadanos involucrados. Pero esas consecuencias, de por sí graves, podrían verse incrementadas porque, ante la debilidad argumentativa, las autoridades electorales bien podrían interpretarlas como una indebida intromisión a su autonomía y eso, a la larga, generaría un ambiente de hostilidad en la relación institucional, lo cual no es deseable en una jurisdicción especializada.

La decisión que negó el registro de partido político nacional, además de resultar errónea sobre el escrutinio de proporcionalidad, se dio en un

contexto que demandaba una actitud de mayor relevancia del TEPJF. La reforma legal de 2008, en la medida en que incrementó el lapso para solicitar el registro de partidos políticos, fue objeto de severas críticas y de posiciones encontradas, incluso, al interior de la SCJN cuando se discutió su constitucionalidad. Esta situación, por sí sola, exigía una posición de mayor vanguardia en la Sala Superior, que permitiera atemperar las consecuencias de dicha reforma y hacer asequible el derecho fundamental de asociación.

El caso Godoy Toscano se ubica en el centro de severas discusiones porque, desde diversas trincheras, se acusa una persecución política del Estado Mexicano. No existen elementos para demostrarlo, lo que sí valdría la pena reflexionar es que, en poco tiempo, acaso un año, se han presentado tres hechos donde candidatos, durante la campaña electoral, han sido objeto de acusaciones penales. Si el TEPJF hubiera resuelto, como le exigía el principio de proporcionalidad, sin duda que habría sentado un precedente importantísimo, porque permitiría dejar de lado, en caso de haber existido, las consecuencias nocivas de cualquier signo de persecución política.

Los expedientes analizados donde se interpretó la actualización de la suspensión de derechos político-electorales, por estar sujeto a un auto de formal prisión, dieron muestra de que, en el principio de proporcionalidad, también resulta relevante la modalidad de las sentencias, en aras de evitar decisiones que a la postre puedan resultar contrarias al texto constitucional. Estos casos revelan un dilema en el TEPJF. Si se aplica la doctrina judicial, cuando la privación de la libertad obedezca la falta de recursos económicos, la decisión será contraria a la Constitución. Si decide no aplicarla, incurrirá en una decisión pendular,

que generará un clima de incertidumbre y falta de predictibilidad, que habría podido evitarse.

Es cierto que se trata de casos aislados, y por ello no podría realizarse una afirmación concluyente, porque sería muy fácil incurrir en la falacia de indebida generalización, pero finalmente son muestra de las consecuencias a las que puede arribarse por la indeterminación argumentativa. En estos ejemplos parece aplicable lo que señalaba el juez Jackson de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, cuando advirtió “*nuestra decisión no es definitiva por ser infalibles, sino que somos infalibles sólo porque nuestra decisión es definitiva*”.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Sentencia dictada en 1953, en el caso Brown v. Allen.

Capítulo VI. Reflexiones conclusivas.

Del análisis de la doctrina judicial del TEPJF se puede arribar a una reflexión concluyente: en la jurisdicción electoral no existe una penetración real de los postulados de la teoría constitucional contemporánea, como sucede en otras latitudes de Europa o, incluso, de América Latina.

Esta insuficiencia conduce, de manera sencilla y natural, a pensar que las incontables referencias que se pueden encontrar en las sentencias, sobre conceptos como *principios* y *reglas*, *estado constitucional*, *garantismo*, etcétera, en no pocos casos se usan como meros estribillos que carecen de contenido real.

Las razones de esa insuficiencia pueden ser varias. Por citar sólo algunas, se pueden mencionar: a) la imposibilidad de romper el arraigado formalismo legalista que todavía predomina en la gran mayoría de nuestros jueces, b) la falta de destreza teórica o c) la falta de compromiso para asumir la responsabilidad de ser juez constitucional.

Cualquiera que sea la explicación, finalmente podría pensarse que la ausencia de una metodología específica podría no ser tan trascendente, sin embargo, cuando la indeterminación se traduce en malas decisiones, como en los casos analizados, la preocupación debe ser mayúscula, porque se abre una gran puerta a la arbitrariedad y a la incertidumbre. Por lo menos hasta ahora, no existen elementos que permitan preveer hacia dónde puede encauzarse una decisión del TEPJF, y esto es indeseable desde cualquier punto de vista, más si se le mira desde el cristal del neo constitucionalismo.

Es cierto que el escrutinio de igualdad, como herramienta de argumentación constitucional, es objeto de diversas críticas y tiene sus limitaciones, porque, como señala Carla Huerta, su forma de verificación parece confiar más en la racionalidad, sabiduría e intuición del juez que en reglas que determinen expresamente cómo debe llevarse a cabo un procedimiento tan importante.¹⁰¹

Pero, con todo y esas limitaciones, no se puede negar su virtud como mecanismo que pretende proporcionar ciertos parámetros objetivos de racionalidad en las decisiones judiciales, es cierto que no es concluyente y quizá dista mucho de serlo, pero hasta ahora es una de las herramientas de más consolidación.

La ausencia de metodologías específicas de argumentación es grave para la legitimidad institucional, porque ante escenarios controvertidos, como suele suceder cuando se decide sobre cuestiones con alto contenido político, surge la sospecha sobre los elementos trascendentales que influyeron en determinada decisión, si fueron personales, de simpatía o de opción política. Cuando las sentencias carecen de racionalidad, se abre un espacio para ese tipo de especulaciones.

Como señala Perelman,¹⁰² la lógica judicial se centra en la idea de adhesión y no en la de verdad. Por ello, la argumentación jurídica constituye la herramienta imprescindible para explicar y convencer de que las decisiones judiciales se sustentan en la Constitución y son razonables.¹⁰³

¹⁰¹ Huerta Ochoa, Carla, p. 175.

¹⁰² Perelman, Chaim, p.229.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 207.

Hay que recordar que las partes en litigio, los profesionales del derecho y la opinión pública son los tres auditorios que evaluarán, con argumentos y puntos de vista distintos, si las decisiones judiciales son o no convincentes, tanto en el plano jurídico como en el pragmático.¹⁰⁴ La adhesión de estos tres auditorios es clave para la legitimidad de los tribunales, pues, como se ha insistido, la fortaleza institucional se centra en la persuasión argumentativa y no en la imposición coactiva o en la autodenominación de jurisdicción constitucional.

La crítica es imprescindible en cualquier Estado Constitucional porque, como ha señalado García de Enterría, en la materia constitucional es necesario un diálogo permanente entre el tribunal y la doctrina jurídica, un diálogo franco y abierto, con elogios y con censuras, con desarrollos y justificaciones generales, con reservas y advertencias. La jurisprudencia y la doctrina han de caminar conjuntamente para que la legitimidad de la primera se afiance y se afirme, presentándose como la expresión inequívoca y autorizada de la Constitución y de sus valores fundamentales.

No obstante, la deficiencia argumentativa de decisiones clave del TEPJF ha impedido cumplir con las reglas mínimas señaladas por Perelman, por el contrario, el contexto actual en nuestro país muestra un fenómeno que conduce a pensar que existe un problema en torno a la legitimidad institucional de ese órgano, que ha llevado a la opinión pública y a diversos académicos a cuestionarlo.¹⁰⁵

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 228.

¹⁰⁵ Por ejemplo, Pedro Salazar ha señalado, en el artículo “Las instituciones suicidas”, publicado en el periódico El Universal, señaló: “...sin más, primero empezó el IFE, después le siguió la CNDH, se contagió el Tribunal Electoral y, poco a poco, todas nuestras novísimas instituciones, una a una, en parte porque estaban mal diseñadas y en otra porque cayeron en manos de una generación miope, se fueron colapsando. Lo que usted

Incluso, algo que por lo menos se aleja del difundido lugar común de que “*los jueces hablan por medio de sus sentencias*”, en ciertos casos polémicos, se ha visto a la Magistrada presidente del TEPJF acudir, en un par de ocasiones, a entrevistas en televisión para tratar de justificar alguna decisión y para responder a cuestionamientos de algunos de los actores políticos y académicos,¹⁰⁶ lo cual, sin duda, también revela una preocupación por la legitimidad del órgano.

Contar con instituciones electorales sólidas es fundamental para transitar hacia un verdadero Estado Constitucional, porque, por lo menos hasta ahora, en la mayor parte de la ciudadanía prevalece la idea de que en México las elecciones no son legítimas, según se advierte del resultado de la Encuesta Nacional Sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas de 2008,¹⁰⁷ donde se observa que el 66% de los ciudadanos manifestaron su opinión en el sentido de que en México las elecciones no son limpias.

ve... es sólo la fachada de un órgano estatal de garantía porque, por dentro, lo que existe son los escombros que dejaron tras de sí las disputas palaciegas, las ambiciones personales, los mareos de poder, la irresponsabilidad galopante y el golpeteo de los medios. Murieron de un mal que se llama enanismo autodestructivo. (...)A la CNDH la mató la ambición, al TRIFE la frivolidad, a otras la mezquindad y así sucesivamente...”

¹⁰⁶ Entrevista realizada por el conductor del noticiero primero noticias, Carlos Lorete de Mola, a la presidenta del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, María del Carmen Alanís, el 6 de septiembre de 2009, donde, entre otras cosas, se le cuestionó: “CLM: Bueno vamos a los temas del Tribunal. Haciendo un balance de todo lo que vimos, particularmente en los casos más calientes ¿No se ha vuelto predecible el Tribunal, siempre le da la razón a los mismos? MCA: No, esto no es así Carlos, déjame... además esto es comprobable, en la página del Tribunal, en la estadística. De hecho te puedo dar datos muy concretos. En el último año hemos resuelto el 28 por ciento de los asuntos a favor del PRD, el 18 por ciento a favor del PAN...”. Asimismo, a propósito del controvertido caso Iztapalapa, la presidente del TEPJF acudió a una entrevista con la periodista Carmen Aristegui, en el programa CNN en Español, donde trató de responder a cuestionamientos de algunos académicos.

¹⁰⁷ Informe ENCUP 2008, <http://www.encup.gob.mx/encup/?page=cuarta-encup-informe>, fecha de consulta: 22 de enero de 2010.

Es cierto que todavía las autoridades electorales se encuentran entre las que gozan de mayor confiabilidad ante la ciudadanía, pero también es de destacarse la diferencia de percepción entre ellas. Según la Encuesta Nacional Electoral de 2009, realizada por el Centro de Investigación y Docencia Económica,¹⁰⁸ se observa que mientras el 74% de los encuestados manifestaron tener mucha o regular confianza en el IFE, el 65% lo hicieron con relación al TEPJF, casi diez puntos porcentuales menos.

Estos datos constituyen un referente que debe ocupar a la comunidad jurídica en general, dada la trascendencia que tienen las decisiones del TEPJF en los procesos electorales y, con ello, en la construcción de la legitimidad democrática de los órganos electos.

Varias pueden ser las respuestas a la ausencia de una teoría constitucional que dote de racionalidad a las decisiones del TEPJF y que contribuya a acrecentar su legitimidad. Sin embargo, parece que todas conducen al mismo destino ¿qué modelo de juez requiere la jurisdicción electoral? Responder a esa pregunta escapa, por mucho, a las pretensiones de este trabajo, pero lo que sí es un hecho es que la discusión sobre cuál debe ser el perfil del juez constitucional es ya una realidad en nuestro país. La comunidad académica se ha centrado en ese tema y lo que parece existir es un consenso, en el sentido de que esa alta encomienda requiere de mayores destrezas, en áreas como teoría constitucional, argumentación jurídica, entre otras.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Encuesta Nacional Electoral 2009, http://www.ife.org.mx/portal/site/ifev2/Detalle_Acerca_del_IFE_CDD/?vgnextoid=ef492ceebf655210VgnVCM1000000c68000aRCRD, fecha de consulta: 22 de enero de 2010.

¹⁰⁹ *Vid.*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (Coordinadores), *El Juez Constitucional en el siglo XXI*.

Un ejemplo de que la formación profesional influye en un mejor desempeño del órgano colegiado, se puede encontrar en la doctrina desarrollada por la Corte Constitucional Colombiana, la cual lleva, en este punto, mucha ventaja respecto de otros países latinoamericanos, entre ellos México, pues cuenta con la mejor jurisdicción constitucional de todos ellos. La Corte Constitucional de Colombia es reconocida y respetada en toda América Latina por su liderazgo intelectual y por su fuerte activismo progresista en materia de derechos fundamentales.

De esta forma, si en realidad se quiere una reforma política fundamental, resulta impostergable que los órganos que toman las decisiones discutan sobre el modelo de juez que requiere la jurisdicción electoral, porque hasta ahora, aun siguen en el aire las dudas acerca de cuáles serán los elementos que sirvan de base al senado de la República, para designar magistrados del TEPJF.

La cuestión no resulta menor, pues, como señala Aarnio, *“Dentro de la democracia (...) es gracias a la sinceridad que el control se hace posible. Sin este control, las formas democráticas caen de las manos de la gente a las manos de unos pocos elegidos. En este caso, la transferencia de poder sería la única manera de recuperarlo. El poder cerrado es el oligárquico, y la oligarquía es el peor tipo de poder, excepto, quizá, desde el punto de vista del despotismo. De hecho, desde este punto de vista, la exigencia de racionalidad no es otra cosa que la exigencia de razonar las decisiones. El razonamiento es un prerequisite del control de la decisión. Se tiene que entender por qué algo fue decidido de tal manera, y para entender esto la única manera posible es que las decisiones estén bien fundamentadas. La gente simplemente no puede evaluar el funcionamiento de su democracia si la maquinaria de decisión*

no está abierta a un discurso desde varias perspectivas, el cual, también debe tener respeto a la racionalidad.”¹¹⁰

Valdría la pena preguntarse ¿En cerca de 15 años de vida, el TEPJF ha estado a la altura de su deber, un deber de naturaleza, más que técnica-jurídica, de certeza a la ciudadanía sobre el resultado de las elecciones? La respuesta está en el aire.

¹¹⁰ Aarnio, Aulis, “Derecho, Racionalidad...”, p. 79.

VII. Bibliografía y otras fuentes de consulta.

VII.1. Bibliografía.

*Aarnio, Aulis, “Derecho, Racionalidad y Comunicación Social: ensayos sobre filosofía del derecho”, Tr. Pablo Larrañaga, México, Distribuciones Fontamara, 2008, 113 pp.

*Aarnio, Aulis, “Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica”, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, 313 pp.

*Alexy, Robert, “El concepto y la validez del Derecho”, España, Gedisa, 1994, 208 pp.

*Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, España, Centro de Estudios, 2004, 111 pp.

*Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, Carbonell, Miguel (coordinador), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos y Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008, pp. 11 – 38.

*Alexy, Robert, “Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, 346 pp.

*Alexy, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, 607 pp.

*Atienza, Manuel, “Derecho y Argumentación”, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1997, 138 pp.

*Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, “Jurisdicción y Argumentación en el Estado Constitucional de Derecho”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, 133 pp.

*Bachof, Otto, "Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Nueva Serie año XIX Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XIX, núm. 57, Septiembre – Diciembre, 1986, pp. 837 - 852.

* Beltrán de Felipe, Miguel y González García Julio V, “Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, 690 pp.

*Bergholtz, Gunnar, “*Ratio Et Auctoritas*: Algunas Reflexiones Sobre la Significación de las Decisiones Razonadas”, En *Doxa* Número 8, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante 1990, pp. 75 - 85.

*Bernal Pulido, Carlos, “El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales”, Colombia, Universidad Externado de Colomina, 2005, 419 pp.

*Bernal Pulido, Carlos, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”, Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coordinadores), *Instrumentos de tutela y Justicia Constitucional*.

Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, 2002, pp. 51-74.

*Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador”, 2ª ed., España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 873 pp.

*Bobbio, Norberto, “Teoría General de la Política”, España, Trotta, 2003, 189 pp.

*Bulygin, Eugenio y Mendonca, Daniel, “Normas y Sistemas Normativos”, España, Marcial Pons, 2005, 95 pp.

*Carbonell, Miguel, “Libertad de expresión, partidos políticos y democracia. Comentario a la sentencia JDC-393/2005 del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Número 123, México, UNAM, 2008, pp. 1671-1710.

*Castillo Estrada, Iván y Reyes Martínez, Joel, “Las sentencias interpretativas. Una opción a la declaración de inconstitucionalidad de normas”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, Volumen 58, Número 250, 2008-II, 2008 pp. 369-384.

*Castillo González, Leonel, “Los derechos de la militancia partidista y la jurisdicción”, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2005, 222 pp.

*Castillo González, Leonel, “Reflexiones temáticas sobre Derecho Electoral”, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, 306 pp.

*Comanducci, Paolo, “Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2ª ed. España, Trotta, 2005, pp. 75 - 98.

*Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), “Democracia sin garantes. Las autoridades VS. La reforma electoral”, *Serie Doctrina Jurídica*, número 503, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, 151 pp.

*Cruz Parceró, Juan Antonio, “Los errores y las omisiones del Tribunal Electoral. Análisis argumentativo del Dictamen de la elección presidencial”, en *Isonomía. Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, Número 26, abril 2007.

*Duncan, Kennedy, “Libertad y Restricción en la Decisión Judicial”, Colombia, UNIANDES, 2002, 221 pp.

*Duncan, Kennedy, “Notas sobre la historia del CLS en los Estados Unidos”, en *Doxa*, España, número 11, 1992, pp. 283-293.

*Dworkin, Ronald, “Los derechos en serio”, España, Ariel, 2002, 508 pp.

*Favoreu, Louis, “Los Tribunales Constitucionales”, España, Ariel, 1994, 158 pp.

*Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César de Jesús (Coordinadores), *El Juez Constitucional en el siglo XXI*, México, UNAM y SCJN, 2009, 695 pp.

*García de Enterría, Eduardo, “La constitución como norma y el tribunal constitucional”, 3ª ed., España, Civitas, 2001, 264 pp.

*Giardelli, Lucas, Toller, Fernando y Cianciardo, Juan, “Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema Estadounidense y la del Sistema Interamericano Sobre el Derecho a la Igualdad.”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (Coordinadores), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en Homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, 2009, T. IV, pp. 301 - 343.

*Guastini, Ricardo, “La Constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, UNAM, 2001, 278 pp.

*Habermas, Jürgen, “Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso”, Tr. Manuel Jiménez Redondo, 4ª ed., España, Trotta, 2005, 689 pp.

*Huerta Ochoa, Carla, “Conflictos Normativos”, *Serie Doctrina Jurídica*, Número 142, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, 215 pp.

*López Medina, Diego Eduardo, “El derecho de los jueces”, 2ª ed., Colombia, Legis, 2009, 366 pp.

*López Ruiz, Miguel, “Elementos metodológicos y ortográficos básicos para el proceso de investigación”, México, UNAM, 1987, 134 pp.

*MacCormick, Neil, “Legal Reasoning and Legal Theory”, Estados Unidos de América, Oxford University Press, 1978, 298 pp.

*Moreso, José Juan, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH, 2008, pp. 63-76.

*Nieto Castillo, Santiago, “Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista”, Serie Doctrina, número 155, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, 395 pp.

*Orozco Henríquez, José de Jesús, “Jurisprudencia electoral y reforma constitucional y legal” Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro, *Constitución, democracia y elecciones: la reforma que viene*, Serie de Estudios Jurídicos, número 112, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 31 - 77.

*Perelman, Chaim, “La lógica jurídica y la nueva retórica”, tr. de Luis Díez-Picazo, España, Civitas, 1988, 249 pp.

*Prieto Sanchís, Luis, “Justicia constitucional y derechos fundamentales”, Madrid, Trotta, 2003, 305 pp.

*Rawls, John, “Teoría de la justicia”, tr. M.D. González, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1997, 549 pp.

*Rubio Llorente, Francisco, “La forma del poder. Estudios sobre la Constitución”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 657 pp.

*Salazar Ugarte, Pedro, “Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana”, en *Garantismo espurio*, México, Dykinson, 2009, 188 pp.

*Sánchez Gil, Rubén, “El principio de proporcionalidad”, México, UNAM, 2007, pp. 124.

*Vega García, Pedro de, “En torno a la legitimidad Constitucional”, en *Estudios en homenaje al Doctor Héctor Fix Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, 1988, tomo I, pp. 803 -825.

*Wolfe, Christopher, “La Transformación de la Interpretación Constitucional”, España, Civitas, 1991, 515 pp.

*Wróblewski, Jerzy, “Constitución y teoría general de la interpretación jurídica”, España, Civitas, 2001, 114 pp.

*Zagrebel'sky, Gustavo, “Dos tradiciones de derechos: Derechos de libertad y derechos de justicia”, en *Derechos y libertados*, España, No. 2, año I (Octubre 1993 – marzo 1994), Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Boletín Oficial del Estado, Universidad Carlos III, pp. 355 – 376.

*Zagrebel'sky, Gustavo, “El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia”, España, 5ª ed., Trotta, 2003, 156 pp.

*Zagrebelky, Gustavo, “Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política”, España, Trotta, 2008, 109 pp.

VII.2. Otras fuentes de consulta.

- Obras de referencia general.

Black’s Law Dictionary. “Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern. Centennial Edition 1891-1991”, sexta edición, Estados Unidos de América, West Publishing Company.

Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”, Tomo I y II, 22ª ed., España, Espasa, 2001, 1180 y 2368 pp.

- Páginas de Internet.

Encuesta Nacional Electoral 2009, http://www.ife.org.mx/portal/site/ifev2/Detalle_Acerca_del_IFE_CDD/?vgnnextoid=ef492ceebf655210VgnVCM1000000c68000aRCRD, fecha de consulta: 22 de enero de 2010.

Informe ENCUP 2008, <http://www.encup.gob.mx/encup/?page=cuarta-encup-informe>, fecha de consulta: 22 de enero de 2010.

Magaloni Kerpel, Ana Laura, “Dinero y Poder (Judicial)”, Periódico Reforma, 28 de febrero de 2009, <http://www.reforma.com/EDITORIALES/nacional/487/972367/default.shtm>, fecha de consulta: 22 de enero de 2010.

Salazar Ugarte, Pedro “Las instituciones suicidas”, Periódico El Universal, 17 de febrero de 2011, <http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/51728.html>, fecha de consulta 18 de febrero de 2011.

- Entrevistas.

Entrevista realizada por el conductor del noticiario primero noticias, Carlos Loret de Mola, a la presidenta del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, María del Carmen Alanis Figueroa, el 6 de septiembre de 2009.

Entrevista realizada por la periodista Carmen Aristegui, en el programa CNN en Español, a la presidenta del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, María del Carmen Alanis Figueroa, el 1 de julio de 2009.

- Diario Oficial de la Federación.

Diario Oficial de la Federación de 31 de diciembre de 1994.

Diario Oficial de la Federación de 22 de agosto de 1996.

Diario Oficial de la Federación de 13 de noviembre de 2007.

Diario Oficial de la Federación de 14 de enero de 2008.

- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Tomo X, materia constitucional, Noviembre de 1999.

Tomo XX, materia constitucional, Octubre de 2004.

Tomo XXII, materia constitucional, Noviembre de 2005.

Tomo XXIII, Febrero de 2006.

Tomo XXIV, materia constitucional, Noviembre de 2006.

Tomo XXV, materia constitucional, Abril de 2007.

Tomo XXVII, materia común, Marzo de 2008.

Tomo XXVII, materia constitucional, Junio de 2008.

Tomo XXIX, materia administrativa, Enero de 2009.

(También consultables en el IUS 2009 a diciembre de 2009 y en la página de la SCJN <http://www2.scjn.gob.mx/ius2006/>).

- Expedientes del índice de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

SUP-RAP-50/2001.

SUP-JDC-21/2002.

SUP-JRC-509/2003.

SUP-JDC-973/2006.

SUP-JRC-25/2007.

SUP-JRC-257/2007.

SUP-JRC-118/2002.

SUP-JDC-694/2007.

SUP-JDC-695/2007.

SUP-JDC-717/2007.

SUP-JDC-517/2008.

SUP-JRC-5/2009.

SUP-JDC-498/2009.

SUP-JDC-670/2009.

SUP-JDC-98/2010.

SUP-JDC-157/2010.

- Tesis de Jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación consultables en la Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005, 2ª ed., México, TEPJF, 2005, 314 pp.

S3ELJ 04/2001.

S3ELJ 27/2002.

S3ELJ 55/2002.

S3ELJ 59/2002.

S3ELJ 16/2003.

Tesis XXXIX/2008 (esta última se puede consultar en la página del TEPJF

<http://148.207.17.195/siscon/gateway.dll/nJurTes?f=templates&fn=default.htm>).

- Sentencias de otros países.

Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán BverfGE 16, 194 de 10 de junio de 1963.

Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Loving v. Virginia* (1967).

Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Brown v. Allen* (1953).